

**REVISTA  
DE  
ESTUDOS  
JURÍDICOS  
*UNESP***

*UNESP – Universidade Estadual Paulista*

*UNESP – São Paulo State University*

**Reitor**

Prof. Dr. Pasqual Barretti

**Vice-Reitor**

Profa. Dra. Maysa Furlan

**Pró-Reitor de Pós-Graduação**

Profa. Dra. Maria Valnice Boldrin

**Pró-Reitor de Pesquisa**

Prof. Dr. Edson Cocchieri Botelho

**FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS**

**Diretor**

Prof. Dr. Murilo Gasparido

**Vice-Diretora**

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Nanci Soares

**Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito**

Prof. Dr. José Duarte Neto

**Vice-Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito**

Prof. Dr. Victor Hugo de Almeida

**Conselho do Programa de Pós Graduação**

Prof. Dr. Carlos Eduardo de Abreu Boucault

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Elisabete Maniglia

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Jete Jane Fiorati

Prof. Dr. José Duarte Neto

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Kelly Cristina Canela

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Luciana Lopes Canavez

Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges

Prof. Dr. Victor Hugo de Almeida

Doutoranda Ana Clara Tristão

Mestrando Eduardo Matheus Ferreira Lopes

*UNESP – Universidade Estadual Paulista*  
*UNESP – São Paulo State University*

**REVISTA  
DE  
ESTUDOS  
JURÍDICOS  
*UNESP***

eISSN 2179-5177

Revista de Estudos Jurídicos UNESP.	Franca.	a. 25, n.42.	304p.	2021.
-------------------------------------	---------	--------------	-------	-------

# REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS UNESP

## Conselho Editorial

- Alcir Gursen de Miranda (UFRR)  
Alejandro Rosillo Martínez (UASLP - México)  
Alejandra Leonor Pascual (UNB)  
Alfonso L. C. Caravaca (Univ. Carlos III-Madrid)  
André Guilherme Lemos Jorge (Fadisp)  
Antônio Alberto Machado (Unesp)  
Antônio Carlos da Ponte (PUC-SP)  
Antônio José Avelãs Nunes (Univ. Coimbra)  
Belinda Pereira da Cunha (UFPB)  
Carlos Eduardo de Abreu Boucault (Unesp)  
Celso Hiroshi Iocohama (UNIPAR)  
Cleide Calgaro (Universidade de Caxias do Sul)  
César Augusto de Castro Fiuza (PUC-MG)  
David Sanches Rubio (Univ. Sevilla)  
Débora Regina Pastana (UFU)  
Domingos S. D. da Silveira (UFRS)  
Eduardo Dias de Souza Ferreira (PUC-SP)  
Eduardo Pordeus (UFCCG)  
Ela Wiecko V. de Castilho (UNB)  
Elisabete Maniglia (Unesp)  
Esteban Juan Peréz Alonso (Univ. Granada)  
Esther Pomares Cintas (Universidade Jaén)  
Fabrício Bertini Pasquot Polido (UFMG)  
Fernando V. Velásquez (Univ. S. Arboleda)  
Gilberto Bercovici (USP)  
Gilsilene Passon Picoretti Francischetto (FDV)  
Guilherme Gouveia (UFJF)  
Jete Jane Fiorati (Unesp)  
João Paulo Capelotti (ISHS)  
José Duarte Neto (Unesp)  
José Luiz Borges Horta (UFMG)  
José Manuel Aroso Linhares (Univ. Coimbra)  
Kelly Cristina Canela (Unesp)  
Lucas Abreu Barroso (UFES)  
Luciano Vaz Ferreira (UFRGS)  
Luisa I. Borgarello (UNC – Argentina)  
Luiz Felipe Brandão Osório (UFRJ)  
Luiz Fernando Coelho (UFPR)  
Maria Cristina V. Blanco Tarrega (UFG)  
Maria Inmaculada R. Tapia (Univ. Granada)  
Maria Isabel C. Macias (Un. Carlos III – Madrid)  
Maria J. Jeleztcheva (Un. Carlos III – Madrid)  
Norman Palma (Univ. Paris VIII-Sorbonne)  
Pedro Sérgio dos Santos (UFG)  
Paulo César Corrêa Borges (Unesp)  
Renato de A. O. Muçouçah (UFU)  
Ricardo Prestes Pazello (UFPR)  
Riva Sobrado de Freitas (Unoesc)  
Rodrigo Reis Mazzei (UFES)  
Sérgio Salomão Shecaira (USP)  
Vânia B. Rey Paz (UFISM)  
Vera Regina P. de Andrade (UFSC)  
Victor Hugo de Almeida (Unesp)  
Yvete Flávio da Costa (Unesp)

## Corpo Editorial

- Diretor Científico e Editorial  
Prof. Dr. José Duarte Neto (UNESP)
- Editor-chefe  
Victor Luiz Pereira de Andrade (UNESP)
- Editora Adjunta  
Eduarda Camargo Sansão (UNESP)
- Editores Gerentes  
Ana Clara Tristão (UNESP)  
Matheus Conde Pires (UNESP)  
Maiara Motta (UNESP)  
Leonardo Eiji Kawamoto (UNESP)
- Editores Associados  
Guilherme Burzynski Dienes (UNESP)  
Kaique Souza Pedaes (UNESP)  
Maria Laura Bolonha Moscardini (UNESP)  
Marina Bonissato Frattari (UNESP)
- Editores Aprendizizes  
Mariana Pereira Siqueira (UNESP)  
Raquel Colózio Zanardi (UNESP)  
Theodoro Antonio de Arruda Mazzotti Busulin (UNESP)
- Comissão de Editoração (STAEPE/UNESP/Franca)  
Carlos Alberto Bernardes (UNESP)  
Sandra Aparecida Cintra Ferreira (UNESP)

Publicação Semestral - Solicita-se permuta

Endereço para correspondência :

Avenida Eufrásia Monteiro Petrágliã, 900 – Jardim Petrágliã CEP: 14409-160 - Franca –SP  
Endereço eletrônico / e-mail - publica.franca@unesp.br / posgraduacao.franca@unesp.br /  
rej.unesp@gmail.com

Revista de Estudos Jurídicos UNESP (Faculdade de Ciências  
Humanas e Sociais – Unesp) Franca, SP, Brasil, 1996 - 2021, 25-42  
eISSN 2179-5177.

## APRESENTAÇÃO

A Revista de Estudos Jurídicos Unesp (eISSN 2179-5177), vinculada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UNESP, publica, em seus números, trabalhos jurídicos na forma de artigos e resenhas, na linha editorial “Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania”, com destaque para uma das linhas de pesquisa: 1) Cidadania Civil e Política e Sistemas normativos; 2) Cidadania Social e Econômica e Sistemas Normativos; e 3) Tutela e Efetividade dos Direitos da Cidadania.

O PPGDireito/UNESP/Franca, com seu curso de mestrado e com as bases sólidas almejando o doutorado, está comprometido com a pesquisa jurídica de excelência e seu compartilhamento com toda a comunidade científica, brasileira e internacional, propiciando o fomento de novas pesquisas e, principalmente, a acessibilidade ao resultado de pesquisas, concluídas ou em andamento, com alto índice de exogenia representativa por autores e coautores vinculados a conceituados centros de excelência científica, classificando-se no estrato Qualis Periódicos A2.

Neste número 42, encontram-se artigos relacionados às três linhas de pesquisa do Programa de Pós-graduação em Direito da UNESP de Franca. Quanto à distribuição dos 11 (onze) artigos aprovados pelo Conselho Editorial, conforme as linhas editoriais, ficaram distribuídos como segue: 3 (três) artigos na LINHA I - CIDADANIA CIVIL E POLÍTICA E SISTEMAS NORMATIVOS; 3 (três) artigos na LINHA II - CIDADANIA SOCIAL E ECONÔMICA E SISTEMAS NORMATIVOS; 5 (cinco) artigos na LINHA III - TUTELA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS DA CIDADANIA”.

A edição conta com contribuições de altíssima relevância no debate nacional, incluindo os trabalhos: “Pandemia e medidas de contenção: uma análise do argumento de liberdade”, do pesquisador André Farah; “A água como bem ambiental de uso comum ante o novo marco legal do saneamento básico no Brasil: desafios e controvérsias”, de autoria de João Hélio Ferreira Pes e Patrícia Bortoluzzi Zago; e “Toque de recolher na pandemia da COVID-19: entre o direito de locomoção e o direito à saúde”, dos professores Joedson Delgado e Ana Paula Basso.

Dedicamos nossos mais sinceros agradecimentos a todos os colaboradores da Revista de Estudos Jurídicos da UNESP, pareceristas e membros do Conselho Editorial, que contribuíram sobremaneira para a qualificação do periódico, bem como a todos os pesquisadores e demais

interessados na leitura e compartilhamento desta edição, cumprindo nossa função social como pesquisadores e cientistas, imprescindíveis nos tempos atuais.

**Prof. Me. Victor Luiz Pereira de Andrade**

Editor-Chefe da Revista de Estudos Jurídicos da UNESP  
Doutorando do Programa de Pós-graduação em Direito da UNESP

**Prof. Dr. José Duarte Neto**

Diretor Científico e Editorial da Revista de Estudos Jurídicos da UNESP  
Membro do Conselho do Programa de Pós-graduação em Direito da  
UNESP

## SUMÁRIO

### **LINHA I - CIDADANIA CIVIL E POLÍTICA E SISTEMAS NORMATIVOS**

#### **POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMBATE À VIOLÊNCIA PATRIMONIAL E FINANCEIRA AO IDOSO EM TEMPOS DE PANDEMIA**

Fabrcio Veiga Costa

Ivan Días da Motta

Yasmine de Resende Abagge ..... 13

#### **UMA ABORDAGEM FILOSÓFICA DO PROBLEMA DO PODER CONSTITUINTE DO POVO**

Jairo Lima

José Mauro Garboza Junior

Lucas Bertolucci Barbosa de Lima ..... 35

#### **PANDEMIA E MEDIDAS DE CONTENÇÃO: UMA ANÁLISE DO ARGUMENTO DE LIBERDADE**

André Farah ..... 57

### **LINHA II - CIDADANIA SOCIAL E ECONÔMICA E SISTEMAS NORMATIVOS**

#### **ASPECTOS TÉCNICOS E JURÍDICOS DO IMPOSTO SOBRE A PROPRIEDADE PREDIAL E TERRITORIAL URBANA**

Rodrigo Silva Tavares

Hamilton Afonso de Oliveira ..... 85

#### **A ÁGUA COMO BEM AMBIENTAL DE USO COMUM ANTE O NOVO MARCO LEGAL DO SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL: DESAFIOS E CONTROVÉRSIAS**

João Hélio Ferreira Pes

Patrícia Bortoluzzi Zago ..... 107

**A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E AS NOVAS  
FRONTEIRAS DA ADEQUADA TUTELA DOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS E DA PERSONALIDADE**

Luciana Lopes Canavez

Victor Luiz Pereira de Andrade

Lucas Laprano.....139

**LINHA III - TUTELA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS DA  
CIDADANIA**

**O MANDADO DE SEGURANÇA COMO  
INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DE DOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS E DE PROMOÇÃO DA CIDADANIA**

Flávia de Almeida Montingelli Zanferdini

João Raul Penariol Fernandes Gomes

Giovana Carla Atarasi Jurca.....161

**PERIGO DA HISTÓRIA ÚNICA E  
CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL:  
CRÍTICAS DECOLONIAIS ACERCA DA (RE)  
CONSTRUÇÃO DO CONCEITO PLURAL DAS FAMÍLIAS**

Rainer Bomfim

Maria Carolina Souza de Lima

Luísa Marques Reis.....193

**PRINCÍPIOS E DIRETRIZES DAS POLÍTICAS PÚBLICAS  
PARA A PRIMEIRA INFÂNCIA: SISTEMATIZAÇÃO DO  
MARCO LEGAL DA PRIMEIRA INFÂNCIA**

Elmer da Silva Marques.....223

**TOQUE DE RECOLHER NA PANDEMIA DA COVID-19:  
ENTRE O DIREITO DE LOCOMOÇÃO E O DIREITO À  
SAÚDE**

Joedson Delgado

Ana Paula Basso .....253

**O POSICIONAMENTO DO TJCE SOBRE O DIREITO  
À MORADIA PARA FAMÍLIAS DE BAIXA RENDA  
RETIRADAS DE ÁREAS DE PRESERVAÇÃO  
PERMANENTE**

Ana Clara Alexandre Alves Mota

Mariana Dionísio de Andrade .....277



**LINHA I - CIDADANIA CIVIL E POLÍTICA E SISTEMAS  
NORMATIVOS**



# POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMBATE À VIOLÊNCIA PATRIMONIAL E FINANCEIRA AO IDOSO EM TEMPOS DE PANDEMIA

## *PUBLIC POLICIES TO COMBAT PATRIMONIAL AND FINANCIAL VIOLENCE TO ELDERLY PEOPLE IN PANDEMIC TIMES IN BRAZIL*

Fabício Veiga Costa\*

Ivan Días da Motta\*\*

Yasmine de Resende Abagge\*\*\*

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Da vulnerabilidade e exclusão da pessoa idosa na pandemia. 3 Políticas públicas como instrumento de efetivação de direitos. 4 Políticas públicas de combate à violência financeira e patrimonial da pessoa idosa. 5 Conclusão.

**RESUMO:** Este trabalho almeja demonstrar como a pandemia da covid-19 impactou no aumento da violência contra a pessoa idosa e de que forma pode-se pensar em políticas públicas para combater

\* Professor do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna. Pós-doutorado em Educação (UFMG) e Psicologia (PUC-MG). Doutorado e mestrado em Direito Processual (PUC-MG). Especialista em Direito Processual; Direito de Família; Direito Educacional (PUC-MG). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia.

\*\* Professor Permanente do Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas pela Universidade Cesumar de Maringá – Unicesumar. Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (1996), mestrando em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1998) e doutorado em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2000), Pós-doutorado em Direito Educacional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2001). Atualmente é professor permanente do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Maringá, integrando a linha de pesquisa “A Tutela Constitucional e Privada dos Direitos da Personalidade nas Relações Privadas”. Possui atuação profissional na área da advocacia e consultoria em Direito Educacional. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/1508111127815799>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7515-6187>. E-mail: [ivan.iddm@gmail.com](mailto:ivan.iddm@gmail.com). Telefone: (44) 99883-0041.

\*\*\* Mestranda em Ciências Jurídicas pela Unicesumar – Universidade Cesumar de Maringá. Especialista em Direito Notarial e Registral pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Especialista em Direito Público pela Unibrasil – Centro Universitário Autônomo do Brasil. Registradora de Imóveis de Terra Boa, Paraná. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/4384259162926124>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7577-384X>. E-mail: [yasmine29@gmail.com](mailto:yasmine29@gmail.com). Telefone: (41) 98522-5057.

Artigo recebido em 26/03/2021 e aceito em 10/09/2021.

Como citar: COSTA, Fabrício Veiga; MOTTA, Ivan Días da; ABAGGE, Yasmine de Resende. Políticas públicas de combate à violência patrimonial e financeira ao idoso em tempos de pandemia. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 25, n. 42, p. 13, jul./dez. 2021. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

violências, em especial a violência financeira e patrimonial, de forma a assegurar seus direitos e dignidade. Abordar-se-á como a vulnerabilidade desses grupos foi acentuada com o advento do coronavírus, alocando-os nos “grupos de risco” e excluindo-os da vida em sociedade, o que resultou em um agravamento do preconceito e fortalecimento de práticas discriminatórias contra os idosos. Serão estudados conceitos de políticas públicas para demonstrar como elas podem auxiliar na concretização de direitos, analisando-se o papel do direito nesta seara. Por fim, serão trazidos alguns dados sobre a violência contra a pessoa idosa, demonstrando-se como algumas campanhas e ações estão sendo pensadas para tentar combater a violência financeira e patrimonial. Quanto à metodologia, utilizou-se das pesquisas bibliográficas e documentais, possibilitando a construção de análises críticas, temáticas, interpretativas e comparativas, a fim de despertar a curiosidade epistemológica quanto ao objeto de investigação científica.

**Palavras-chave:** coronavírus. pandemia. pessoa idosa. violência financeira. violência patrimonial.

***ABSTRACT:** This work aims to demonstrate how the covid-19 pandemic impacted the increase in violence against the elderly and how public policies can be thought to combat violence, especially financial and patrimonial violence, in order to ensure their rights and dignity. It will address how the vulnerability of these groups was accentuated with the advent of the coronavirus, allocating them to “risk groups” and excluding them from life in society, which resulted in an increase in prejudice and the strengthening of discriminatory practices against the elderly. Public policy concepts will be studied to demonstrate how they can assist in the realization of rights, analyzing the role of law in this area. Finally, some data on violence against the elderly will be presented, demonstrating how some campaigns and actions are being thought to try to combat financial and patrimonial violence. As for the methodology, bibliographic and documentary research was used, enabling the construction of critical, thematic, interpretative and comparative analyzes, in order to arouse epistemological curiosity regarding the object of scientific investigation..*

***Keywords:** coronavirus. pandemic. elderly. financial violence. patrimonial violence.*

## INTRODUÇÃO

Este trabalho pretende demonstrar como a pandemia da covid-19 impactou na violência financeira e patrimonial perpetuada contra idosos e como as políticas públicas podem atuar para tentar combater ameaças e violações de direitos, assegurando a sua proteção. A escolha do tema se justifica em razão de sua relevância teórica, prática e atualidade, especialmente no que tange à vulnerabilidade social da população de idosos no Brasil, em tempos de pandemia e de isolamento social, fatores esses que influenciam de forma direta na violação de direitos.

Para tanto, inicia-se com algumas considerações sobre o arcabouço legislativo de proteção à pessoa idosa, demonstrando como a sua vulnerabilidade foi agravada em razão do advento do vírus e também das medidas de prevenção adotadas, notadamente o distanciamento social. Será visto como a alocação dos idosos no chamado “grupo de risco” do coronavírus trouxe prejuízos a essas pessoas, fortalecendo discursos e práticas discriminatórias que reforçam a prática da chamada

“velhofobia”. Como forma de enfrentar este problema público, o segundo capítulo introduzirá algumas noções e conceitos sobre políticas públicas, abordando-se as quatro categorias de análise do papel do direito propostas por Diogo R. Coutinho.

O terceiro capítulo tratará especificamente de algumas políticas públicas que visam prevenir e combater a violência patrimonial e financeira contra a pessoa idosa, demonstrando-se que tal já ocorria antes da pandemia e, com o seu advento, foi potencializada. Serão mencionadas algumas campanhas e ações que tratam deste tema, analisando-se a sua aplicação de acordo com as quatro categorias do papel do direito propostas por Coutinho.

A importância deste trabalho é dar visibilidade para o tema da proteção à pessoa idosa e fazer uma crítica ao modo como a administração pública, a sociedade civil e as famílias estão agindo ou deixando de agir, durante a pandemia, sendo certo que a proteção ao idoso não pode se resumir à sua saúde física e biológica, mas deve envolver também outros aspectos da dignidade da pessoa humana. A promoção de políticas públicas que integrem diferentes atores e instituições, em diversos setores, seja na área da saúde, do direito, da antropologia, psicologia, assistência social ou política, é essencial para combater as violências sofridas pelos idosos, em especial em tempos de pandemia.

Visando recortar o objeto da pesquisa em tela, apresenta-se a seguinte pergunta-problema: o advento da pandemia da covid-19 potencializou a violência financeira contra idosos a ponto de justificar o planejamento e a execução de políticas públicas de prevenção a violência sofrida por essas pessoas no Brasil?

O trabalho se pautou eminentemente em pesquisas bibliográficas, utilizando-se de textos normativos, livros jurídicos, artigos científicos publicados em revistas físicas e/ou eletrônicas. A revisão da literatura foi realizada predominantemente na área jurídica, contudo, tendo em vista que o trabalho tratou de temas relacionados à saúde e às políticas públicas, também foram estudadas obras de outras áreas, como da medicina, enfermagem, assistência social e antropologia. A construção de análises críticas, temáticas, interpretativas, comparativas e sistemáticas foram essenciais para apontar as aporias existentes com relação à temática proposta.

# 1 DA VULNERABILIDADE E EXCLUSÃO DA PESSOA IDOSA NA PANDEMIA

Sob a perspectiva proposta pela ordem jurídico-constitucional brasileiro vigente, o idoso é considerado pessoa vulnerável e possui proteção especial pelo ordenamento jurídico brasileiro, sendo dever da família, da sociedade e do Estado ampará-los e assegurar-lhes a participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida, conforme dispõe o art. 230, da Constituição Federal. Além da proteção constitucional, algumas legislações acerca da proteção ao idoso merecem destaque, a exemplo da Lei nº 8.842/1994, que dispõe sobre a política nacional do idoso; da Lei nº 10.741/2003, que instituiu o Estatuto do Idoso e da Lei nº 14.022/2020, introduzindo e alterando algumas disposições acerca da proteção de alguns grupos vulneráveis, dentre eles os idosos, tal como previsto na Lei nº 13.979/2020, que tratou sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.

Muitas vezes o idoso tem sua saúde e capacidade de discernimento debilitadas em razão das circunstâncias da vida e, por se enquadrarem no grupo de risco da covid-19, ficaram sujeitos a um isolamento social maior, o que fez com que os casos de abusos, sejam de violência física, psíquica ou patrimonial, aumentassem consideravelmente. Diversos fatores contribuem para tornar o idoso uma pessoa especialmente vulnerável durante a pandemia do novo coronavírus. Claudia Leite de Moraes *et al* (2020, p. 4.179) explicam que fatores macroestruturais, como a discriminação e a falta de uma política multidimensional, dinâmica e integrada de proteção ao idoso, além das precárias condições de vida da grande maioria dos brasileiros que depende financeiramente de pensões e aposentadorias insuficientes e muitas vezes suportam o restante da família, agrava ainda mais sua situação econômica e social. A pandemia afetou também a saúde física e mental, agravando-se doenças pré-existentes por falta de acompanhamento médico regular e, ante o isolamento social imposto e o abandono por parte de familiares, prejudicou-se também o seu bem-estar, causando sentimentos de solidão, insônia, ansiedade e depressão. Nesse sentido:

O grupo populacional mais vulnerável e que apresenta maior letalidade em relação à COVID-19 são os idosos, principalmente aqueles com doenças crônicas. Esse fato deve-se a imunossencicência, que aumenta a vulnerabilidade às doenças infectocontagiosas e traz os piores prognósticos

para aqueles com doenças crônicas não transmissíveis. No entanto, o ser humano não é somente biofísico, mas também psicossociocultural (HAMMERSCHMIDT, BONATELLI, CARVALHO; 2020, p. 3).

A professora doutora Simone Pereira da Costa Dourado (2020, p. 155), afirma que os idosos que colaboram com suas pesquisas relataram o aumento da angústia que o vírus causou nas suas vidas, uma vez que decretos e orientações estaduais e municipais determinam ou aconselham que fiquem em casa, confirmando o risco à saúde e impedindo-os de organizar suas tarefas do cotidiano. Em alguns locais, até mesmo medidas mais severas foram adotadas, tais como o bloqueio de cartões de gratuidade no transporte público, a obrigatoriedade de trabalho na modalidade remota ou ainda o afastamento compulsório da atividade laboral, trazendo reflexos também econômicos e psicológicos. A própria inserção dos idosos na categoria intitulada “grupo de risco” é questionável. Dourado (2020, p. 156) relata que o termo surgiu no final dos anos 1990, em virtude da epidemia do vírus HIV/AIDS e, na época, inseria na categoria as pessoas supostamente mais suscetíveis ao vírus, como homossexuais, bissexuais, trabalhadores sexuais, usuários de drogas injetáveis, hemofílicos e pessoas que fizessem tratamento com transfusão de sangue. A inserção dos idosos nesta categoria, conforme estudos apontam, acaba por estigmatizar e discriminar estas pessoas, operando-se como um processo de exclusão social.

Ademais, há que se destacar que diversos fatores podem contribuir para o grau de risco da doença, devendo ser analisados os dados concretos, que envolvem não só a faixa etária, mas, também, a existência de outras doenças, o nível de exposição ao vírus e outros fatores, uma vez que a mera eleição de determinado grupo de risco com base em critérios etários pode passar uma falsa segurança para as pessoas que não pertencem a esse grupo e, ao mesmo tempo, estigmatizar e colocar todo o peso da pandemia sobre aqueles que o integram.

Até o momento, não é possível projetar o comportamento do coronavírus de acordo com gênero, classe, etnia e local de moradia e, tal como ocorreu com relação ao HIV, é preciso entender que grupos, em si, não são de risco, pois a vulnerabilidade decorre dos indivíduos que os integram, de acordo com suas condições de vida, pertencimentos sociais e comportamentos individuais e coletivos. Falta divulgar e sistematizar os dados das mortes ocorridas por COVID-19, para que se possa conhecer seu gênero, etnia, local de residência, informações essenciais para a

elaboração e o planejamento de políticas públicas de controle da pandemia (DOURADO, 2020, p. 157-158).

Não se pode ignorar também a questão da “velhofobia”, termo cunhado pela antropóloga e pesquisadora Mirian Goldenberg para descrever não só o preconceito e tabu com relação às pessoas idosas, mas, também, o próprio medo de envelhecer, sendo comuns ainda outras expressões como idadismo, ageísmo ou gerontofobia (BARRUCHO, 2020). O fenômeno já era observado muito antes da pandemia, mas a alocação dos idosos no grupo de risco escancarou a sua existência, fortalecendo discursos e práticas exclusivas. A afirmação de que os idosos são frágeis e devem ser tutelados pelo Estado, sociedade e famílias reforça a imagem de que a velhice é uma fase de perdas, de falta de autonomia para tomar decisões, e de alto custo, em especial para o sistema de saúde (DOURADO, 2020, p. 157). A pessoa idosa não pode ser vista apenas sob o ponto de vista utilitarista, como um ser que pode ser descartado, pois tornou-se improdutivo e um peso para os responsáveis pela sua tutela. Infelizmente, a forma como os idosos têm sido tratados diante deste quadro reforça este preconceito e exclusão social, para além das limitações e prejuízos decorrentes do distanciamento social que a doença exige:

Como se não bastasse, vários discursos governamentais têm banalizado a ideia de idosos como um “fardo social”, produzindo a percepção preconceituosa e perigosa de que vidas velhas seriam dispensáveis, pouco relevantes, indignas da proteção coletiva e do Estado. A pessoa idosa, portanto, se torna um ente pluripotente: ao mesmo tempo é um “problema social” demandando políticas públicas, uma existência jocosa e risível, um vilão e uma oferenda sacrificial à “Economia”. Esse conjunto de questões, além de meramente sinalizar alterações discursivas, tem criado uma arena permissiva para sérias e cruéis práticas de violação de direitos humanos de pessoas idosas (HENNING, 2020, p. 151).

Henning (2020, p. 151-152) afirma, ainda, que a forma como a questão vem sendo conduzida revela uma administração necropolítica que cria práticas de saúde eugenistas, pois se está discutindo critérios de priorização de pacientes em UTIs superlotadas ou acesso à respiradores e medicamentos com base, quase sempre, na idade, priorizando-se os mais jovens:

E é raro encontrar questionamentos críticos na arena pública do tipo: quem estabeleceu esses critérios? Quais são as suas bases? Quais são os seus efeitos? Como chegamos a esse

tipo de concepções tão absolutamente gerontofóbicas? Em um contexto pandêmico a Constituição Federal de 1988, a Política Nacional do Idoso (Lei 8.842/1994) e o Estatuto da Pessoa Idosa (Lei 10.741/2003), os quais regulamentam os direitos de pessoas na velhice e proíbem discriminação por idade se tornam sem efeitos, suspensos, negociáveis? (HENNING, 2020, p. 151-152)

O que chama a atenção não é apenas a falta de respostas a esses questionamentos e, sim, a ausência deles próprios, a escassez de críticas e discussões sobre temas de tamanha relevância, que não são de responsabilidade exclusiva do Estado, mas de toda a sociedade, que possui o dever constitucionalmente previsto de proteger o idoso.

## **2 POLÍTICAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS**

O ordenamento jurídico estabelece o mundo do “dever-ser”, estabelecendo diversos direitos e garantias que o Estado deve promover e efetivar, como medida hábil a garantir a dignidade humana, corolário da cidadania no Estado Democrático de Direito. Por sua vez, a realidade é permeada de problemas e questões que obstaculizam o exercício dos direitos fundamentais previstos no plano constituinte e, por isso, pode-se afirmar que é por meio das políticas públicas que o Estado deve solucionar tais obstáculos, transformando o mundo ideal em um plano de ação, de concretização desses direitos e garantias jurídico-legais previstos no plano instituinte. O estudo das políticas públicas é considerado multidisciplinar, pois atinge diversas áreas do conhecimento, como a ciência política, a ciência da administração pública e a do direito. É relativamente recente e ganhou relevância no século XX, com o advento dos direitos sociais, que fizeram com que o Estado modificasse sua postura abstencionista para um enfoque prestacional. Até mesmo sob o ponto de vista econômico o Estado é visto como indispensável, seja como partícipe, indutor ou regulador do processo econômico. O Estado passa a adotar uma postura intervencionista, em que o modelo jurídico de políticas sociais é o mesmo modelo jurídico de políticas públicas econômicas. Os direitos fundamentais surgem para garantir as liberdades ameaçadas não mais pelo Estado, mas por poderes não estatais (BUCCI, 2006, p. 1-5).

Muitos autores têm se dedicado a tentar estabelecer um conceito de políticas públicas. Uma das definições mais sucintas e conhecidas é a

de Thomas Dye (1972, p. 2 *apud* HOWLETT; HAMESH; PERL, 2013, p. 6-7), que descreve política pública como “tudo o que um governo decide fazer ou deixar de fazer”. Esta simples frase é capaz de demonstrar o caráter discricionário e político que envolve as políticas públicas, pois define quem é o responsável primário por fazer a política pública (governo) e o fato de que esta política é uma escolha deliberada e consciente, que deriva de uma decisão negativa (manutenção do *status quo*) ou positiva (alterar o *status quo*). Celina Souza (2007, p. 69) traz um conceito mais atual e completo de políticas públicas, consignando que elas correspondem ao:

[...] campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, colocar o ‘governo em ação’ e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente). A formulação de políticas públicas constitui-se no estágio em que governos democráticos traduzem seus propósitos e plataformas eleitorais e programas e ações, que produzirão resultados ou mudanças no mundo real (SOUZA, 2007, p. 69).

Por sua vez, Maria Paula Bucci (2006, p. 39) faz diversas reflexões sobre o conceito jurídico de políticas públicas e sintetiza:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados (BUCCI, 2006, p. 39).

Mais importante do que tentar estabelecer um conceito de políticas públicas, é estabelecer uma metodologia de análise jurídica (BUCCI, 2008, p. 226-227). É preciso, portanto, sistematizar uma noção de políticas públicas no âmbito jurídico, que permita buscar uma linha de racionalidade da ação governamental que está no plano ideal-típico. A compreensão dos componentes jurídico-institucionais pode possibilitar a melhoria das políticas públicas, pois é voltada aos processos de produção das decisões governamentais, enfatizando o elemento jurídico que

conforma a ação governamental. Assim, a análise retrospectiva, que parte do direito posto, pós-legislado, perde espaço para uma análise prospectiva, voltada aos processos de formação tanto da norma, como das instituições jurídicas (BUCCI, 2008, p. 249-250).

É possível perceber que o conceito de políticas públicas é amplo e complexo e, em regra, não há um único caminho a seguir. Ele parte do pressuposto da existência de um problema a ser solucionado, sendo necessário identificá-lo, estabelecer um objetivo, formular um plano de ação e monitorar se este está alcançando os resultados almejados. O direito pode assumir diversos papéis no contexto das políticas públicas, sendo responsável por instrumentalizar juridicamente as decisões políticas e econômicas. Ele também pode funcionar como um elemento que viabiliza mudanças com vistas ao desenvolvimento, ou como um empecilho a essas mudanças, de forma a consolidar o *status quo*. É fundamental identificar as causalidades entre direito e desenvolvimento. No passado, houve momentos na história em que o direito auxiliou na promoção dos objetivos públicos, instrumentalizando o crescimento, a modernização, o investimento e as mudanças estruturais. Em outros momentos, contudo, o papel do direito foi de impor limites ao Estado, de forma a proteger os indivíduos e estimular o funcionamento dos mercados. Além desta faceta da instrumentalização de diversas finalidades, o direito pode atuar, ainda, como influenciador, definidor e institucionalizar os fins aos quais ele serve como meio, ou seja, o direito pode ser, ao mesmo tempo, requisito e resultado do processo de desenvolvimento (COUTINHO, 2012, p. 79).

Para analisar o papel do direito nos programas sociais, Diogo R. Coutinho (2012, p. 100) sugere estudá-los por meio de quatro categorias de análise: 1) direito como moldura, 2) direito como vocalizador de demandas, 3) direito como ferramenta, e 4) direito como arranjo institucional. A análise do *direito como moldura* parte da ideia de que a política pública possui um objetivo de desenvolvimento, que pode ser de diversas espécies, como a aceleração do desenvolvimento econômico, a promoção dos direitos humanos, a preservação do meio ambiente, a redução da pobreza e das desigualdades sociais e outros. O direito, por sua vez, pode ser visto sob dois ângulos distintos, mas que não são antagônicos ou excludentes. Em alguns momentos, ele pode ser visto como um dado, um produto de escolhas políticas das quais o jurista tem pouca ou nenhuma ingerência, já que os objetivos da política de desenvolvimento seriam definidos não no campo jurídico, mas no campo político. Neste ângulo, portanto, o direito

assumiria uma função eminentemente instrumental, de contribuir para a implementação das escolhas políticas. Um segundo ângulo possível seria ver o direito como uma das fontes de definição dos objetivos perseguidos (COUTINHO, 2012, p. 100-101).

Pensar o direito como uma moldura de políticas públicas é reconhecer que o arcabouço jurídico pode delimitar e institucionalizar as metas, os objetivos dessas políticas, em especial quando sob o ponto de vista da produção legislativa. Ao afirmar ou delimitar direitos, ainda que a lei não diga como concretizá-los, estabelece os objetivos que devem ser alcançados com determinada ação de política pública. Esta formalização legal também tem um viés vinculante, pois obriga o aplicador ou intérprete, distinguindo-a de meras intenções, diretrizes ou recomendações. Ainda, ao formalizar uma política pública, há que se passar por uma análise de constitucionalidade e legalidade, criando-se, assim, direitos subjetivos, que podem ser invocados pelas pessoas perante a Administração Pública e os tribunais. Portanto, esses elementos fazem com que o direito, no âmbito das políticas públicas, não seja um mero instrumento, uma forma de se chegar a um determinado objetivo, mas, também, a própria moldura, o escopo, o fim que deve ser perseguido pelo aplicador da política pública (COUTINHO, 2012, p. 101-102).

A segunda categoria proposta por Diogo R. Coutinho é o *direito como vocalizador de demandas*. Nesta categoria parte-se do pressuposto de que as decisões devem ser tomadas de modo fundamentado, com argumentação coerente e constante de documentos sujeitos ao escrutínio do público, mas também de forma a assegurar a participação de todos os interessados na conformação, implementação ou avaliação da política. Ou seja, as normas jurídicas têm o poder de dotar ou privar políticas de mecanismos de deliberação, participação, consulta, controle social, colaboração e decisão conjunta, de forma a possibilitar, por exemplo, a participação de grupos de interesses menos organizados. Em outras palavras, o direito pode permitir que as políticas públicas sejam mais democráticas ou legítimas, na medida em que preveja regras procedimentais que envolvam a participação de uma pluralidade de atores e que obrigue os responsáveis por sua operacionalização a prestar contas e fundamentar suas decisões (COUTINHO, 2012, p. 105-106).

A terceira categoria destaca o papel do *direito como ferramenta* de políticas de desenvolvimento, responsável por selecionar os meios que serão empregados para a persecução do objetivo público. Há diversas maneiras

de se perseguir um determinado resultado; pode-se optar por diversas formas de indução de comportamentos, como ações positivas, incentivos, ou punitivas, sancionatórias; pode-se, ainda, escolher por diversos tipos normativos, como leis, decretos, regulamentos, portarias, e etc. A escolha da ferramenta adequada faz parte do planejamento da política pública e varia de acordo com os objetivos perseguidos, podendo ser mais ou menos eficaz de acordo com a adequação do meio utilizado. A possibilidade de flexibilização, revisão, adaptação, coordenação entre atores, calibragem e margem de manobra também se relaciona com a experimentação e aprendizado com que as políticas públicas são estruturadas. A escolha do meio mais adequado e eficaz é, portanto, o grande desafio do jurista, considerando-se as finalidades previamente determinadas e moldadas pelo próprio direito. Exemplo disto seria a escolha da norma de acordo com a sua hierarquia e possibilidade de alteração. Há normas cujo processo legislativo é mais rígido, o que as torna, em regra, mais perenes; enquanto que outras normas, por serem mais facilmente editadas e revogadas, tendem a ser temporárias (COUTINHO, 2012, p. 107-108). A quarta e última categoria proposta concebe o *direito como arranjo institucional*:

Há pouca dúvida de que as instituições têm um papel muito importante no desenvolvimento. Entre outras coisas, elas organizam práticas de administração de políticas públicas, conectam atores, criam conhecimento e permitem que expectativas e sentidos comuns sejam partilhados. As instituições redistribuem renda, coordenam decisões, promovem inovação, reduzem custos e definem direitos (COUTINHO, 2012, p. 114).

A eficácia de uma política pública está diretamente relacionada às instituições, pois elas requerem organização e procedimentalização de práticas, rotinas e mecanismos de participação, além de uma clara divisão de tarefas, responsabilidades e definição de competências. O direito faz parte da dimensão institucional das políticas públicas porque as normas auxiliam na estruturação do seu funcionamento, na regulamentação de tais procedimentos e na viabilização da articulação entre os atores que estão direta ou indiretamente ligados à tais políticas. O direito precisa pensar no desenho institucional da política pública, como a descentralização, a conjugação de esforços e atores públicos e privados, a integração entre diferentes programas e etc. Ele seria como um mapa de quem é responsável por qual tarefa e a sua qualidade dependerá da eficácia e intersetorialidade das políticas, do nível de sinergia existente entre os diversos atores e setores

envolvidos, dos mais diversos níveis de governo (COUTINHO, 2012, p. 115-116). O planejamento e a execução estratégica de políticas públicas no Estado Democrático de Direito é uma forma de viabilizar a efetividade dos direitos fundamentais previstos no plano constituinte e instituinte, de modo a potencializar o exercício da cidadania no contexto da dignidade humana.

### **3 POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMBATE À VIOLÊNCIA FINANCEIRA E PATRIMONIAL DA PESSOA IDOSA**

Reconhecer o idoso como pessoa vulnerável, digna de proteção por parte do Estado, da sociedade e da família é apenas o primeiro passo para a concretização de direitos. É preciso discutir e promover políticas públicas que assegurem esses direitos. Neste tópico, será abordado como a pandemia agravou os casos de violência patrimonial e financeira contra a pessoa idosa, analisando-se algumas políticas públicas implementadas para sua prevenção e combate, sob o enfoque do papel do direito de Diogo R. Coutinho.

Fazendo-se um paralelo com as categorias de análise do papel do direito mencionadas anteriormente, é possível constatar que o direito atua como moldura, na medida em que ao expressamente estabelecer os direitos do idoso e reconhecer a sua vulnerabilidade e necessidade de proteção, a lei vincula tanto o seu aplicador, como seu intérprete e ao mesmo tempo cria um direito subjetivo, que pode ser reivindicado por seus titulares. Nesse contexto propositivo pode-se afirmar que a política pública, portanto, torna-se concretizadora de direitos.

A pandemia agravou a situação de vulnerabilidade dos idosos, não só por estarem, em tese, mais suscetíveis aos efeitos do vírus, mas, também, em razão da medida de proteção mais largamente adotada: o distanciamento social. O isolamento social tem sido um dos poucos recursos para a proteção do idoso, enquanto não disponibilizadas vacinas para todos, entretanto, o isolamento trouxe diversos prejuízos aos idosos, sejam de ordem física, psíquica, emocional, financeira e etc. Juntamente com a pandemia, observou-se um aumento considerável das denúncias de abusos e violência contra a pessoa idosa. Segundo a Organização Mundial da Saúde - OMS:

o abuso de idosos é um ato de acometimento ou omissão (neste caso é comumente descrito como “negligência”), que pode ser tanto intencional como involuntário. O abuso pode ser de natureza física ou psicológica (envolvendo agressão

emocional ou verbal), ou pode envolver maus-tratos de ordem financeira ou material (OMS; KRUG, 2002, p. 126).

O relatório anual do Disque Direitos Humanos (Disque 100), elaborado pela Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos – ONDH, apontou que, no ano de 2019 as denúncias de violação de direitos humanos contra idosos ficaram em segundo lugar no ranking total de denúncias recebidas, representando 30% da demanda total. A maior parte das denúncias é relativa à negligência (41%), seguidas das violências psicológicas (24%), abuso financeiro (20%), violência física (12%) e institucional (2%). Comparando-se com o ano anterior, verificou-se ainda um aumento de 19% das denúncias relativas ao abuso financeiro. Outro dado importante apontado no relatório é a proximidade da vítima com o suspeito de violação: 83% dos suspeitos pertencem ao convívio familiar do idoso, sendo mais comum que os próprios filhos (65%) sejam os suspeitos da agressão (ONDH, 2019, p. 68-70). Os dados de denúncia de violência, por si só, já são alarmantes, mas há ainda aqueles que sequer integram os dados oficiais, pois muitos sofrem em silêncio, por dependerem do agressor que, em regra, é um familiar ou responsável por seus cuidados:

A violência contra o idoso costuma ser sofrida em silêncio devido à dependência, ao afeto, à insegurança e ao medo de represálias pela proximidade com o agressor, sobretudo porque parte expressiva das denúncias de maus tratos são atribuídas aos familiares próximos, geralmente seus cuidadores (MELO, 2020, p. 14-15).

Em virtude da pandemia, o número de denúncias aumentou. Foram denunciados quase 88 mil casos de violência contra a pessoa idosa, sendo o terceiro grupo de vulneráveis com maiores violações aos direitos humanos em 2020 (GOVERNO DO BRASIL, 2021). Segundo dados veiculados em notícia publicada pelo site do governo federal, em março foram 3 mil denúncias; em abril, o número aumentou para 8 mil; e em maio, foi para quase 17 mil denúncias, o que demonstra que este aumento tem acompanhado a evolução da pandemia, de forma exponencial (GOVERNO DO BRASIL, 2020). Em consideração a este quadro, o art. 8º da Lei nº 14.022/2020 determinou a obrigatoriedade do poder público em promover campanha informativa sobre prevenção à violência e acesso a mecanismos de denúncia. Tal medida culminou na publicação da cartilha “Violência contra a pessoa idosa: vamos falar sobre isso?”, do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (BRASIL; MMFDH, 2020).

Referido Ministério também oficiou o Conselho Nacional de Justiça – CNJ sobre o agravamento das situações de violência em virtude do isolamento social, ensejando, assim, a instauração do Pedido de Providências nº 0004772-35.2020.2.00.000 e, posteriormente, a edição da Recomendação nº 46, de 22 de junho de 2020, que:

Dispõe sobre medidas preventivas para que se evitem atos de violência patrimonial ou financeira contra pessoa idosa, especialmente vulnerável no período de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN), no âmbito das serventias extrajudiciais e da execução dos serviços notariais (BRASIL; CNJ, 2020).

Importante ressaltar que a Organização Mundial da Saúde já previa um conceito similar, quando da elaboração do Relatório mundial sobre violência e saúde, caracterizando como abuso financeiro ou material a “exploração ilegal ou imprópria, ou uso de fundos ou recursos do idoso” (2002, p. 126-127). A Cartilha editada pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos acerca da violência contra o idoso diferencia os diversos tipos de violência, dentre elas a violência financeira e a patrimonial. Segundo a cartilha, a violência financeira consistiria na apropriação indevida dos recursos financeiros do idoso, como dinheiro e cartões bancários, para outras finalidades que não a promoção do seu cuidado, podendo configurar até mesmo os crimes previstos nos arts. 96 e 104, do Estatuto do Idoso. A violência patrimonial, por sua vez, comprometeria o patrimônio do idoso, tais como alterações em seu testamento, fazer uma procuração ou ultrapassar os poderes de mandato, antecipação de herança ou venda de bens móveis e imóveis sem o consentimento espontâneo do idoso, falsificações de assinatura, etc. Estas condutas também podem ser tipificadas como crimes, a exemplo dos arts. 102, 106 e 107 do Estatuto do Idoso (BRASIL; MMFDH, 2020, p. 24-27).

A Recomendação do Conselho Nacional de Justiça, por sua vez, também menciona alguns exemplos de atos que podem configurar violência patrimonial ou financeira, tais como antecipação de herança, movimentação indevida de contas bancárias, venda de imóveis, tomada ilegal, mau uso ou ocultação de bens e ativos e qualquer outra situação de exploração inapropriada ou ilegal de recursos financeiros e patrimoniais sem o consentimento do idoso. Recomenda, ainda, que nos casos de suspeita os notários e registradores devem comunicar o fato imediatamente

ao Conselho Municipal do Idoso, Defensoria Pública, Polícia Civil ou Ministério Público.

A questão da violência patrimonial ou financeira não é nova. Originariamente, o abuso era restrito às famílias de muitas posses, mas atualmente tem crescido o atingimento às camadas menos privilegiadas, apropriando-se de seus benefícios previdenciários ou induzindo-os a realizar empréstimos consignados com descontos na folha de aposentadoria que prejudicam a sua subsistência (SANCHES, 2008, p. 96). Com a pandemia, idosos foram privados de sua liberdade de ir e vir tornando-se ainda mais dependentes de familiares, cuidadores e outras pessoas para fazer atividades do cotidiano, como compras de mercado, farmácia, pagamento de contas etc. Alguns bancos e estabelecimentos comerciais chegaram a proibir o ingresso de idosos, enquanto outros dedicaram horários de atendimento exclusivo para eles. Toda esta situação fez com que os idosos ficassem dependentes de outras pessoas e, muitas vezes, tivessem que confiar seus cartões de crédito, senhas e ativos financeiros a elas.

Em razão da Recomendação do CNJ, e na mesma linha do que dispôs o art. 8º da Lei nº 14.022/2020, a Associação dos Notários e Registradores do Brasil – ANOREG/BR idealizou a campanha Cartório Protege Idosos, cujo principal objetivo é esclarecer e orientar a população sobre as medidas preventivas de ações contra pessoas idosas, que estão especialmente vulneráveis neste período de pandemia. A campanha envolveu a colaboração de outros atores, como a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, Conselhos do Idoso, Defensoria Pública e o Ministério Público e culminou na edição de uma cartilha de orientação, disponível para *download* no site da campanha. Esta congregação de diversos atores em prol do mesmo objetivo público também possibilita a análise desta política sob a categoria do direito como arranjo institucional, proposta por Diogo R. Coutinho. O papel destas diferentes instituições, tanto públicas como privadas, agindo de forma conectada e organizada, certamente contribui para a eficácia desta política. Ainda, é possível analisar o direito pela categoria de vocalizador de demandas, já que diversos atores estão envolvidos, democratizando a política pública instituída.

Sob a ótica do direito como ferramenta, nota-se que foram utilizados diversos tipos normativos para compor o arcabouço legislativo de proteção ao idoso, com previsões na Constituição Federal e também em Leis federais e Recomendação do Conselho Nacional de Justiça. De igual forma, também foram usados diversos instrumentos para sua

implementação, como o Disque Denúncias e as Cartilhas informativas editadas tanto pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, como também pela Associação dos Notários e Registradores. A cartilha elaborada pela Anoreg/Br contém informações sobre ações prestadas pelos serviços extrajudiciais, em especial sua relação com o público idoso, objetivando esclarecer e orientar a população acerca das medidas preventivas para evitar atos de violência patrimonial ou financeira contra idosos (ANOREG/BR, 2020, p. 2-4). Ela contém informações sobre os direitos dos idosos, legislações sobre o tema, orientações sobre como os cartórios podem proteger os idosos e como denunciar casos de violência.

A proposta da campanha é evitar situações como as indicadas na Recomendação nº 46/2020 do CNJ, pois tem se tornado cada vez mais comum, em especial durante o período da pandemia e do isolamento social, que os idosos sejam coagidos a assinar escrituras públicas de alienação de bens, antecipação de herança, doação de numerários, procurações para permitir transações bancárias ou alienação de patrimônio, elaboração ou alteração de testamento e outros instrumentos que, embora legítimos, muitas vezes são usados em prejuízo do interessado.

Muitas pessoas perderam seus empregos ou fontes de renda e passaram a depender dos proventos das pessoas idosas. Preocupações com uma eventual morte deste idoso também fez com que familiares e cuidadores buscassem a antecipação de heranças ou a lavratura de testamentos. Chama a atenção que logo no início da pandemia, ainda em meados de março de 2020, foi observado um aumento de 70% na procura pelo serviço nos tabelionatos de notas do Paraná, segundo informação da Associação dos Notários e Registradores do Estado – ANOREG/PR (FONTES, 2020). Entre março e outubro, o aumento no número de testamentos registrados foi ainda maior, chegando a 90% (LASS, 2020).

Nesse sentido é muito importante a atuação diligente dos notários e registradores, para que fiquem atentos à indícios de coação e vícios na vontade, obstando, assim, a prática desses atos mediante denúncias necessárias. É fundamental que notários e registradores se utilizem da sua experiência profissional e proximidade com as partes envolvidas, para que seja possível identificar sinais de eventual coação ou qualquer outra situação atípica no negócio que as partes pretendem formalizar. Somente a integração de diversas campanhas e ações, entre diferentes setores da sociedade será capaz de criar uma rede de proteção à pessoa

idosa, minimizando os riscos de violências, em especial a patrimonial e financeira, e assegurando a concretização dos direitos da pessoa idosa.

## CONCLUSÃO

O advento da pandemia da covid-19 potencializou a prática de atos de violência financeira e patrimonial contra idosos, pessoas consideradas juridicamente vulneráveis em razão de, muitas vezes, serem dependentes de filhos e cuidadores para realizar atividades cotidianas regularmente. Em razão disso, demonstrou-se a necessidade de planejamento e de execução de políticas públicas destinadas a prevenir atos de violências sofridos pelos idosos, especificamente no que diz respeito à proteção de seu patrimônio, proventos de aposentadorias e outras fontes de renda, haja vista que, especialmente no período da pandemia do coronavírus, esses sujeitos ficaram numa condição de profunda vulnerabilidade decorrente do isolamento social.

Ao longo da pesquisa desenvolvida foi constatado que as pessoas idosas tem seus direitos e dignidade ameaçados e violados durante a pandemia do coronavírus. O fato de se encontrarem em situação de vulnerabilidade, sendo mais suscetíveis a complicações e até mesmo à morte pela doença, alocou-os nos chamados grupos de riscos, estigmatizando-os e excluindo-os da sociedade. O distanciamento social imposto, em que pese tenha o objetivo de protegê-los e preservar a sua saúde, acabou trazendo problemas de ordem psíquica, emocional, financeira e até mesmo à própria integridade física, já que muitos sofreram violências ou mesmos prejuízos à saúde em razão da dificuldade de acompanhar e tratar outras doenças.

Todo este quadro trouxe à tona discussões sobre a chamada “velhofobia”, conhecida pelo preconceito contra as pessoas idosas e o medo de envelhecer. O estigma de que os idosos seriam um peso para a sociedade, gerando custos e sobrecarregando sistemas de saúde e previdência foi agravado e escancarado pelo advento da pandemia. Viu-se, ainda, que uma boa alternativa para proteger e concretizar direitos é mediante a implementação de políticas públicas, razão pela qual discutiu-se os seus conceitos, objetivos e analisou-se o papel do direito nesta seara.

Demonstrou-se que os idosos podem sofrer diversos tipos de violência, e que durante a pandemia as denúncias aumentaram consideravelmente, em especial por conta de que o distanciamento social impôs uma maior dependência da pessoa idosa por parte de seus cuidadores. Evidenciou-se, ainda, que a grande maioria dos casos de

violências contra idosos são praticadas por familiares e pessoas próximas, geralmente responsáveis pelos seus cuidados, o que faz com que muitos sofram em silêncio.

A pandemia também fez com que situações de violência patrimonial e financeira fossem facilitadas, haja vista que a impossibilidade de sair de casa inviabilizou a sua autonomia. Ao mesmo tempo, familiares que sofreram prejuízos econômicos passaram a depender financeiramente destes idosos, que por sua vez tiveram que partilhar seus proventos e patrimônio com seus cuidadores, muitas vezes de forma abusiva e autoritária.

Tendo em mente este quadro, surgiu a necessidade de promover políticas públicas que assegurassem os direitos das pessoas idosas, razão pela qual surgiram campanhas e ações de conscientização, tais como a Cartilha editada pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos “Violência contra a pessoa idosa: vamos falar sobre isso?”; a Recomendação nº 46/2020 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ e a Campanha “Cartório protege idosos”, promovida pela Associação dos Notários e Registradores do Brasil – ANOREG/BR. Todas essas medidas visam congregar esforços entre diferentes atores e instituições, de forma a criar uma rede de proteção ao idoso, incentivando denúncias de violências e evitando, assim, que tantos idosos sofram em silêncio, sem alguém para garantir seus direitos e protegê-los.

Os exemplos de políticas públicas aqui expostos evidenciam o compromisso do Estado brasileiro em prevenir atos de violência patrimonial e financeira cometidos em face dos idosos, proporcionando-lhes maior dignidade humana e segurança quanto aos possíveis atos e condutas contrárias aos seus direitos fundamentais.

## REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO DOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES DO BRASIL – ANOREG/BR. **Proteção patrimonial: um direito do idoso.** Como os cartórios protegem os direitos pessoais e patrimoniais dos idosos. 2020. Disponível em: <https://www.anoreg.org.br/site/wp-content/uploads/2020/07/Protec%CC%A7a%CC%83o-Patrimonial-revisa%CC%83o-4.pdf>. Acesso em: 7 mar. 2021.

BARRUCHO, L. Pandemia de coronavírus evidencia ‘velhofobia’ no Brasil, diz antropóloga. **BBC Brasil**. Londres. 2 maio 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52425735>. Acesso em: 14 mar 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça - CNJ. **Recomendação nº 46**, de 22 de junho de 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original133900202006235ef205f448e4f.pdf>. Acesso em: 7 mar. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 7 mar. 2021.

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos - MMFDH. Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos da Pessoa Idosa. **Violência contra a pessoa idosa: vamos falar sobre isso?** 2020. Disponível em: <https://bibliotecadigital.mdh.gov.br/jspui/handle/192/1240>. Acesso em: 7 mar. 2021.

BUCCI, M. P. D. O conceito de política pública. *In: Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. BUCCI, Maria Paula Dallari (org). São Paulo: Saraiva, p. 1-49, 2006.

BUCCI, M. P. D. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. *In Políticas Públicas: possibilidades e limites*. FORTINI, C.; ESTEVES, J. C. S.; DIAS, M. T. F. (Orgs). Belo Horizonte: Fórum, p. 225-260, 2008.

COUTINHO, D. R. O direito nas políticas sociais brasileiras: um estudo sobre o Programa Bolsa Família. *In Direito e Desenvolvimento: um diálogo entre os Brics*. SCHAPITO, Mario G.; TRUBEK, David M. (Orgs.) São Paulo: Saraiva, pp. 73-122, 2012.

DOURADO, S. P. C. A pandemia de COVID-19 e a conversão de idosos em “grupo de risco”. **Cadernos De Campo (São Paulo 1991)**, v. 29, n. supl, p. 153-162, 2020. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/cadernosdecampo/article/view/169970>. Acesso em: 7 mar 2021.

FONTES, J. Cartórios do PR registram aumento de 70% em testamentos por causa do coronavírus. **Gazeta do Povo**. 23 mar. 2020. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/parana/cartorios-aumento-testamentos-coronavirus/>. Acesso em: 14 mar 2021.

GOVERNO DO BRASIL. **DISQUE 100: Aumenta número de denúncias de violação aos direitos de idosos durante pandemia.** Publicado em: 15/06/2020. Disponível em: [https://www.gov.br/pt-br/noticias/assistencia-social/2020/06/aumenta-numero-de-denuncias-de-violacao-aos-direitos-de-idosos-durante-pandemia#:~:text=A%20viola%C3%A7%C3%A3o%20contra%20pessoas%20idasas,e%20viol%C3%A3ncia%20institucional%20\(2%25\)..](https://www.gov.br/pt-br/noticias/assistencia-social/2020/06/aumenta-numero-de-denuncias-de-violacao-aos-direitos-de-idosos-durante-pandemia#:~:text=A%20viola%C3%A7%C3%A3o%20contra%20pessoas%20idasas,e%20viol%C3%A3ncia%20institucional%20(2%25)..) Acesso em: 7 mar. 2021.

GOVERNO DO BRASIL. **Disque 100 e Ligue 180 registram cerca 1 mil denúncias de violações de direitos humanos por dia em 2020.** Publicado em: 11/03/2021. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2021/marco/disque-100-e-ligue-180-registram-cerca-1-mil-denuncias-de-violacoes-de-direitos-humanos-por-dia-em-2020>. Acesso em: 7 mar. 2021.

HAMMERSCHMIDT, K. S. A.; BONATELLI, L. C. S.; CARVALHO, A. A. Caminho da esperança nas relações envolvendo os idosos: olhar da complexidade sobre pandemia da Covid-19. **Texto & Contexto-Enfermagem**, v. 29, 2020. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-07072020000100209&script=sci\\_arttext&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-07072020000100209&script=sci_arttext&tlng=pt). Acesso em: 7 mar. 2021.

HENNING, C. E. Nem no Mesmo Barco nem nos Mesmos Mares: gerontocídios, práticas necropolíticas de governo e discursos sobre velhices na pandemia da COVID-19. **Cadernos De Campo (São Paulo 1991)**, v. 29, n. 1, p. 150-155, 2020. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/cadernosdecampo/article/view/170798/161271> . Acesso em 13 mar. 2021.

HOWLETT, M.; RAMESH, M.; PERL, A. **Política Pública, seus ciclos esubsistemas: uma abordagem integradora.** Trad. Francisco G. Heidemann. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

LASS, M. E. Pandemia dispara procura por inventários e cartórios alertam para golpes contra idosos. **Gazeta do Povo**. 25 nov. 2020. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/parana/numero-inventarios-e-testamentos-disparam-parana/>. Acesso em: 14 mar 2021.

MELO, B. D. et al. **Saúde mental e atenção psicossocial na pandemia COVID-19: violência doméstica e familiar na COVID-19.** 2020. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/41121>. Acesso em: 13 mar. 2021

MORAES, C. L. de *et al.* Violência contra idosos durante a pandemia de Covid-19 no Brasil: contribuições para seu enfrentamento. **Ciência & Saúde Coletiva**. v. 25, p. 4177-4184. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1413-812320202510.2.27662020>. Acesso em: 7 mar. 2021.

OMS - ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE; KRUG, E. G. **Relatório mundial sobre violência e saúde**. Genebra: Organização Mundial da Saúde, 2002.

OUVIDORIA NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS - ONDH. **Disque Direitos Humanos: relatório 2019**. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. 2019. Disponível em: [https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/junho/balanco-anual-disque-100-atendeu-2-7-milhoes-de-ligacoes-em-2019/copy\\_of\\_Relatorio\\_Disque\\_100\\_final.pdf](https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/junho/balanco-anual-disque-100-atendeu-2-7-milhoes-de-ligacoes-em-2019/copy_of_Relatorio_Disque_100_final.pdf). Acesso em: 27 nov. 2020

SANCHES, A. P. R. A.; LEBRÃO, M. L.; DUARTE, Y. A. O. Violência contra idosos: uma questão nova? **Saúde e Sociedade**, v. 17, p. 90-100, 2008. Disponível em: <https://www.scielo.org/article/sausoc/2008.v17n3/90-100/>. Acesso em: 13 mar. 2021

SOUZA, C. Estado da arte da pesquisa em políticas públicas. *In*: HOCHMAN, G.; ARRETCHE, M.; MARQUES, E. (Orgs.). **Políticas Públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.



# UMA ABORDAGEM FILOSÓFICA DO PROBLEMA DO PODER CONSTITUINTE DO POVO

## *A PHILOSOPHICAL APPROACH ON THE PROBLEM OF THE PEOPLE'S CONSTITUENT POWER*

Jairo Lima\*

José Mauro Garboza Junior\*\*

Lucas Bertolucci Barbosa de Lima\*\*\*

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 O poder constituinte como um problema político. 3 O conceito moderno de povo enquanto unidade homogênea e multiplicidade fraturada. 4 Notas a partir de uma psicanálise freudomarxista a respeito da constituição de um povo. 5 Uma resposta de Sieyès ao problema do poder constituinte. 6 Considerações finais.

**RESUMO:** Essa pesquisa analisa o tema do poder constituinte e sua relação com a ideia de povo, principalmente pelo fato de que a soberania popular tem sido a justificativa moderna para a adoção de novas constituições. Nesse sentido, buscamos responder à seguinte pergunta-problema: de que modo se pode pensar uma solução para a hipótese de defasagem popular do poder constituinte? Para responder a essa pergunta, esta investigação trabalhou com o conceito de povo a partir de âmbitos diversos, como sua contestação a partir dos argumentos de Giorgio Agamben, bem como sob a perspectiva de Sigmund Freud e Ernesto Laclau, para ao final visualizar a proposta de Emmanuel Joseph Sieyès do Jury Constitutionnaire. Nesse sentido, por meio de uma pesquisa conceitual-

\* Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica (Mestrado e Doutorado) da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Coordenador do Laboratório de Pesquisa em Teorias Constitucionais e Políticas (CPOL-LAB) na UENP. Contato: jaironlima@uenp.edu.br.

\*\* Doutorando bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) em Filosofia pelo Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Estadual de Londrina (PPGFil-UEL), doutorando e mestre em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (PPGCJ- UENP), graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), em Ciências Sociais, História e Filosofia pela Universidade Metropolitana de Santos (UNIMES). Contato: garbozajm@gmail.com. OrcID: <https://orcid.org/0000-0002-8566-2294>.

\*\*\* Doutorando bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) em Filosofia pelo Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Estadual de Londrina (PPGFil-UEL), doutorando e mestre em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (PPGCJ- UENP), graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). E-mail: lucas.bertolucci@gmail.com. OrcID: <http://orcid.org/0000-0002-0380-208X>.

Artigo recebido em 18/07/2022 e aceito em 17/11/2022.

Como citar: LIMA, Jairo; GARBOZA JUNIOR, José Mauro; LIMA, Lucas Bertolucci Barbosa de. Uma abordagem filosófica do problema do poder constituinte do povo. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 25, n. 42, p. 35, jul./dez. 2021. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

teórica, de base essencialmente bibliográfica, concluímos que a teoria liberal do poder constituinte exclui o povo da organização jurídica dos poderes.

**Palavras-chave:** nação. povo. soberania. identificação. lógicas da diferença e da equivalência.

**ABSTRACT:** *This research focuses on the topic of constituent power and its relationship with the idea of people, mainly due to the fact that popular sovereignty has been the modern justification for the adoption of new constitutions. In this sense, we seek to answer the following problem-question: how can a solution be devised for the hypothesis of popular deficit in constituent power? To answer this question, this investigation worked with the concept of people from different views, such as its contestation from the arguments of Giorgio Agamben, as well as from the perspective of Sigmund Freud and Ernesto Laclau, to finally visualize the proposal of Emmanuel Joseph Sieyès of the Jury Constitutionnaire. In this sense, through theoretical research, essentially bibliographical, we conclude that the liberal theory of constituent power excludes the people from the legal organization of powers.*

**Keywords:** nation. people. sovereignty. identification. logics of difference and equivalence.

## INTRODUÇÃO

Um ponto presente nas críticas brasileiras “desenvolvimentistas” da segunda metade do século XX, que buscavam investigar as condições para o desenvolvimento econômico-social do Brasil, é a questão da consciência da realidade nacional. As hipóteses de como se compreender devidamente a realidade nacional, levando em conta seus percalços, suas relações internacionais e todos aqueles elementos que impedem o desenvolvimento, foi o que mobilizou Álvaro Vieira Pinto a escrever, em 1960, *Consciência e realidade nacional* (2020a; 2020b). Discriminando a consciência ingênua, que rejeita o desenvolvimento nacional, da consciência crítica, que compreende as instabilidades proporcionadas pelo advento de um desenvolvimentismo político, tal problemática envolvendo o dimensionamento do nacional se inscreve na dogmática jurídica na forma, entre outras, do tema do poder constituinte.

Neste contexto, em 1973, Manoel Gonçalves Ferreira Filho publica seu *O poder constituinte* (2005), título homônimo de outro livro publicado por Nelson Saldanha (1986), que fora apresentado por este como tese de livre-docência em 1957. O problema do poder constituinte esteve, desde então, cada vez mais presente na dogmática jurídica, tendo sido alimentado, inclusive, pelas questões de legitimidade do poder levantadas durante as mais de duas décadas pelo regime militar. Sendo assim, a abordagem deste problema se deu principalmente a partir da oposição da teoria de Emmanuel Joseph Sieyès como pano de fundo para se conjecturar jurídica e politicamente as relações entre poder constituinte

e poder instituído. Isso porque foi com Sieyès e a Revolução Francesa que o constitucionalismo teve lugar.

Como observa Gilberto Bercovici (2013b, p. 134-154), a Revolução Francesa reformulou a gramática do poder do Estado moderno. Se antes, no período de Thomas Hobbes, o exercício soberano do poder se separava radicalmente da sociedade, na França do século XVIII essa separação é minada até seu limite: o golpe de Estado revolucionário. Como toda tomada de poder demanda uma nova teoria da conservação do poder, a teoria do poder constituinte coloca a soberania estatal sobre novas bases. Então, o constitucionalismo que emerge consegue manter intacta a legitimidade do poder, contanto que conserve, no imaginário social, a ideia da *nação* (forma nacional do povo), como titular do poder constituinte. Positivou-se, pois, a ficção do povo soberano.

No entanto, contemporaneamente, o constitucionalismo enfrenta alguns problemas decorrentes de seu descompasso em relação à ideia de democracia. A constituição imposta ao Japão após a Segunda Guerra (1947), por exemplo, denuncia uma lacuna imediata entre o povo e o poder constituinte originário. Da mesma forma, o constitucionalismo abusivo, mediante o uso de artifícios jurídicos para a flexibilização constitucional por parte daqueles que exercem o poder, demonstra as fragilidades da relação entre democracia e constitucionalismo.

Foi pensando nestes problemas em escala nacional que autores como Paulo Bonavides (2003, p. 141-195) constataram que é insustentável pensar o problema do poder constituinte a partir de uma teoria tão longínqua como a de Sieyès. Para que este problema pudesse ser propriamente abordado, é preciso levar em consideração os processos econômicos e sociais locais. Deve-se atravessar a alternativa do poder constituinte como algo ou jurídico ou político, e analisá-lo contra o pano de fundo da formação social brasileira, por exemplo como faz Celso Furtado, indicando os elementos econômicos e sociais que condicionam a permanente formação do Estado brasileiro (FURTADO, 2007, p. 21-22).

Estabelecendo-se a conexão entre o poder constituinte das teorias de direito constitucional com a estrutura econômica e social de cada momento constituinte, seria possível explicar, historicamente, por que não há nada de contingente na participação de setores conservadores na Assembleia Nacional Constituinte de 1987 e 1988. O fato de que a Assembleia tenha sido atravessada pela participação do exército, das igrejas e das elites é um indício do caráter dissimulado da pretensa transitividade

democrática que inaugurou a Nova República. Isso indica não apenas que não houve uma verdadeira transição democrática brasileira, mas que a dinâmica de segregação organizada por tais setores conservadores perpassa toda a história do Brasil contemporâneo.

Conjecturando o estado da arte jurídico a partir desta estrutura histórica, pode-se abordar os fenômenos atuais da desinformação sistemática e da desconfiança generalizada como pontos comuns ao declínio da imaginação social de algo como um poder constituinte. Se, como entende Bercovici (2013a, p. 310-320), a manutenção de certa segurança econômica possibilita a reflexão, por parte dos indivíduos de um dado território, sobre os problemas sociais e a concepção de uma ideia concreta de poder constituinte, tais reflexão e concepção mantêm-se barradas em um contexto de perigo permanente, como o atual. Pensar o poder constituinte contra o pano de fundo da estrutura econômico-social que o condiciona possibilita atualizar a concepção jurídica deste conceito, habilitando a concretização dos ideais democráticos e dos direitos humanos que fundamentam a Constituição.

Apesar do amplo espectro de questões que atravessam o problema do poder constituinte, esta pesquisa tem como escopo partir de uma abordagem jurídica do tema para, em seguida, desviar a análise para algumas abordagens mais filosóficas e, enfim, retornar ao problema propriamente jurídico. Levando em conta o caráter abstrato do poder constituinte tal qual abordado pela doutrina jurídica, além da consequência sistêmica de desconsideração do povo soberano nas interpretações doutrinárias e práticas da constituição, é necessário um esforço reflexivo que confronte a abordagem jurídica usual deste tema e uma abordagem filosófica um pouco mais excêntrica. Esta defasagem entre a teoria liberal do poder constituinte e algumas perspectivas filosóficas que tentam delinear onde está o “povo” é a lacuna do presente artigo. Lacuna esta que pode ser formulada da seguinte maneira: de que modo a teoria liberal do poder constituinte exclui o povo da organização jurídica dos poderes?

O trabalho partirá da teoria do poder constituinte de Sieyès e de alguns problemas, relacionados a esse tema, levantados por autores de campos diversos. Em seguida, serão expostas algumas críticas filosóficas à própria noção de “povo” – em especial, ao caráter universalizante do conceito jurídico moderno de povo e ao caráter fundamentalmente político do conceito freudomarxista de povo. Por fim, será retomada uma proposta tardia de Sieyès sobre a organização jurídica do exercício do poder

constituente, proposta esta que busca restringir ainda mais o papel do poder constituinte do povo. Esse movimento busca demonstrar, como será visto adiante, que mesmo dentro do *corpus* do teórico que instituiu a fórmula moderna do poder constituinte ilimitado da nação, não há espaço para que o povo exerça o poder constituinte. Em outras palavras, a teoria liberal do poder constituinte de Sieyès mantém o povo fora da política.

Trata-se de uma pesquisa de viés conceitual-teórico, isso significa dizer que os dados que serviram de análise para a conclusão são primordialmente as construções teóricas dos autores selecionados, expressas em suas respectivas produções bibliográficas. O modo de abordagem dessas ideias se caracterizou por ser inicialmente descritivo e, posteriormente, argumentativo. Isso significa dizer que só nos debruçamos sobre os autores naquilo que eles possuíam especificamente a falar sobre o tema do poder constituinte do povo.

## **1 O PODER CONSTITUINTE COMO UM PROBLEMA POLÍTICO**

Na dogmática jurídica brasileira, Nelson Saldanha (1986) e Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2005) são alguns dos autores que reacenderam o debate acerca do poder constituinte no âmbito do direito. Seus estudos buscam partir, entre outros autores, de Sieyès (2002), para demonstrar de que modo o poder constituído se relaciona com o poder constituinte, que põe o ordenamento jurídico, e como ambos mantêm uma constante simbiose na prática jurídica. Segundo Ferreira Filho (2005, p. 187-188, 226-251), o poder constituinte jamais se exaure após a efetivação de uma constituição, mas se institui como poder constituinte derivado, podendo a constituição ser continuamente reformada. Saldanha (1986, p. 88), porém, discorda dessa divisão conceitual, já que entende o poder constituinte como um poder singular de se pôr uma constituição, algo que institui o direito e as possibilidades de reforma constitucional, mas que, como tal, escapa ao direito. Ambos, porém, sustentam a hipótese da atuação de um poder constituinte como condição concreta de existência do direito (FERREIRA FILHO, 2005, p. 47-104; SALDANHA, 1986, p. 65-72).

Sendo Emmanuel Joseph Sieyès (2002, p. 2-29) o principal ponto de convergência destas teorias jurídicas sobre o poder constituinte, não se

pode deixar de apontar para a mudança radical operada por este político da Revolução Francesa na conceitualização do Estado e de seus poderes. Em seu O que é o terceiro estado? (*Qu'est-ce que le tiers état?*), publicado em 1789, Sieyès afirma que a nação, conceito que engloba um certo número de indivíduos, é o sujeito jurídico-político titular da soberania, e que esta é atualizada exclusivamente pelo exercício do poder constituinte. Por mais que a constituição limite o poder constituinte, este permanece latente na nação. Esta é a formalização que o constitucionalismo atribuiu ao poder do Estado, distanciando-se da soberania estatal absolutista. Todo o poder, em Sieyès, emana da nação, ou do povo, mas seu exercício é condicionado pelas normas impostas pela constituição que, apesar de votadas em assembleia, representam a vontade daqueles que possuem o poder constituinte:

A nação existe acima de tudo, é a origem de tudo. Sua vontade é sempre legal, é a própria lei. Antes dela e acima dela, há apenas a lei *natural*. Se queremos formar uma ideia correta da sequência de leis *positivas* que só emanam de sua vontade, vemos primeiro as leis *constitucionais*, que são divididas em duas partes: algumas regulam a organização e as funções do corpo *legislativo*; as outras determinam a organização e as funções dos diferentes órgãos *ativos*. Essas leis, ditas *fundamentais*, não o são no sentido de que podem se tornar independentes da vontade nacional, mas porque os órgãos que existem e agem através delas não podem tocá-las. Em cada parte, a constituição não é obra do poder constituído, mas do poder constituinte. Nenhum tipo de poder delegado pode mudar nada nas condições de sua delegação. É assim, e não de outra maneira, que as leis constitucionais são *fundamentais*. As primeiras, aquelas que estabelecem a legislatura, são *fundadas* pela vontade nacional antes de qualquer constituição; elas formam o primeiro nível. As segundas devem ser estabelecidas, igualmente, por uma vontade representativa *especial*. Portanto, todas as partes do governo respondem umas às outras e, em última análise, dependem da nação. Estamos apenas oferecendo aqui uma ideia geral, mas correta (SIEYÈS, 2002, p. 53, tradução nossa).

Se por um lado, portanto, a constituição dá corpo à vontade nacional, passando a organizar e delimitar o funcionamento do poder constituído, por outro, o poder constituinte não se exaure na constituição, permanecendo latente e passível de reatualização. Por mais que a constituição positivada funcione como um limitador do exercício do poder constituinte, a partir das regras constitucionais, este só poderá

ser exercido pelos representantes da nação conforme estabelecido pelas normas do Estado.

Assim, há algo de ilimitável no conceito de poder constituinte proposto por Sieyès. Da mesma forma que a vontade geral do contrato rousseauiano permanece em excesso em relação à vontade de todos, o poder constituinte da nação se mantém, na teoria de Sieyès, como ponto de excesso da nação em relação ao Estado (SIEYÈS, 2002, p. 50-62; ROUSSEAU, 2020, p. 516-539). Porém, já no início do século XIX, alguns teóricos do Estado liberais perceberam que a não delimitação de um poder poderia ter consequências desastrosas para qualquer ordenamento jurídico constitucional (CONSTANT, 1980, p. 50-58, 83-101, 201, 277-299; GUIZOT, 2008, p. 55-83, 138-149, 159, 557-558).

O constitucionalismo, inaugurado após o movimento de constitucionalização estatal empreendido pelos moderados revolucionários, perdurou durante os séculos seguintes como forma preponderante de organização jurídica do poder (BERCOVICI, 2013b, p. 134-154), até a democracia constitucional se tornar a forma mais comum entre os governos em meados do século XX. No entanto, nos últimos anos, alguns juristas passaram a perceber certos problemas perenes inerentes ao exercício da democracia constitucional (LOUGHLIN, 2019, p. 436, 438-440, 443-447). O constitucionalismo abusivo, por exemplo, tema de estudo de David Landau (2013, p. 195-213), tem por objeto de investigação o uso irrestrito dos dispositivos constitucionais, na contemporaneidade, para se contornar certos limites impostos pela constituição. Apesar da rigidez constitucional em relação às possíveis reformas, vários governos do mundo aprenderam a atravessar empecilhos constitucionais sem precisarem recorrer à reforma. David Law (2018, p. 242-246), por sua vez, investiga a romantização constitucional de certas narrativas nacionais que ignoram a falta de consenso que precedeu o ato constituinte. Alguns autores também especulam acerca da possível crise em que se encontra atualmente a democracia constitucional (GRABER; LEVINSON; TUSHNET, 2018, p. 2-5), havendo outros, como Joel Colón-Ríos (2012, p. 152-186), que apostam em um enfraquecimento do constitucionalismo (um “constitucionalismo fraco”) em benefício da democracia.

Todos estes problemas que afetam os ordenamentos jurídicos mundo afora atingem, em alguma medida, a democracia constitucional brasileira, sob a dissimulação das ilusões constitucionais de 1988 (BELLO; BERCOVICI; LIMA, 2019, p. 1771-1789). Separando-se cada vez mais

a constituição da prática democrática, o tema do poder constituinte é gradativamente dissipado das discussões jurídicas, restringindo-se suas abordagens aos limites da revisão constitucional (BERCOVICI, 2013a, p. 310-314)<sup>1</sup>. Isto porque o tema adquiriu, perante a dogmática jurídica, um caráter utópico e metafísico. A ideia de um poder do povo que se mantém latente no ordenamento, mas que só se manifesta pelos procedimentos legais, tem pouca utilidade à doutrina constitucional, cujas teorizações convergem para as formas de desenhos a respeito do controle difuso e concentrado de constitucionalidade.

Tendo a doutrina francesa do poder constituinte sido tomada como mero manual de como se legitima e se reforma um poder constituído, pouco se refletiu, neste âmbito, sobre as experiências políticas locais. Um dos autores que o fizeram, no entanto, foi Paulo Bonavides (2003, p. 141-195), para quem existe uma crise constituinte que atravessa toda a história do Estado brasileiro e que sustenta uma lacuna duradoura entre constituição estatal e realidade social. O autêntico poder constituinte do povo tem seu exercício barrado em uma realidade periférica como a brasileira (NEVES, 2018, p. 265-311; QUEIROZ, 2018, p. 91-179), cuja soberania é limitada interna e externamente por outros poderes.

A tese de que a noção moderna de “sociedade” haveria acabado, como defendem Michel Foucault (2004, p. 295-320) e Christophe Guilluy (2020, p. 65-114), parte da trágica constatação de que a hostilidade econômica contemporânea não mais possibilita a manutenção de um liame social, de um mínimo de senso comum. William Davies (2018, p. 123-175) relaciona o declínio deste senso comum ao sentimento generalizado de insegurança que, tendo aumentado consideravelmente após a Guerra Fria, intensifica e difunde desconfiança nos complexos sociais. A desestabilização do senso comum desorganiza as demandas políticas do tecido social, dando azo às mais diferentes formas de mobilização das massas (LACLAU, 2018, p. 253-315). A lacuna entre demandas sociais e poder instituído abre terreno à disseminação de desinformação e à sistematização de hostilidades diversas por parte dos diferentes núcleos políticos (DEJOURS, 2007, p. 37-72), conjunto de ações vulgarmente cunhado como “guerra híbrida”. A aposta de Piero Leirner (2020, p. 175-254) é justamente de que a suposta guerra híbrida pela qual passa atualmente o Brasil tem lastro no papel constitutivo das forças armadas na formação desigual do Estado brasileiro e de seu imaginário.

---

<sup>1</sup> Em complemento a essa perspectiva crítica, ver: LIMA, Jairo. Emendas Constitucionais Inconstitucionais: democracia e supermaioria. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

Neste cenário, a soberania do povo, barrada por poderes internos e externos (BERCOVICI, 2013a, p. 314-320), nada pode esperar senão a manutenção da dinâmica dos poderes. As condições sociais desagregadoras promovem um rebaixamento geral das expectativas de mudança (ARANTES, 2014, p. 92-94). Como entende Marcelo Neves (2018, p. 297-313), não se pode pensar verdadeiramente em legitimação das práticas jurídicas sem que haja inclusão da sociedade nas decisões políticas. Imaginar sociologicamente, segundo Charles Wright Mills (1975, p. 192-243), é pensar as condições estruturais da tessitura social, abarcando o maior número possível de elementos. Se, ao menos, se buscar compreender em que medida a teoria liberal do poder constituinte afasta o povo de toda organização jurídica do poder, será possível pensar um poder constituinte verdadeiramente democrático que, levando em conta as exclusões, se pautar na concretização dos direitos fundamentais.

## **2 O CONCEITO MODERNO DE POVO ENQUANTO UNIDADE HOMOGÊNEA E MULTIPLICIDADE FRATURADA**

A noção de soberania do povo remete ao evento responsável por seu aparecimento na modernidade: a Revolução Francesa (1789-1799). A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, é um dos referenciais textuais que marcam a mudança da soberania eminentemente monárquica para o novo republicanismo. Seu advento é expressão de um paradigma no que concerne à transição de formas do exercício da soberania. Se até então, na França, o soberano era o monarca, o membro da linhagem sanguínea real, ao qual todos se submetiam, todos os indivíduos franceses eram a ele sujeitos, eram seus súditos.

Com a Declaração, o fundamento da soberania deixa de ser a linhagem de sangue, passando a ser o puro nascimento: a mera vida do ser humano passa a funcionar como o fundamento da soberania estatal, de modo que a nação, isto é, o conjunto dos nascidos em determinado território, passa a ser soberana. O soberano não é mais um monarca fora da lei capaz de exercer um direito natural transcendente: a partir de então, todos os indivíduos – isto é, o Homem, genericamente falando – nascem juridicamente livres e iguais. Segundo o texto da Declaração, com a nação sendo soberana, todos nasceriam imediatamente soberanos, ou seja, suas vidas fundamentariam a soberania.

Edmund Burke aponta que um dos principais erros da Declaração de direitos de 1789 foi sua pretensão de inaugurar grandes novidades no exercício da política, como essa tentativa de deslocar a soberania para a totalidade dos membros da nação. Diferentemente da Declaração francesa, a *Bill of rights* inglesa (1689) teria sido guiada por um outro pressuposto que, segundo Burke, seria menos abstrato e mais prático: a conservação de leis e liberdades antigas, bem como da já existente constituição de governo inglesa. Buscando mudar a forma de governo por meio de uma alteração no próprio fundamento da soberania, o texto da Declaração de 1789 seria muito mais subversivo que o da *Bill of rights* (BURKE, 1999, p. 36).

Em Para além dos direitos do homem (*Au-delà des droits de l'homme*), Giorgio Agamben assevera, porém, que a Declaração de 1789, como quaisquer outras declarações excessivamente universalistas, não detinha a eficácia pretendida pelo seu texto (AGAMBEN, 2015, p. 23-29). Apesar de o Homem, em sentido universal (abrangendo todos os indivíduos), passar a ser o novo sujeito soberano, o próprio título da declaração faz menção ao conceito de Cidadão, ou seja, do indivíduo incumbido de exercer a soberania através de associações políticas. Isso quer dizer que existe uma divisão constitutiva na própria declaração: os indivíduos em geral só podem deter a soberania enquanto forem proibidos de a exercer, autorizando-se seu exercício somente por parte do cidadão.

O cidadão opera como um aparato regulador para a transição revolucionária de governo, revelando o caráter conservador desta abertura política liberal. A esse respeito, o Conde de Lanjuinais, um dos deputados responsáveis pela constituição de 1795, entende que, apesar de serem soberanos, as crianças, as mulheres, as minorias, os sentenciados à pena difamatória e os incapazes não seriam cidadãos (AGAMBEN, 2010, p. 127). A segregação política é inequívoca: a vontade de todos os indivíduos soberanos é virtualmente levada em consideração; contudo, por uma questão de organização, apenas alguns exercem o poder em nome de todos os demais e da maneira que melhor entenderem. Isso implica que a soberania é arditosamente transferida aos que verdadeiramente a exercem.

Segundo Carl Schmitt, o poder soberano é ilimitável na prática política, sendo capaz de decidir inclusive o que é e o que não é legitimamente jurídico (SCHMITT, 2009, p. 31). “Soberano”, segundo Schmitt, “é quem decide no estado de exceção” (SCHMITT, 2009, p. 13, tradução nossa), ou seja, é quem decide independentemente do direito positivo, tendo em vista que a própria decisão soberana é capaz de se legitimar

retroativamente. A vida de todo sujeito de direito está, portanto, em uma situação aparentemente paradoxal. Ao mesmo tempo que, para o direito positivo, os indivíduos são sujeitos de direito soberanos completamente incluídos no ordenamento, para a decisão soberana todos os indivíduos estão sujeitos à exclusão do jurídico.

Entre 1850 e 1914, os governos dos Estados-nação passaram a mobilizar uma imaginação nacional baseada em ficções nacionalistas. Assim, a noção de soberania estatal passa a se conectar a uma ideia de nação que exclui quaisquer outras identidades internas em benefício da identidade nacional. Todos aqueles que não recaem na fórmula jurídica de um Povo nacional soberano, como as minorias compostas por imigrantes nos períodos que antecedem e que seguem a Primeira guerra, passam a ser considerados na prática sociopolítica cidadãos de segunda categoria. Aos olhares nacionalistas mais conservadores, o imigrante não é um nacional, posto que nascera em outro território. A unidade jurídica de um Povo abstrato nacional é cindida internamente, sendo dela excluído um outro povo, uma multiplicidade não jurídica e abandonada ao poder soberano.

O vocábulo povo é constituído pela sua própria cisão, já que significa, no decorrer de sua história, tanto o povo enquanto unidade jurídico-política, quanto o povo dos socialmente excluídos. Em suas várias versões (*povo, pueblo, popolo, peuple, people*) esta palavra pode significar corpo político e povo infeliz e pobre. Há, pois, uma dialética pendular entre duas noções de povo: um conjunto *Povo*, que se constitui como corpo político unificado, e um subconjunto *povo*, formado pelas multiplicidades fragmentárias dos diferentes povos. É o problema consiste no fato de que há uma totalização dissimuladora do *povo* para dentro da ficção Povo. Esta dissimulação totalitária impede o aparecimento de uma diferenciação entre Povo e povo (AGAMBEN, 2015; 2016, p. 73).

Essa separação era evidente já na Roma antiga, em que o *populus* aristocrático se diferenciava da *plebs*, ou na divisão medieval entre o povo gordo e bem alimentado dos nobres e povo magro. Ela passa a ser dissimulada, porém, com a Revolução Francesa: a suposta igualdade soberana de todos os franceses tornou contraditória a ideia de um povo plebeu separado de um povo realmente político. A separação externa de dois povos dá lugar, contudo, a uma cisão interna: o Povo, unidade soberana, abarca o povo marginalizado ao mesmo tempo em que este se contrapõe internamente àquele ao desmentir sua falaciosa unidade, revelando os politicamente excluídos dentro da dissimulação da unificação política nacional: “Nessa

perspectiva, o nosso tempo não é senão a tentativa – implacável e metódica – de atestar a cisão que divide o povo, eliminando radicalmente o povo dos excluídos” (AGAMBEN, 2015, p. 39, grifo do autor).

Agamben indica uma diferenciação não explícita no uso moderno do conceito de povo. A unidade nacional, que tem lugar no século XIX, compõe-se submetendo povos fragmentários à totalização jurídico-política das grandes nações. Por mais unificada que se pretenda, há algo de não-todo na noção de Povo que convida o pensamento a repensar a própria ideia de povo. A seção seguinte trará algumas bases teóricas não jurídicas para se repensar a ideia de povo e, ato contínuo, a própria noção de constituição de uma unidade política pressuposta pelo conceito de poder constituinte.

### **3 NOTAS A PARTIR DE UMA PSICANÁLISE FREUDOMARXISTA A RESPEITO DA CONSTITUIÇÃO DE UM POVO**

Apesar de o Povo nacional jurídico se constituir a partir de uma constituição positiva, os demais povos, a ele indiferentes, constituem suas respectivas identidades a partir de outros critérios. Esta seção se propõe a verificar como se constitui uma identidade e, conseqüentemente, qual é a forma de um povo. Algumas sociologias do século XIX, momento de formação dos Estados-nação, passaram a estudar o comportamento de indivíduos quando se agregam publicamente em massas. Em um texto de 1921 chamado *Psicologia das massas e análise do Eu (Massenpsychologie und Ich-Analyse)*, Sigmund Freud buscou esboçar os fenômenos psicológicos envolvidos na constituição de uma massa a partir de uma crítica endereçada às chamadas psicologias de massa, que têm como expoentes sociólogos como Gustave Le Bon e William McDougall (FREUD, 2011, p. 16-39).

Freud se propõe a estudar o comportamento dos conjuntos de indivíduos por meio da noção de libido, o elemento primário de sua metapsicologia individual. A palavra “libido” deriva de “amor” (*Liebe*), consistindo, na psicanálise freudiana, em uma energia afetiva que certo indivíduo direciona a algum objeto de acordo com suas pulsões. As massas se constituem, desenvolvem-se e se dissolvem, de acordo com Freud, mobilizadas pelas relações amorosas dos indivíduos que as compõem (FREUD, 2011, p. 60-69). Le Bon e McDougall diferenciam massas estáveis, em suas teorizações, como o Estado, a sociedade, a Igreja e o Exército, de massas instáveis, como motins, levantes e greves. O psicanalista

austríaco, por sua vez, reduz as massas estáveis e instáveis a um mesmo fenômeno: ambas se constituem e se desenvolvem a partir dos mesmos elementos, apesar de possuírem diferentes durações. Diante disso, Freud desloca a discussão da divisão entre massas instáveis e massas estáveis para a separação de massas sem líder e massas com líder. Seu objetivo é destrinchar a composição das massas em duas relações diferentes: a relação entre indivíduos e a relação entre cada um dos indivíduos da massa e seu líder (FREUD, 2011, p. 39-46).

Os indivíduos de uma massa se relacionam uns com os outros por meio do fenômeno da identificação. Psicologicamente, a identificação decorre da relação do indivíduo para com algum objeto (FREUD, 2011, p. 61-65). O deslocamento da análise da identificação no nível individual para sua formalização no nível social possibilita a Freud inferir que há algum afeto em comum em toda massa, isto é, que há algo compartilhado por todos os indivíduos que a compõem. Em outras palavras, todos os membros de uma massa se relacionam individualmente com um elemento em comum, havendo algo em comum na ligação entre os indivíduos e seu líder. Dessa constatação decorre que a base para a relação de identificação entre os indivíduos de uma massa está na relação de cada um com seu líder.

A analítica da relação entre os indivíduos e o líder é verificada por Freud a partir dos fenômenos psicológicos da paixão e da hipnose. Em ambos os casos, tanto a pessoa amada quanto o hipnotizador assumem um lugar privilegiado na construção egóica do indivíduo. Para que o enamoramento e a hipnose sejam efetivados, a pessoa amada e o hipnotizador devem ser idealizados pelo sujeito enamorado ou hipnotizado, de modo que ambos ocupam o lugar daquilo que Freud denomina como ideal de eu (*Idealich*). O poder de sugestibilidade exercido pela pessoa amada e pelo hipnotizador nesses fenômenos se aproxima, segundo Freud, do poder unificador do líder de uma massa (FREUD, 2011, p. 67-69; FREUD, 2010, p. 13-122).

Após essas discussões estamos preparados para oferecer uma fórmula relativa à constituição libidinal de uma massa. Pelo menos de uma massa tal como vimos até aqui, isto é, que tem um líder e não pôde adquirir secundariamente, através de excessiva “organização”, as características de um indivíduo. *Uma massa primária desse tipo é uma quantidade de indivíduos que puseram um único objeto no lugar de seu ideal do Eu e, em consequência, identificaram-se uns com os outros em seu Eu* (FREUD, 2011, p. 76-77).

Desse modo, uma massa consiste, para Freud, em certo número de indivíduos que se identificam por compartilharem um ideal comum. Quanto mais o ideal de eu se distancia do eu, melhor se delimita a figura de um líder, de uma hipóstase que exerce uma espécie de coação exterior sobre os membros da massa (LACLAU, 2018, p. 110). Em contrapartida, a uma maior aproximação entre o eu e seu ideal corresponde um tendencial desaparecimento da figura do líder, movimento que ganha corpo com o deslocamento do paradigma político autocrático ou sectário do século XIX para um paradigma mais democrático durante o século XX. Dando predileção a esta forma mais autônoma e aproximativa da constituição de um ideal por uma massa, Ernesto Laclau propõe a construção de um conceito de “povo” que tenha como base a delimitação material das condições reais e das demandas de seus membros.

Em *A razão populista (On populist reason)*, Laclau parte do pressuposto, endossado pela analítica freudiana das massas, de que todo povo quer se tornar Povo, isto é, de que o que determina um conjunto de indivíduos como povo é sua vontade comum de se constituir como totalidade universal (LACLAU, 2018, p. 228).

Existem duas lógicas que operam na composição em totalidade de um povo: a da diferença e a da equivalência. A lógica da diferença prescreve que uma totalidade é inicialmente composta por demandas variadas, de modo que as particularidades do todo só podem ser determinadas por meio da diferença de umas em relação às outras. Já a lógica da equivalência informa que, para que tais demandas diferenciadas adquiram certa consistência, é preciso que elas possam ser reduzidas a uma gramática comum, pois é necessário que haja algum laço capaz de unir as diferentes particularidades e estabelecer uma equivalência entre elas. O estabelecimento desse laço depende da imputação em comum de uma figura antagônica, de uma heterogeneidade dos membros da totalidade em relação a algum ponto de fora dessa totalidade. Em outras palavras, a homogeneização das diferenças internas depende de uma heterogeneização antagônica externa.

Portanto, a identidade em um povo está sempre na tensão entre a lógica da diferença e a lógica da equivalência, dependendo de uma exclusão do heterogêneo que sobredetermine as diferenças como particularidades equivalentes. Não sendo possível a constituição de uma absoluta identidade entre os indivíduos, tendo em vista que a tensão entre equivalência e diferença é irreduzível, e um povo só se constitui pela totalização. A equivalência total das diferenças implica, porém, a necessidade de uma

representação: apenas uma particularidade, a mais comum e que consegue atravessar minimamente todas as demais, nomeará as demandas do povo. Em outras palavras, entre as várias particularidades que se diferem na totalidade popular, apenas uma irá representá-la, sem contudo, deixar de ser uma diferença particular.

Desse modo, são as diferentes particularidades que, dando corpo ao significado universal da totalidade, encarnam uma completude inatingível (LACLAU, 2018, p. 120). Jamais haverá uma significação estática para o povo, posto que, baseado no referente real da materialidade histórica, a constituição de um povo depende da cadeia de equivalências atinente às suas demandas. Não possuindo um significado específico, o povo é um significante vazio, um representante inconstante das diversas demandas sociais, cuja constituição total configura um horizonte da luta política de determinado conjunto de indivíduos. Construir um povo, portanto, não se trata apenas de determinar juridicamente como uma nação será representada, pois a construção de um povo “é um caso *paradigmático* porque é *aquela* que revela a representação naquilo que ela é: o terreno primário da constituição da objetividade social” (LACLAU, 2018, p. 238).

A seção seguinte trará alguns argumentos do principal autor do poder constituinte moderno a respeito da efetivação prática do exercício do poder constituinte. Se, em 1789, Sieyès articula sua teoria de modo a garantir à nação a titularidade ilimitada do poder constituinte, em 1795 ele altera o teor de sua proposição, reduzindo as possibilidades de exercício do poder constituinte a um mínimo. Essa tendência conservadora do próprio Sieyès é um indicativo de que talvez não haja, de fato, espaço na organização jurídica dos poderes para a implementação de um poder constituinte do povo. Em outras palavras, o direito parece depender dessa circunscrição e delimitação daquele que detém sua titularidade.

#### **4 UMA RESPOSTA DE SIEYÈS AO PROBLEMA DO PODER CONSTITUINTE**

A negligência, por parte dos intelectuais franceses do final do século XVIII, a respeito dos limites do poder soberano deu azo às arbitrariedades da democracia engendrada por Maximilien de Robespierre e Louis Antoine de Léon de Saint-Just. O Terror revolucionário (1792-1794) desencadeou uma forte reação antidemocrática por teóricos do Estado liberais que, temendo o descontrole que um poder ilimitado pode ocasionar, passam a defender,

tendo como base o liberalismo econômico smithiano, uma atuação estatal moderada e limitada. O próprio Sieyès, que havia defendido a tese da máxima soberania nacional por parte do terceiro estado em 1789, passa a optar, alguns anos mais tarde, por uma delimitação de poderes mais rigorosa.

No verão de 1795, Sieyès expôs para a Comissão dos Onze, responsável pela formulação da constituição de 1795, alguns de seus projetos de elaboração constitucional. Entre eles, estava a proposta de instituição de um *Jury Constitutionnaire* (SIEYÈS, 2014, p. 159, 169, 170-185; FIORAVANTI, 2007; GOLDONI, 2012). Sieyès idealizou este órgão como sendo a futura instituição responsável por uma espécie primitiva de controle de constitucionalidade, protegendo a constituição contra eventuais tiranias. Uma de suas principais tarefas é a da organização das possíveis emendas à constituição, cabendo ao *Jury* a articulação com os demais órgãos para a efetivação do procedimento de revisão constitucional (SIEYÈS, 2014, p. 172). Percebe-se pelo modo que o político francês discorre sobre o tema que seu objetivo não é apenas o de manter aberta a possibilidade de uma permanente alteração da constituição, conforme o advento das novas gerações, mas sim o de, levando em conta que a constituição deve manter certo nível de inalterabilidade (SIEYÈS, 2014, p. 177), legitimar uma revisão constitucional comedida e periódica.

Dos artigos X, XI e XII da proposta sieyèsiana, deduz-se que o *Jury Constitutionnaire* seria um órgão responsável por registrar e reunir todas as propostas de alteração constitucional votadas e aprovadas em seu plenário. Uma vez a cada dez anos, a começar em 1800, este órgão deveria esboçar um projeto de revisão a partir das proposições de alteração constitucional por ele aprovadas; e este projeto deveria ser enviado para ambas as casas legislativas. Após isso, o projeto deveria ser publicizado para que todos possam analisá-lo. Em seguida, as casas deveriam organizar plebiscitos, ou assembleias primárias, para que os cidadãos, após analisarem o projeto, votassem pela delegação ou pela não delegação do poder constituinte para o Senado. Em outras palavras, as assembleias não votariam pela aprovação ou não do projeto, posto que essa seria uma incumbência do Senado. Os cidadãos apenas decidiriam se o Senado teria ou não poderes para aprovar ou rejeitar o projeto. Em caso de não delegação, o procedimento de alteração constitucional seria interrompido, ocorrendo novamente após dez anos, de modo que houvesse somente um processo de revisão constitucional a cada dez anos (SIEYÈS, 2014, p. 184).

Sieyès se mantém receoso no que tange ao possível abuso do poder constituinte, o que pode ser percebido a partir dos empecilhos

procedimentais que ele coloca para a aprovação de uma mudança na constituição. Longe, contudo, de ser um corpo místico que hipostasia a nação, para Sieyès, o *Jury* nada mais é que um órgão que, em conjunto com outros, representa o poder constituinte (GOLDONI, 2012, p. 222; GAUCHET, 1995, p. 45, 171). E apesar de se tratar de um órgão com atuação mais próxima de um tribunal judiciário, sua atuação não padece de déficit de legitimidade, tendo em vista que ela não deixa de representar o poder constituinte do povo (SIEYÈS, 2014, p. 154).

Temendo os rumos que uma interpretação muito ampla de poder constituinte poderia tomar, seu projeto é uma tentativa de conciliar sua teoria primordial do poder constituinte com a postura liberal conservadora que visa manter o poder da forma como foi constituído (FIORAVANTI, 2007, p. 98). Se, por um lado, a ideia jurídica de Povo tende a obscurecer a vontade dos povos menores, por outro, o projeto de Sieyès de uma “democratização” constitucional da revisão constitucional foi uma das saídas que o próprio pensamento liberal conservador burguês encontrou, à época da Revolução, para conformar a constituição jurídica de um povo a partir de suas demandas e a manutenção da representação política por meio da conservação da organização jurídica. Apesar de não ter sido aprovado pela Comissão, o projeto de Sieyès é um evidente indício de uma tendência dos teóricos liberais: mesmo Sieyès tendo teorizado a respeito do poder constituinte ilimitado da nação em 1789, as restrições que o autor realiza em torno de seu exercício por parte da nação ao longo do tempo apenas revelam que, uma vez havendo a nova política sido instituída, nela não há espaço para o exercício do poder por parte do povo<sup>2</sup>.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O poder constituinte, enquanto instância teórico-jurídica, encontra-se afastado da ideia de um verdadeiro exercício do poder por parte do povo. Conforme aduz Agamben, não há qualquer comunicação direta entre o Povo, no sentido jurídico, e os povos, no sentido sociopolítico, posto que o jurídico, totalizando os povos, busca constituir uma unidade por meio do sectarismo e da segregação. A ficção jurídica do povo soberano, portanto, só serve aos verdadeiros detentores da soberania, quais sejam, os parlamentares, governantes, magistrados, além do capital que mobiliza a máquina pública em benefício de seus próprios interesses.

---

<sup>2</sup> Semelhante movimento investigativo foi feito no texto: PIRES, Matheus Conde; LIMA, Jairo. Quando a democracia encontra o constitucionalismo: a dupla face da teoria constitucionais de Sieyès. *Duc in Altum*, v. 13, n° 31, 2021.

Em contraposição a essa noção jurídica de povo, algumas considerações heterodoxas para o âmbito jurídico podem contribuir para o exercício de se pensar o povo enquanto povo. As investigações psicanalíticas de Freud o ajudaram a pensar nas condições e na forma de organização de um processo de identificação. Toda massa se constitui a partir de uma identidade comum, uma unificação em torno de uma ideal que a dá forma e a individualiza. Laclau, por sua vez, utilizou-se dos escritos de Freud a respeito da formação das massas para elaborar sua própria teoria política em torno do conceito de “povo”. A constituição de um povo tem a forma da formação de uma massa, tal qual descrita por Freud: um povo se constitui a partir de demandas em comum e a partir de uma oposição em comum. Apesar de esta ser a estrutura de um povo nacional, a constituição de um povo ocorre em um nível inferior àquele do direito pois, de acordo com Laclau, o povo é a estrutura elementar da política.

Se, por um lado, Laclau ajuda a pensar o povo não como totalidade naturalmente dada, mas como complexo sociopolítico constituído a partir dos afetos interindividuais, por outro lado, Sieyès traz uma proposta legislativa para uma participação do povo no processo constitucional que não desfaça os poderes constituídos. Sua proposta visa construir um procedimento de revisão constitucional que passe por diversas instâncias, mas que dependa fundamentalmente do povo para que possa ocorrer. Apesar de conservadora, sua proposição garante certa autonomia ao povo, possibilitando que ele, por meio de assembleias ou plebiscitos, estude os tópicos a serem revisados e, por meio do voto, autorize ou não seus representantes a realizarem as alterações constitucionais.

No entanto, esse condicionamento da autonomia popular às regras constituídas de organização do poder nada mais faz que retirar toda e qualquer possibilidade de organização política autônoma legítima do povo. O povo só mantém sua legitimidade se se mantiver adstrito às regras políticas que deslegitimam toda forma de manifestação não jurídica do poder constituinte. Em resposta à pergunta trazida na introdução, é exatamente pelo fato de a proposta de Sieyès não buscar resolver seu déficit prático – a defasagem entre poder constituinte da nação e organização jurídica do poder – por meio de uma maior atenção ao problema do poder constituinte, mas, pelo contrário, por optar por reduzir toda operabilidade prática do poder constituinte, que a teoria liberal do poder constituinte (que tem em Sieyès seu principal personagem) exclui o povo da organização jurídica dos poderes.

## REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, G. **Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua**. Tradução de Henrique Burigo. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2010.
- AGAMBEN, G. **Meios sem fim: Notas sobre a política**. Tradução de Davi Pessoa. 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2015.
- ARANTES, P. **O novo tempo do mundo: e outros estudos sobre a era da emergência**. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2014.
- BELLO, E.; BERCOVICI, G.; LIMA, M. M. B. O Fim das Ilusões Constitucionais de 1988? **Revista Direito e Praxis**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 1769-1811, 2019.
- BERCOVICI, G. O poder constituinte do povo no Brasil: um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte. **Lua Nova**, São Paulo, n. 88, p. 305-325, 2013a.
- BERCOVICI, G. **Soberania e Constituição: Para Uma Crítica do Constitucionalismo**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013b.
- BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- BURKE, E. **Reflections on the Revolution in France**. Prefácio de Francis Canavan. Introdução de E. J. Payne. 1. ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1999.
- COLÓN-RÍOS, J. **Weak Constitutionalism: Democratic legitimacy and the question of constituent power**. 1. ed. Nova York: Routledge, 2012.
- CONSTANT, B. **Principes de politique applicables à tous gouvernements**. Editado por Etienne Hofmann. 1. ed. Genebra: Droz, 1980.
- DAVIES, W. **Nervous States: Democracy and the Decline of Reason**. 1. ed. Nova York: W. W. Norton & Company, 2018.
- DEJOURS, C. **A banalização da injustiça social**. Tradução de Luiz Alberto Monjardim. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.
- FERREIRA FILHO, M. G. **O poder constituinte**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.

FIORAVANTI, M. Sieyès et le Jury Constitutionnaire: perspectives historico-juridiques. **Annales historiques de la Révolution Française**, n. 3, p. 87-103, 2007.

FOUCAULT, M. **La Naissance de la Biopolitique**: Cours au Collège de France, 1978-1979. 1. ed. Paris: Seuil; Gallimard, 2004.

FREUD, S. **O mal-estar na civilização, Novas conferências introdutórias à psicanálise e outros textos (1930-1936)**. Tradução de Paulo César de Souza. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

FREUD, S. **Psicologia das massas e análise do Eu e outros textos (1920-1923)**. Tradução de Paulo César de Souza. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

FURTADO, C. **Formação econômica do Brasil**. 34. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

GAUCHET, M. **La Révolution des Pouvoirs**: la souveraineté, le peuple et la représentation : 1788-1799. 1. ed. Paris: Gallimard, 1995.

GOLDONI, M. At the origins of Constitutional Review: Sieyès' Constitutional Jury and the taming of Constituent Power. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 32, n. 2, p. 211–234, 2012.

GRABER, M. A.; LEVINSON, S.; TUSHNET, M. Constitutional Democracy in Crisis? Introduction. In: GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford;

TUSHNET, Mark (orgs.). **Constitutional Democracy in Crisis?**. 1. ed. Nova York: Oxford University Press, 2018.

GUILLUY, C. **Fim da classe média**: a fragmentação das elites e o esgotamento de um modelo que já não constrói sociedades. Tradução de Alessandra Bonruquer. 1. ed. Rio de Janeiro: Record, 2020.

GUIZOT, F. **A história das origens do governo representativo na Europa**. Tradução de Vera Lucia Joscelyne. 1. ed. Rio de Janeiro: Topbooks; Liberty Classics, 2008.

LACLAU, E. **A razão populista**. Tradução de Carlos Eugênio Marcondes de Moura. 1. ed. São Paulo: Três Estrelas, 2018.

LANDAU, D. Abusive Constitutionalism. **U. C. Davis Law Review**, v. 47, n. 1, p. 189-260, nov. 2013.

LAW, D. S. Imposed Constitutions and Romantic Constitutions. **Legal Studies Research Paper Series**, Washington University Law, [Paper nº 18-05-01], p. 239-268, mai. 2018.

LEIRNER, P. C. **O Brasil no espectro de uma guerra híbrida: militares, operações psicológicas e política em uma perspectiva etnográfica**. 1. ed. São Paulo: Alameda, 2020.

LIMA, J. **Emendas Constitucionais Inconstitucionais: democracia e supermaioria**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

LOUGHLIN, M. The Contemporary Crisis of Constitutional Democracy. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 39, n. 2, p. 435–454, 2019.

MILLS, C. W. **A imaginação sociológica**. Tradução de Waltensir Dutra. 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975.

NEVES, M. **Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro**. Tradução do alemão de Antonio Luz Costa. Revisão técnico-jurídica de Edvaldo Moita e Agnes Macedo. 1. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018.

PINTO, A. V. **Consciência e realidade nacional: volume I: a consciência ingênua**. 1. ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 2020a.

PINTO, A. V. **Consciência e realidade nacional: volume II: a consciência crítica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 2020b.

PIRES, M. C.; LIMA, J. Quando a democracia encontra o constitucionalismo: a dupla face da teoria constitucionais de Sieyès. **Duc in Altum**, v. 13, nº 31, 2021.

QUEIROZ, M. **Constitucionalismo brasileiro e o Atlântico negro: a experiência constituinte de 1823 diante da Revolução Haitiana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

ROUSSEAU, J. Do Contrato Social, ou Princípios do Direito Político. In: ROUSSEAU, J. **Rousseau: escritos sobre a política e as artes**. Organizado por Pedro Paulo Pimenta. Traduzido por Pedro Paulo Pimenta *et al.* 1. ed. São Paulo: Ubu Editora; Editora UnB, 2020. p. 495-649.

SALDANHA, N. **O poder constituinte**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986.

SCHMITT, C. **Teología política**. 1. ed. Tradução de Francisco Javier Conde Jorge Navarro Pérez. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

SIEYÈS, E. J. **Qu'est-ce que le Tiers état ?**. 1. ed. Paris : Éditions du Boucher, 2002.

SIEYÈS, E. J. **The Essential Political Writings**. Tradução de Felix Koch, James Wagner, Jonathan Green e Karen Hug. 1. ed. Leiden; Boston: Brill, 2014.

# PANDEMIA E MEDIDAS DE CONTENÇÃO: UMA ANÁLISE DO ARGUMENTO DE LIBERDADE

## PANDEMIC E CONTENTION MEASURES: AN ANALYSIS OF THE LIBERTY ARGUMENT

André Farah\*

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 As medidas do Poder Público de combate à pandemia do novo coronavírus e a interpretação do Supremo Tribunal Federal. 3 O direito geral de liberdade. 4 A liberdade contratualista. 4.1 A liberdade hobbesiana. 4.2 A liberdade lockeana. 4.3 A liberdade rousseauiana. 5 A liberdade positiva e a liberdade negativa. 6 A liberdade e o dano. 7 Conclusão.

**RESUMO:** O presente trabalho tem como preocupação os contornos da liberdade. Ele insere a análise sobre a liberdade no contexto da pandemia e das medidas positivadas em lei para controlá-la. Isso porque foi veiculado o argumento da liberdade como impeditivo a tais medidas. Por isso, trabalha-se o direito geral de liberdade, a liberdade contratualista, a liberdade positiva e a liberdade negativa, e o papel do dano na perspectiva liberal, para demonstrar a legitimação da restrição da liberdade, através da própria formatação do fundamento da liberdade. Para isso, o estudo constitui-se de uma pesquisa do tipo qualitativa, com objetivo descritivo-explicativo sobre o tema, utilizando para tal o procedimento de pesquisa bibliográfico.

**Palavras-chave:** pandemia. medidas de contenção. liberdade.

**ABSTRACT:** *The present paper concern about the contours of liberty. It inserts the analysis of liberty in the context of the pandemic and the measures enacted by law to contain it. This is because the liberty argument was used as an impediment to such measures. Therefore, the general right to freedom, contractual liberty, positive and negative liberty, and the role of harm in the liberal perspective are worked to demonstrate the legitimacy of the restriction of liberty, through the very formatting of the foundation of liberty. For this, the study consists of a qualitative type research, with descriptive explanatory aim for the theme, using the bibliographic search procedure for such.*

**Keywords:** *pandemic. contention measures. liberty.*

## INTRODUÇÃO

O tema do presente trabalho é a liberdade. A razão da sua escolha é uma possível má compreensão da sua configuração, especialmente diante da pandemia e as medidas trazidas em lei para seu combate. O problema

\* Mestre e doutorando em direito público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor da Pós-Graduação Lato Sensu da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Artigo recebido em 23/05/2022 e aceito em 01/08/2022.

Como citar: FARAH, André. Pandemia e medidas de contenção: uma análise do argumento de liberdade. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 25, n. 42, p. 57, jul./dez. 2021. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

que se apresenta é o do argumento da liberdade como impedimento para inúmeras ações governamentais de contenção do vírus. No contexto da pandemia do novo coronavírus, a título de exemplo, o uso obrigatório de máscara e a implementação da obrigatoriedade da vacina foram questionados dentre outras razões sob o fundamento da liberdade.

A liberdade é assunto muito rico e com diversidade de pensamentos filosóficos. Foi sob a perspectiva eminentemente liberal que o argumento de contrariedade às medidas de enfrentamento da pandemia do novo coronavírus teve veiculação. No entanto, ainda sob essa ótica, é preciso compreender a inexistência de direitos sem limites. Isso será trazido ao presente escrito a partir da extração do sentido da Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020 (Lei da Pandemia), construção legislativa que dispôs sobre medidas de confronto da pandemia. A hipótese é que os argumentos fundados na liberdade, mesmo sob o aspecto liberal, na verdade, não levam ao resultado desejado quanto à impossibilidade de adoção das medidas legais.

Com isso em mente, o objetivo geral do texto é traçar diversos contornos da compreensão da liberdade sem ignorar a necessidade de alguma limitação. Para tanto, os objetivos específicos são expor as medidas legais de combate à pandemia ligadas à liberdade com apresentação de decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) a respeito, identificar a ideia do direito geral de liberdade, formatar a liberdade no seio do contratualismo, distinguir a liberdade positiva da liberdade negativa, e entender o papel do dano. A metodologia do estudo constitui-se de uma pesquisa do tipo qualitativa, com objetivo descritivo-explicativo, utilizando-se o procedimento de pesquisa bibliográfico.

## **1 AS MEDIDAS DO PODER PÚBLICO DE COMBATE À PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS E A INTERPRETAÇÃO DO STF**

A pandemia do novo coronavírus foi iniciada na China. Antes classificada como estado de contaminação, foi em março de 2020 elevada ao estágio de pandemia, declarada pela Organização Mundial de Saúde. Tal se justificou por conta do alastramento geográfico da doença.

No Brasil, ao que tudo indica, o primeiro caso de contaminação ocorreu ainda no final de fevereiro de 2020 e a primeira morte em março do mesmo ano. Por conta disso e com olhos no que acontecia em outros países, sobretudo os europeus que já sofriam com os impactos do vírus, foi

publicada a Lei da Pandemia, ainda em fevereiro de 2020. Devido a essa situação, o Congresso Nacional, a partir de solicitação do Presidente da República, veiculada por mensagem, datada de março de 2020, reconheceu estado de calamidade pública.

Dentro desse cenário, duas observações podem ser feitas. A primeira diz respeito à aludida lei. Ela positivou autorização às autoridades públicas, dentro de suas respectivas competências, a fazerem uso de importantes medidas para contenção do alastramento do vírus em território brasileiro. Teve a lei atenção à ideia de menor invasão possível ao patrimônio jurídico das pessoas e com esse intento exigiu, para a concretização da medida legal adotada, evidências científicas e limitação no tempo e no espaço ao mínimo indispensável para a proteção da saúde pública.

Assim, contemplou a lei, no que concerne à liberdade, medidas mais graves, como isolamento – entendido como a separação do doente ou contagiado de outras pessoas para evitar o alastramento do vírus – e quarentena – concebida como a mesma separação só que relacionada à pessoa suspeita de contaminação, para a mesma finalidade –; medidas medianas, como restrição excepcional e temporária ao uso de rodovias, portos e aeroportos; e outras medidas menos graves, como vacinação e uso de máscaras. Além disso, previu a possibilidade de sanção administrativa para o descumprimento da medida eleita e aplicada pelo gestor público.

Em meio a essa realidade, nasceu a discussão sobre a afronta das medidas citadas ao direito de liberdade individual. O debate se deu no curso da pandemia, mesmo com o Brasil possuindo números expressivos de contaminação e óbitos decorrentes do vírus.

A segunda observação importante a ser feita é que inúmeras questões afetas à pandemia e à mencionada lei foram judicializadas. Sobretudo o STF foi chamado a decidir temas caros a essa conjuntura.

Em 2020, ao referendar medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade (ADI), o Plenário do STF viu-se frente à dúvida sobre se a locomoção intermunicipal e interestadual, em meio à pandemia, deveria sofrer tratamento uniforme em todo o país ou se poderia ser regionalizado. Para o que interessa aqui, respondeu na ADI n. 6.343 Ref-MC que se deveria respeitar a autonomia dos entes regionais e locais; que produtos e serviços essenciais poderiam ser fixados por decreto de cada ente; e que estados e municípios não teriam competência constitucional para fechar fronteiras. Subjacente a isso, porque premissa ao raciocínio acima, é autorizado dizer que o STF não viu, ao menos a princípio, vício

de inconstitucionalidade na medida de restrição excepcional e temporária ao uso de rodovias, portos e aeroportos (BRASIL, 2020).

No ano de 2021, a Corte, no agravo em recurso extraordinário n. 1.267.879, enfrentou questão sobre a possibilidade de dispensa da vacinação obrigatória de crianças e adolescentes devido à liberdade de consciência e crença dos pais. Afirmou o STF que quando presentes direitos fundamentais de terceiros ou de toda a coletividade, a decisão de uma pessoa de se submeter ou não a uma medida sanitária não pode produzir efeitos na esfera jurídica das demais pessoas. Além disso, explicou que pode o Estado, em situações excepcionais, proteger as pessoas mesmo contra a sua vontade, pontuou que a vacinação é importante para a proteção de toda a sociedade e que o poder familiar não autorizaria os pais a colocarem a saúde dos filhos em risco (BRASIL, 2021c).

Já na ADI n. 6.586, o Tribunal se deparou com a questão se a vacinação para Covid-19 poderia ser compulsória. Aduziu o STF que a aludida obrigatoriedade não poderia contemplar medidas invasivas, aflitivas ou coativas, por decorrência do direito à intangibilidade, inviolabilidade e integridade do corpo humano. Assim, condenou a ideia de vacinação forçada. Mas explicitou que medidas indiretas, como a restrição a certas atividades ou a determinados lugares, seria possível, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes (BRASIL, 2021a).

Ademais, veio ao STF o questionamento sobre a possibilidade de decreto estadual proibir temporariamente, por causa da pandemia, a realização de missas e cultos religiosos, de caráter coletivo, na forma presencial. Na arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 811, dentre outros fundamentos, foi dado maior peso a outro direito fundamental (saúde e vida), apontada a relatividade da liberdade religiosa enquanto direito fundamental e dito que a medida estava em consonância com a ciência (BRASIL, 2021b).

Em todos esses casos, é possível extrair que o STF compreende a liberdade não como algo absoluto. Deste modo, diferente dos argumentos individuais de que restrições às mais diversas liberdades estariam em desconformidade com a ordem jurídica, a Corte decidiu o contrário.

Mas, para além dos distintos argumentos postos pelo STF, é importante compreender a própria configuração do direito de liberdade, para verificar se realmente o argumento individual baseado no referido direito é válido. Assim, passa-se a estudar mais profundamente e dentro do espaço aqui permitido, o desenho da liberdade.

## 2 O DIREITO GERAL DE LIBERDADE

No contexto da pandemia e das consequentes medidas de contenção com repercussão na liberdade individual, nasce a necessidade de estudar o direito geral de liberdade. Apesar de existir construção teórica de que existe um direito de liberdade específico, o recurso a um direito geral de liberdade torna-se vetado, ainda assim não é possível desprezar o uso argumentativo desse direito geral para contraposição às medidas veiculadas na mencionada lei. Por isso, é preciso compreender sua correta configuração.

O direito geral de liberdade pode ser visto remotamente na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Já em 1789, seu art. 4º dizia que “[a] liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudica ao outro”. E complementava que “[a]ssim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei”. É possível enxergar aqui uma concepção eminentemente liberal sobre o assunto. Mas também é autorizado destacar, desde logo, o limite à liberdade de uma pessoa, na liberdade de outra pessoa.

Robert Alexy (2015, p. 343) conceitua o direito geral de liberdade como “uma liberdade de se fazer ou deixar de fazer o que se quer”, no sentido de que “cada um é *prima facie* – ou seja, caso nenhuma restrição ocorra – permitido fazer ou deixar de fazer o que quiser (norma permissiva)” e “cada um tem *prima facie* – ou seja, caso nenhuma restrição ocorra – o direito, em face do Estado, a que este não embarace sua ação ou sua abstenção, ou seja, a que o Estado nelas não intervenha (norma de direitos)”. Além disso, enfatiza que esse direito não abarca apenas ações. Ele inclui então a proteção de situações e posições jurídicas do titular do direito, tutelando o fazer e o ser (ALEXY, 2015, p. 344).

A Constituição de 1988 traçou o que se pode chamar de direito geral de liberdade. Esta concepção pode ser extraída do art. 5º, *caput*, da Carta Magna quando faz alusão expressa à liberdade e pelo fato de o catálogo de direitos individuais estar blindado contra modificação reduitiva, por conta do seu art. 60, parágrafo quarto. A opção do constituinte deve ser levada em consideração e significa uma “vantagem institucional que tem o condão de reforçar a proteção das liberdades ao oferecer um apoio normativo sólido em nível institucional”. Além disso, esse direito permite

introjetar outros direitos de liberdade não tipificados no texto constitucional, através de uma interpretação de resultado extensivo. Isso, entretanto, não significa sua invasão sobre a seara de algum direito de liberdade específico (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 477-478).

Esse ponto merece um alerta. Ele se mostra importante e é feito pelos defensores do direito geral de liberdade. Refere-se à necessária distinção de um direito específico. Nesse sentido, se a ordem jurídica contempla um direito de liberdade específico, com regime jurídico próprio, não tem cabimento o recurso ao direito geral de liberdade (ALEXY, 2015, p. 369-370).

A mencionada posituação, porém, não revela uma resposta absoluta. Haverá uma variação de acordo com a compreensão conferida às liberdades fundamentais. Se a liberdade jurídica é a liberdade natural, ou seja, se todo tipo de liberdade natural equivale à liberdade jurídica, a interferência naquela significa o mesmo nesta, o que traz à tona “o atendimento às exigências constitucionais para restrições aos direitos fundamentais” (PEREIRA, 2018, p. 211). De forma oposta, se não existe a equivalência acima dita e a liberdade jurídica somente protege algumas espécies de liberdade natural, existem limitações a esta que não reverberam naquela e, portanto, não se caracterizam como restrições (SANCHÍS, 2000, p. 460).

A adoção da ideia de direito geral de liberdade, é importante frisar, não significa atribuir à liberdade um peso maior em relação aos demais bens e direitos constitucionais. Pelo contrário, com isso apenas entrega-se um assento constitucional ao valor liberdade. No ponto, então, sempre que houver uma limitação a ele, terá vez uma necessária ponderação, para se saber se a tutela do outro direito constitucional justifica a restrição ao direito geral de liberdade (PEREIRA, 2018, p. 211-213).

Além do que já exposto, é importante dizer o conteúdo desse direito geral de liberdade. Trata-se de uma concepção formal-material. Seu suporte fático é uma ação e isso estaria *prima facie* protegido. Apesar disso, o conteúdo desse direito não é apenas definido a partir das restrições. Pelo contrário, além da liberdade negativa, a englobar uma ação, uma situação ou uma posição, está presente a liberdade econômica social. O aspecto formal do conceito é derivado da liberdade negativa e a tem como um valor em si. No entanto, porque a dignidade humana complementa e sustenta a liberdade negativa, têm vez princípios materiais ou condições substanciais (ALEXY, 2015, p. 345-359).

Assim, na seara dessa liberdade, é possível traçar uma dicotomia entre liberdade formal e liberdade material. A liberdade formal é aquela

desenhada para não permitir que se imponha uma conduta ou se proíba uma conduta permitida. Esta visão também se chama de liberdade liberal ou jurídica. Paralelo a isso, surge a necessidade de se agregar um valor substantivo. Tal se faz presente pela dignidade da pessoa humana. É o aspecto da liberdade material. Consubstancia-se na liberdade econômica social. Ela reclama a ausência de barreiras econômicas e sociais (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 480-481).

Por fim, três objeções à ideia de direito geral de liberdade não podem passar em branco. São elas a impossibilidade de norma de encerramento, a qualificação de se tratar de uma concepção altamente individualista e subjetiva a reconduzir ao direito natural, e a redução dos direitos fundamentais à liberdade negativa.

Quanto à primeira objeção, por norma de encerramento há duas interpretações diferentes. Por uma, o sistema de direitos fundamentais se encerra em valores superiores. Por outra, norma de encerramento deve ser entendida como resposta jurídica aos comportamentos que não encontrem encaixe ou subsunção em nenhum direito específico. Assim, o sistema se fecha, porém com a possibilidade de um direito geral de liberdade. Ao mesmo tempo, no entanto, ele se abre a permitir uma ponderação de direitos específicos com o referido direito geral de liberdade. Por uma ou outra interpretação, aqueles valores superiores exerceriam o papel de fomentar a liberdade, exceto quando servir de critério de ponderação para justificar uma lei restritiva da liberdade.

Em relação à segunda objeção, explica-se haver uma visão parcial da configuração do direito geral de liberdade. Isso porque, se de um lado, se está autorizado a fazer o que deseja, por outro, encontra-se a possibilidade de ponderação. Deste modo, uma ação está permitida, exceto se uma lei formal e materialmente constitucional previr uma proibição. Ademais, esta análise material deve ter como norte os valores superiores da ordem jurídica.

Por último, quanto à terceira objeção, inexistente esquecimento quanto aos direitos prestacionais. Tal se dá porque podem estar presentes nos aludidos valores superiores e servirem como fundamento para restrição legítima (SANCHÍS, 2000, p. 465-467).

A formatação do direito geral de liberdade, apesar de, em boa parte, poder endereçar sua explicação à compreensão de que sua base está na liberdade liberal, percebe-se a possibilidade de restrição, sobretudo pela presença de valores superiores. Além disso, no curso da pandemia do novo coronavírus, conquanto existente um sentimento de que as pessoas

são livres e que o Estado não pode trazer imposições, é possível observar que do outro lado da pessoa que argumenta sua liberdade individual está também outra pessoa que fundamenta sua proteção com base na própria liberdade individual.

A liberdade de alguém de não usar máscara impede a liberdade de outrem de viver em sociedade, ante a compreensão de que o não uso propicia o alastramento do vírus. A liberdade de não ser vacinado obstaculiza a cobertura imunológica com consequência para a liberdade individual de outras pessoas. A liberdade de não ficar resguardado frente à suspeita ou confirmação de contaminação, acarreta o temor e a privação da liberdade de terceiros não infectados. Como parece evidente, é preciso ir adiante para compreender a liberdade.

### **3 A LIBERDADE CONTRATUALISTA**

O contrato social é uma metáfora importante para explicar a passagem de um período prévio para a constituição de uma sociedade. O contratualismo é um modo de justificar a formação da sociedade e de uma ideia de Estado, a partir de um momento anterior, o estado de natureza, no qual as pessoas não possuíam vínculos sociais. Com o abandono desta condição, sociedades, Estados e leis se tornaram relevantes, e uma pluralidade de explicações teóricas se apresentaram para apoiar tais ideias.

O foco do presente trabalho é a liberdade. E quanto a isso, é de se destacar que no estado pré-social, as pessoas eram todas livres e iguais, desfrutando de uma liberdade natural, dentro das leis da natureza. No entanto, esses indivíduos abriram mão dessa posição para, firmando um contrato social, ingressarem em uma liberdade civil.

É importante, porém, uma explicação a respeito dos autores abaixo. O jusnaturalismo categoriza-se em duas grandes cadeias de pensamento. Em uma primeira, é possível dizer que os direitos naturais, quando implementada a passagem para a vida em sociedade, são extintos ou transformados, com o estado civil sobrepondo-se ao natural. Em uma segunda, o contrato social mantém o que há de melhor no estado de natureza, sendo o estado civil essa conservação mais plena e eficaz (BOBBIO, 2000, p. 61-62). Para explicar tal conjunto de ideias, serão expostas as concepções de contrato social e liberdade de Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau.

### 3.1 A liberdade Hobbesiana

A compreensão de liberdade de Thomas Hobbes parte do sentido de que o ser humano é naturalmente violento. O homem é o lobo do homem e, em estado de natureza, é razoável que um homem ataque o outro (RIBEIRO, 2001, p. 55). Esses indivíduos são iguais em algumas perspectivas. Nenhum tem o direito de mandar no outro. Todos são capazes de trazer algum tipo de dano ao outro. Qualquer um tem expectativa de êxito, o que, por sua vez, leva a uma competição (KRITSCH, 2010, p. 91).

Disso é possível dizer que é inerente ao homem três causas de discórdia. A competição pela qual uma pessoa ataca a outra em busca de lucro. A desconfiança o que faz o indivíduo procurar segurança. E a glória no esforço de manter ou ter uma reputação. Com essa configuração, o estado de natureza seria um estado de guerra constante (HOBBS, 1974, p. 78-80).

É nesse ambiente que tem vez a liberdade natural. Chamada de direito de natureza, seria a “liberdade que cada homem possui de usar seu próprio poder, da maneira que quiser, para a preservação de sua própria natureza, ou seja, sua vida; e conseqüentemente de fazer tudo aquilo que seu próprio julgamento e razão lhe indiquem como meios adequados a esse fim” (HOBBS, 1974, p. 82). A lei de natureza, como preceito geral, estabelecido pela razão, constitui na proibição “a um homem de fazer tudo o que possa destruir sua vida ou privá-lo dos meios necessários para preservá-la, ou omitir aquilo que pense poder contribuir melhor para preservá-la” (HOBBS, 1974, p. 82). Nesse cenário do estado de natureza há guerra generalizada e todos têm direito a tudo, inclusive ao corpo do outro. Esse nível de igualdade leva à destruição. A liberdade natural, vista desse ângulo, não é uma liberdade útil.

Na situação permanente de guerra do estado de natureza, a liberdade natural não traz conforto. Daí que “a situação paradoxal na qual se tem liberdade a todas as coisas e – ao mesmo tempo – a nada, parece gerar no espírito humano uma espécie de interesse pela vida em sociedade civil”. Nesse sentido, a “liberdade desmedida é desfavorável tanto em relação ao direito natural à vida quanto no que diz respeito ao desejo de comodidade” (LUZ, 2013, p. 111).

Daí surge o raciocínio segundo o qual o homem deve renunciar seu direito na mesma medida em que o outro homem deve fazer o mesmo em relação ao seu direito. A liberdade de si deve então ser estabelecida no mesmo nível da liberdade do outro em relação a si. A privação de um

indivíduo deve equivaler à privação do outro homem. E para isso, passa a existir a figura do Estado, como agente a forçar os homens ao respeito (HOBBS, 1974, p. 107).

O Estado, então, é a condição de existência da sociedade e fiador da segurança. O pacto, consubstanciado na transferência consentida de cada um, do direito de se governar e de alguns direitos naturais, em favor do representante, é formado para garantir a paz. É o instrumento pelo qual se reconhece a autoridade do soberano que surge a partir desse contrato (HOBBS, 1974, p. 109-113).

É possível enxergar mais de um desenho da liberdade no pensamento de Hobbes. Por um lado, constrói-se uma ausência de oposição, no sentido de impedimento externo a movimentos. No entanto, outra formatação é encontrada na seguinte lógica. Com o contrato social, abriu-se mão do direito natural para proteger-se a vida e, assim, poderes foram conferidos ao soberano, para consecução da paz. Se o soberano não atingir esse objetivo, desaparece a razão da obediência (HOBBS, 1974, p. 133).

Além disso, existe uma construção mais genérica e abstrata da liberdade. Sob uma perspectiva, trata-se da liberdade pelo silêncio da lei, ou seja, onde a lei é ausente (HOBBS, 1974, p. 136-138). Por outra perspectiva, os indivíduos são livres para fazer o que o contrato – a lei – dispuser (KRITSCH, 2010, p. 97). Assim, o objetivo do contrato social é impor limites de ação – as leis civis –, sendo esta noção provedora dos critérios de liberdade, ou seja, do que se pode e não pode fazer. Por isso, Raquel Kritsch (2010, p. 98) explica que no sentido civil, “liberdade pode ser definida como toda possibilidade de ação dentro dos limites da lei e também no espaço não coberto pela lei — sempre que a omissão do texto legal não seja entendida em sentido contrário aos objetivos do Estado”.

Delmo Mattos (2012, p. 76-77) extrai duas formas de se compreender os impedimentos aos quais Hobbes faz menção como restrição da liberdade. Além daquele relacionado à restrição física do movimento, menciona as obrigações legais e as leis civis. Nesta segunda acepção, está a liberdade como autonomia da ação, “uma liberdade diante das obrigações legais, no sentido da capacidade do sujeito legislar para si próprio conforme a sua própria vontade”. Em tal sentido, “a liberdade apresenta-se como ausência de impedimentos externos, ao passo que tais impedimentos são compreendidos nos termos das obrigações legais”.

Pennock, nessa seara, esclarece a concepção de Hobbes a respeito da liberdade e da lei civil. Após aglutinar as ideias de *jus, right e liberty*,

de um lado, e *lex*, *law* e *obligation*, de outro, explica que *lex* é o que a lei comanda ou proíbe e *ius*, o que a lei permite. Assim, o direito é uma liberdade concedida pela lei, ou seja, um regime pelo qual o que não é proibido é permitido (PENNOCK, 1965, p. 108).

Um assunto se destaca em toda essa teoria: o medo. Como destacado, no estado de natureza, é o medo que faz com que os indivíduos abandonem suas condições, para, em contrato social, criarem a sociedade e o Estado. Mas também é o temor que dá força ao Leviatã, para gerenciar a vida em sociedade. No estado de natureza, o medo leva ao pacto, e no Estado, o medo leva à obediência (RIBEIRO, 2001, p. 71). Dessa forma, o Estado, na construção de Hobbes, não é um supressor total da liberdade, mas um player que ordena a vida em sociedade, utilizando-se das leis para regular condutas (MATTOS, 2012, p. 78).

Diante desses aportes teóricos, no contexto da pandemia e sob o argumento da liberdade como impeditiva das medidas de contenção do vírus, se a liberdade de um for tamanha e igual ao do outro, no fundo, o que se terá é o retorno ao momento pré-social. Inexistente a citada renúncia e a figura do Estado a mediar a liberdade, o que se observa é a prevalência da liberdade natural. Assim, se o contrato social tem por propósito proteger a vida, através da figura do Estado, na verdade, a não positivação das medidas de contenção do vírus é que deveriam ser alvo de crítica e de desobediência. Desta forma, se o contrato social pode significar a imposição de limites, sem os quais a liberdade é danosa, parece evidente que o argumento da liberdade contra as medidas sanitárias de contenção da pandemia, no fundo, não se adequa ao sentido civil de liberdade.

### **3.2 A liberdade Lockeana**

A história inglesa do século XVII foi marcada pela disputa entre a Coroa, defensora do absolutismo, encabeçada pela dinastia Stuart, e o Parlamento, que abraçava o liberalismo, através da burguesia em crescimento. Nesse contexto, o conflito também era religioso e dele participavam católicos, presbiterianos, puritanos e anglicanos. Agravava tudo uma insatisfação de índole econômica porque o Estado concedia privilégios e monopólios mercantilistas a setores da sociedade, enquanto outra parcela propunha a liberdade de produção e de comércio. De 1640 a 1649, uma guerra civil – a Revolução Puritana – teve vez com a vitória do lado parlamentarista, execução do monarca, implantação de uma república

inglesa e a existência de um Estado forte. No entanto, de 1660 a 1688 – a Restauração – a monarquia Stuart retornou ao poder e com isso o conflito anterior. A crise deu azo a uma aliança entre os partidos conservador e liberal, no Parlamento. Em 1688, a Revolução Gloriosa simbolizou a vitória do liberalismo político sobre o absolutismo e, em 1689, com a *Bill of Rights* – carta de direitos – ficou assentada a supremacia legal do Parlamento sobre a monarquia que se tornou limitada (MELLO, 2001, p. 81-82).

John Locke viveu intensamente essa época. Ele negou a descendência de um poder divino ao poder monarca e defendeu que o poder político tem como fonte o consentimento expresso dos governados. Assim, repudiou a origem desse poder na tradição ou na força. Do mesmo modo que Hobbes, sua teoria política parte do estado de natureza, para em contrato social fazer nascer o estado civil. Desta forma, os indivíduos, com o uso da razão e possuidores de propriedade, precederiam a sociedade e o Estado – estado pré-social e pré-político. A ideia lockeana de propriedade significava vida, liberdade e bens, direitos naturais dos seres humanos que viveriam em plena liberdade e igualdade (estado de natureza). A liberdade natural, para Locke, “consiste em estar livre de qualquer poder superior sobre a Terra e em não estar submetido à vontade ou à autoridade legislativa do homem, mas ter por regra apenas a lei da natureza” (LOCKE, 1998, p. 401). Não havia um estado de guerra nos moldes defendidos por Thomas Hobbes (MELLO, 2001, p. 84-85), mas isso não importava na inexistência de disputas de interesses.

Na ausência de um poder superior, cada pessoa era árbitra de si. Se ofendida, permitia-se uma resposta, por vezes até mesmo desproporcional, e um estado de relativa paz poderia se transformar em um estado de guerra (BOBBIO, 2000, p. 59) ou um estado de inimizade e destruição (LOCKE, 1998, p. 395). Nesse estado de natureza lockeano havia insegurança e a liberdade, a vida e os bens eram colocados sob ameaça.

Isso levou ao contrato social – um consentimento unânime entre os homens – e o nascimento da sociedade política, com leis, judicatura e força, para proteger a propriedade e repelir agressões internas e externas. Na explicação de Bobbio (2000, p. 61-62) sobre a teoria de Locke, o estado civil nasce para conservar a vida e a propriedade, direitos naturais fundamentais, porque no estado de natureza, apesar desses direitos existirem, não estavam garantidos. O Estado, portanto, nasce para que as pessoas possam conservar tais direitos.

Percebe-se, então, que os indivíduos são livres no estado da natureza, mas mesmo dentro da ideia de direito natural, a liberdade está

limitada ao respeito às leis da natureza, sendo possível a punição a quem desrespeitá-las (TULLY, 1993, p. 315-316). A passagem ao estado civil vem para garantir essa liberdade. Nas palavras de Norberto Bobbio, se “o estado civil nasce para garantir os direitos naturais e é baseado no consenso”, “o poder do Estado é essencialmente *limitado*” (itálico no original) (BOBBIO, 2000, p. 62). A liberdade é ponto fundamental e a lei existe para sua garantia. Então, é possível dizer que a lei funciona como espaço de liberdade contrária à arbitrariedade, por causa do seu fundamento no direito natural. Portanto, a liberdade no estado de natureza e a liberdade no estado civil são restringidas pela lei, seja de natureza, seja do Legislativo. Tais liberdades, então, são ordenadas e usufruídas “sem violar direito de terceiros, de acordo com os limites impostos ao seu exercício e vigentes em cada época” (MAMEDE, 2007, p. 111).

No estado civil, o fim da lei é de manter e aumentar a liberdade e consiste essa liberdade “em estar livre de restrições e de violência por parte de outros”. Por isso, é a lei que possibilita a liberdade. A liberdade opera na disposição e ordenação dentro dos limites das leis a que se submete (LOCKE, 1998, p. 433-434). Assim, exortando uma perspectiva republicana da liberdade em Locke, Rodrigo de Sousa afirma que a lei é um elemento da liberdade, estando esta e aquela ao mesmo lado, diferente da perspectiva liberal, pela qual a lei interfere na liberdade e a preservação desta exige a menor atuação daquela (DE SOUSA, 2018, p. 182).

Nessa ordem de ideias, um governo é considerado legítimo se atuar dentro da finalidade para qual foi constituído, ou seja, a proteção da vida, da liberdade e dos bens. O descumprimento deste objetivo significa a atuação fora do contrato social. E aqui se observa mais uma vez a marca da liberdade no pensamento de John Locke, porque atuando o Legislativo ou o Executivo fora do seu propósito, haveria uma autorização ao homem para exercitar a desobediência (LOCKE, 1998, p. 579-581).

O contrato social e a sociedade política surgem para repelir a agressão, interna ou externa, à liberdade e à vida. O Estado, advindo do consentimento unânime, não pode autorizar que a liberdade individual ameace tais valores em sociedade. Transposta essa lógica para a análise das citadas medidas legais de contenção da pandemia aprovadas cientificamente e considerando a livre circulação das pessoas a ampla disseminação do vírus, a resposta estatal precisava ser a restrição da liberdade individual. Tendo como premissa que as medidas sanitárias eram o caminho para o retorno seguro da liberdade de todos e diminuição, tanto quanto possível,

do alastramento do vírus, a liberdade individual de uma pessoa precisaria ser limitada. Assim, a lei para tutelar o futuro retorno da liberdade em sociedade poderia contemplar medidas de combate à pandemia e restringir a liberdade individual. É a contenção, pela lei, da liberdade individual a favor da liberdade social e da vida.

### 3.3 A liberdade Rousseauiana

Jean-Jacques Rousseau foi considerado o patrono da Revolução Francesa de 1789. Isso porque, dentre suas ideias políticas centrais, estava a de que, como condição para a libertação, o exercício da soberania pertenceria ao povo. Ele reconhece uma historicidade hipotética da humanidade. Constrói a ideia de liberdade no estado de natureza e de um pacto a partir da proposta dos ricos, o que tornaria a liberdade em servidão. Tendo isso em mente, todo um pensamento político do dever-ser é produzido e nasce um raciocínio das condições para um pacto legítimo, por um lado, especialmente fincado na ideia de igualdade, e por outro, consignando que, perdida a liberdade natural, ganha-se a liberdade civil. Esta é a condição primeira de legitimidade da vida política que deve acontecer no momento da fundação do corpo político e prolongar-se no curso da sua vida (DO NASCIMENTO, 2001, p. 194-197).

Dentre os jusnaturalistas, é possível enxergar dois pontos extremos, no trato do estado de natureza e do estado civil. Por aquele, havia a liberdade sem paz e, por este, a paz sem liberdade (servidão). Este, por exemplo, é o pensamento hobbesiano. Uma visão de meio termo, pode ser encontrada em Locke. Rousseau volta seu pensamento às alternativas de extremos. Articula, porém, a possibilidade de conjugação entre Estado e liberdade. Aproximando-se de Hobbes e afastando-se de Locke, defende que o contrato social é um ato coletivo de renúncia aos direitos naturais. Diferente, entretanto, do pensamento hobbesiano, tal renúncia não se faz a favor de um terceiro soberano e sim a favor de todos, nos quais o indivíduo faz parte. Esse contrato de alienação não é de sujeição (Hobbes). É um contrato de alienação de sociedade em favor da comunidade inteira. Aí a manifestação suprema é a vontade geral entendida como a vontade dos indivíduos contraentes. Por isso, “a renúncia de Rousseau deveria levar a abandonar, sim, a liberdade natural, mas para reencontrar uma liberdade mais plena e superior, que é a liberdade civil, ou *liberdade no Estado*” (itálico no original) (BOBBIO, 2000, p. 70-73).

O estado de natureza, em Rousseau, diferente do que se encontra no pensamento de Hobbes, seria eminentemente pacífico. Nesse cenário, o ser humano seria, por natureza, bom – o bom selvagem. No entanto, o advento da propriedade privada teria feito surgir a desigualdade e a tensão entre proprietários e não proprietários. Com isso, o Estado aparece para gerenciar essa tensão e regular toda a sociedade. Isso porque o Estado serve para fazer valer a vontade geral e coibir a ação por interesses particulares. O contrato social seria o instrumento pelo qual cada indivíduo aceitaria se submeter à vontade da maioria, fazendo nascer o Estado. Nessa lógica, a sociedade civil nascida do contrato social seria a forma de garantir os direitos de cada um, com direitos iguais para todos.

O contrato social surge de iguais e dele nasce um corpo soberano. Este é o elaborador das leis e quem deve obediência a elas. Conjuga a liberdade civil e a obediência, porque “obedecer à lei que se prescreve a si mesmo é um ato de liberdade”. Mas também é um sinal de igualdade, na medida em que a obediência à lei significa respeito à deliberação própria e de cada um, ou seja, da vontade geral (DO NASCIMENTO, 2001, p. 196).

Os objetivos da comunidade política precisam ser realizados. Para isso, o governo existe e, nesse sentido, deve ser guiado. Conquanto muitas vezes não deseje isso e queira ser soberano, o corpo administrativo é um órgão limitado, justamente porque voltado a perseguir os fins daquela comunidade. Não é, portanto, autônomo ao poder soberano do povo (DO NASCIMENTO, 2001, p. 197).

Nessa ordem de ideias, o pensamento sobre a liberdade em Rousseau é bem significativo. Ele descreve um momento no qual os “obstáculos prejudiciais”, no estado de natureza, impelem que os homens mudem seu modo de ser e, na ausência de novas forças, unam-se e dirijam as que existem em um comum acordo. Além disso, escreve que seu modelo de contrato social dá solução ao problema de fornecer liberdade civil à pessoa na mesma medida que ela possuía antes quando da liberdade no estado de natureza (ROUSSEAU, 1999, p. 20-21). No entanto, a liberdade natural e a liberdade civil têm concepções diferentes. A primeira significa uma liberdade com ausência de leis e limitada apenas à força dos indivíduos. A segunda importa em uma liberdade submissa às leis que cada um dá a si mesmo (autonomia) (BOBBIO, 2000, p. 74), ou seja, limitada pela vontade geral (ROUSSEAU, 1999, p. 26).

A lei civil, então, é a vontade geral que dá norte à comunidade. Essa lei possui a nota de generalidade, afastando-se de vontades particulares, e

visa o interesse público. É pela lei que se viabiliza a liberdade, pois assim fazendo, por obedecer a vontade geral, o indivíduo obedece a própria vontade. Por ser expressão da vontade geral, a lei exprime o que pode ou não ser feito (ROUSSEAU, 1999, p. 47-48).

Por conta disso, é possível traçar algumas características da liberdade rousseauiana. Ela qualifica-se como um maior encontro entre a vontade de quem faz a lei e a vontade de quem a obedece. Categoriza o Estado como aquele que as ordens exprimem mais a vontade geral. E configura a liberdade civil como obediente à vontade geral. Na compatibilização entre Estado e liberdade, cada indivíduo deve ter “participação consciente e de acordo com a lei do Estado” (BOBBIO, 2000, p. 75). Rousseau aceita a interferência sobre a liberdade a partir da vontade geral que busca o interesse público. O silêncio da lei dá base à liberdade (DE BARROS, 2012, p. 30-32).

Pelo visto, a obediência à lei é sinal de respeito à igualdade, porque ela decorre da deliberação da própria pessoa e de cada um. A liberdade civil, então, é uma submissão às leis que cada um dá a si. Vista sob a perspectiva da vontade geral, a liberdade, portanto, é limitada e a lei civil deve buscar o interesse público. A liberdade, por ser uma maior aproximação entre a vontade legislativa e a vontade do povo, pode sofrer restrição, na busca desse interesse público. Aproximando isso ao interesse público de contenção da pandemia, as medidas legais, como acima mencionadas, no fundo, não ofendem a liberdade.

Apresentados esses pensamentos contratualistas, a próxima seção tratará do significado da liberdade positiva e da liberdade negativa. A distinção entre as concepções é relevante para ajudar a explicar o papel da liberdade no cenário exposto no início deste trabalho.

#### **4 A LIBERDADE POSITIVA E A LIBERDADE NEGATIVA**

Uma abordagem importante sobre o tema liberdade compreende as concepções de liberdade positiva e de liberdade negativa. Para as devidas compreensões, duas perguntas são propostas. Para a primeira liberdade, é indagado a respeito de quem constitui a fonte de controle ou interferência que pode determinar uma pessoa a fazer algo. No que toca à segunda, é questionado qual o espaço em que o sujeito (ou a coletividade) deve ser deixado, para fazer ou ser o que sabe fazer ou ser, sem interferência de outras pessoas (BERLIN, 2002, p. 168-169).

O contexto no qual essas questões foram pensadas era o de embate entre os países que representavam a civilização capitalista ocidental e o comunismo ou o totalitarismo comunista (a Guerra Fria); o de luta entre tais países pelo controle de países descolonizados e do terceiro mundo; e o de luta dos países do terceiro mundo contra a dependência pós-colonial e pela autodeterminação. A concepção da Guerra Fria, então, significa a batalha entre dois sistemas de ideias, com o capitalismo ocidental representado na liberdade negativa e os países comunistas na liberdade positiva (TULLY, 2013, p. 24-25).

Com relação à liberdade negativa, um mínimo de liberdade pessoal deve ser preservado. Esta ideia tem vez porque do contrário haveria uma negação da própria natureza humana. Para tanto, faz-se necessária a construção de uma área de não interferência dirigida contra outra pessoa ou o Estado (DOS SANTOS, 2018, p. 20). Aqui, o sentido é de uma zona de liberdade para a pessoa perseguir seu próprio bem através de seu meio particular. Toda pessoa tem sua respectiva liberdade, a qual todos os demais devem respeito (BERLIN, 2002, p. 173-174). A liberdade negativa é concebida como a liberdade de não interferência. É uma resistências às forças de opressão (CHERNISS, 2013, p. 136).

Como lembra Marco Aurélio Cardoso (2008, p. 137-138), fazendo ligação com os direitos civis e o liberalismo, “[a] liberdade negativa é considerada pela tradição liberal como sendo a não interferência do Estado na propriedade dos indivíduos, exceto em caso de danos à sociedade e possui uma concepção limitada dos direitos do cidadão”. Assim, “os cidadãos têm a liberdade negativa de não estarem sujeitos a restrições ou interferências em seus legítimos desejos ou interesses”. Deste modo, “a forma negativa da liberdade é a ausência de obstáculos, barreiras ou impedimentos”, ou seja, “[n]egativa, pois a forma envolve um não, uma ausência, um não ser obstruído em sua vontade. O conceito de liberdade negativa não envolve uma ação afirmativa, algo a ser feito, ação comissiva, apenas algo a não ser interposto no caminho, omissão” (HAVLIK; REBOUÇAS, 2016, p. 54).

No cenário de pandemia, é preciso partir da ideia de que a liberdade individual ampla e irrestrita levaria a muito mais do que as centenas de milhares de mortes que se sucederam no Brasil. Com isso em mente, é preciso entender como encaixar a lógica da liberdade negativa nesse contexto. É preciso dizer que a lei mencionada deu atenção especial ao critério de menor invasão possível ao patrimônio jurídico das pessoas. Assim, para a adoção de uma das medidas legais adotada era preciso ter suporte em evidências científicas e limitação no tempo e no espaço ao

mínimo indispensável para a proteção da saúde pública. Com esse escopo positivou o isolamento, a quarentena, a restrição ao uso de rodovias, portos e aeroportos, a vacinação e o uso de máscaras.

Inicialmente, como sublinhado, a liberdade negativa demanda um espaço de não obstrução para que se possa perseguir o próprio bem através do meio particular escolhido. O ponto aqui é que se isso significar a não adoção das medidas legais, conforme normativamente prescrito, consequências negativas teriam vez nas vidas de muitas outras pessoas. É por isso que a não interferência reclamada pela liberdade negativa é excetuada em caso de danos à sociedade. Portanto, a liberdade negativa, em meio a uma pandemia, fica comprimida, no tempo ou no espaço, ao mínimo necessário, não sendo possível a supressão de todas as liberdades dos membros de uma sociedade, porque isso seria o contrário de tratá-los como agentes morais e importaria, no fundo, em não os conceber como pessoas (BERLIN, 2002, p. 207).

No tocante à liberdade positiva, a compreensão é de que a pessoa quer que sua vida e decisões dependam de si e não de forças externas. A obediência à lei, daí derivada, é uma obediência a si, de forma não coercitiva. Diante desse quadro, surge a questão de uma pessoa racional que deseja se autodirigir de acordo com sua vontade racional e a existência da liberdade do outro com a mesma nota de autodireção. Ao tratar da colisão entre vontades e da fronteira entre direitos das pessoas em uma dada coletividade, contrói-se a lógica de que pessoas racionais entenderão que o que é certo para um indivíduo, também é correto para o outro. Isso porque a liberdade não significa ser livre para fazer o que é irracional, estúpido ou errado (BERLIN, 2002, p. 178-183 e 194).

A liberdade positiva faz um elo entre democracia, direitos políticos e cidadania, afirmando que “o republicanismo, por sua vez, possui uma visão positiva da liberdade e tem, deste modo, uma concepção mais vasta dos direitos humanos”. No ponto, “os cidadãos têm a liberdade positiva de participar do governo e de contrastarem junto às tentativas de indivíduos particulares de se apoderarem do patrimônio público” (CARDOSO, 2008, p. 137-138).

O Estado livre ou racional é governado por esse tipo de leis, que, por sua vez, são aceitas pelas pessoas, já que elas participaram da promulgação das mesmas, foram ouvidas e apontaram suas demandas. A fronteira, então, será a desenhada por essa atividade (BERLIN, 2002, p. 191-199). Nessa acepção, a liberdade positiva é afeta à participação das pessoas na construção do Estado, na feitura das suas leis. A liberdade

positiva, portanto, é a liberdade de autogoverno, de autorrealização ou de autodomínio. Nesse passo, a liberdade positiva seria um objetivo universal válido, conquanto algumas de suas versões devam ser rejeitadas por conta da nota de obediência à autoridade e sua inerente inversão do significado de liberdade (CROWDER, 2013, p. 53).

A Lei da Pandemia é fruto da liberdade positiva. Seguido o trâmite constitucional do processo legislativo, os representantes dos mais diversos segmentos da sociedade tiveram espaço para se posicionar. O que se tem, portanto, é o respeito à liberdade de autogoverno.

Além disso, a mencionada lei ainda teve a preocupação de condicionar as medidas de combate à pandemia a critérios científicos. Este ponto confere racionalidade ao desenho legal e permite a compreensão por parte das pessoas em entender que, pela ciência, a medida que é correta para uma pessoa também é para outra.

Traçadas as concepções e diferenças de liberdade positiva e liberdade negativa, e as inserindo no contexto pandêmico, é chegado o momento de ingressar em assunto caro para a compreensão liberal de liberdade. O dano é assunto que chama atenção e é dele que se passará a fazer considerações na seção seguinte.

## **5 A LIBERDADE E O DANO**

Frente a tudo que foi exposto enxerga-se que a liberdade possui desenho variado. É preciso destacar, no entanto, que mesmo em pensamentos liberais é possível visualizar um fator como restritivo da liberdade. A compreensão da figura do dano é relevante e esta seção dela tratará.

Um importante pensamento no estudo sobre a liberdade é o de John Stuart Mill. Fincada na proteção da liberdade individual, sua pretensão foi tratar da natureza e dos limites do poder – chamado por ele de liberdade civil ou social – exercido legitimamente pela sociedade sobre o indivíduo. Abordando o antagonismo entre governantes e governados, Stuart Mill coloca a liberdade como a proteção contra a tirania dos governantes, e expõe dois instrumentos de constrangimento desses em favor da liberdade daqueles: a imunidade e a checagem. Pela imunidade, reconhecem-se liberdades ou direitos políticos pelos quais, em caso de desrespeito por parte do governante, o governado tem autorização para se opor. Já a checagem é a ideia de que governantes se encontram em

suas posições para representar os interesses dos governados, havendo aí a lógica do consentimento como condição para a prática de atos por aqueles sobre esses (MILL, 2009, p. 04-06).

O autor pontua na história o crescimento da ideia de um governo temporário e eleito, dando margem à evolução do argumento de que os governantes devem se identificar com o povo e a vontade da nação, observando um sentimento comum, entretanto equivocado, de que essa estrutura não permitiria o povo tyrannizar o próprio povo. Nesse sentido e percebendo que o povo pode ser todo o resto que não uma minoria, é possível enxergar a opressão do povo sobre o povo – a tyrannia da maioria. Assim, reconhece-se que a tyrannia não tem origem apenas em um governo. A própria sociedade pode e, muitas vezes, é tyrânica. Com essa constatação, deve existir proteção contra esses dois segmentos – os quais podem ser chamados de ameaça antiga ou tradicional e ameaça nova à liberdade, respectivamente (BRINK, 2009, p. 41) –, de modo a fazer prevalecer, ao menos como regra, a liberdade sobre opiniões, sentimentos e condutas impostas sobre minorias e dissidentes (MILL, 2009, p. 07-10).

Em particular o dano, na estrutura do raciocínio de Mill, serve como um fator de interrupção. A liberdade individual tem fluxo e o Estado ou a sociedade somente possuem autorização para impedi-la quando presente o dano. Visualizando, de um lado, o indivíduo e, de outro, a sociedade ou o Estado, é ilegítima a interferência sobre esse indivíduo, sem sua vontade, exceto na hipótese de prevenção do dano. O próprio bem, seja físico ou moral, não justifica a intervenção na liberdade individual, fora do campo proposto pela ideia de dano. Não seria possível forçar uma pessoa a tomar uma conduta contra si mesma, se apenas a mesma se prejudica com isso. O mal a uma terceira pessoa, portanto, deve entrar no cálculo para a restrição à liberdade individual. Existiriam, então, duas dimensões: a sociedade só estaria autorizada a agir frente a um dano genuíno e não um mero desconforto social, e tal dano deveria se dirigir a terceira pessoa e não a própria da qual tem origem (SCHAUER, 2011, p. 04-05). Esse é o princípio do dano.

O dano deve ser concebido de maneira objetiva, concreta e tangível, até para não permitir um indevido avanço sobre a liberdade, e, dependendo da situação, enxergado em um ambiente de opressão sistemática e injustiça epistêmica. Sua compreensão pode ser relacionada com um prejuízo a um interesse pessoal. Ofensa sem dano, discordância, desapontamento e desconforto são temas vizinhos, mas que não permitem a incursão sobre a liberdade individual (BELL, 2020, p. 03-12). Como diz

David Brink, “para satisfazer o princípio do dano, uma ação deve, de fato, violar ou ameaçar de forma iminente os interesses nos quais outras pessoas tenham um direito” (BRINK, 2016, p. 31 e 66).

A compreensão do pensamento de John Stuart Mill aprofunda o tema sobre a individualidade como um dos elementos do bem-estar. Nessa seara, em harmonia com o princípio do dano, Mill é expresso ao explicar que mesmo a opinião perde sua proteção quando, nas circunstâncias em que emitida, constituir-se em uma instigação a um ato malicioso a terceiros. Mill (2009, p. 93-95), até de forma concisa, enfatiza que naquilo que não diz respeito a outras pessoas, a individualidade deve se afirmar, já que o livre desenvolvimento dessa individualidade é um dos pontos essenciais para o bem-estar.

Como dito, Mill trabalha o choque entre a liberdade individual e a autoridade sobre a pessoa. Apesar de repelir a ideia de contrato social e a fundação da sociedade por seu intermédio, ele explica as parcelas de interesses que devem importar à individualidade e à sociedade, a necessária proteção da sociedade em relação aos indivíduos e os limites a serem observados por estes por viverem em sociedade. No assunto relacionado aos limites da autoridade da sociedade sobre o indivíduo, é afirmada uma linha de conduta a ser seguida por um indivíduo em relação aos demais. Neste particular, uma pessoa não deve lesar o direito do outro e sempre que houver um dano ou um risco de dano a outro indivíduo ou à sociedade, a liberdade deve ceder (MILL, 2009, p. 126-139).

De forma abstrata e genérica, a doutrina de liberdade de Stuart Mill possui duas máximas. A primeira afirma que o indivíduo não presta contas à sociedade por suas próprias ações desde que isso não atinja os interesses de outra pessoa que não ela mesma. A segunda diz que se tais ações são prejudiciais aos interesses de terceiros, esse indivíduo deve prestar contas e ser submetido a sanções sociais ou legais, se a sociedade entender que um ou outro tipo de punição é reclamado para sua proteção (MILL, 2009, p. 159-161).

Conquanto seja esse o quadro teórico de Mill, ele mesmo utiliza-se da expressão interferência para argumentar que seu pensamento é no sentido de um governo que não promova interferência na liberdade individual. No ponto, Frederick Schauer afirma que a posição liberal de Mill tem a direção de tornar ilegítima qualquer restrição do Estado em relação às ações dos indivíduos, exceto se tais produzirem dano a terceiros (SCHAUER, 2011, p. 01).

Explicado o papel que o dano assume na seara da liberdade, mesmo para o pensamento liberal, verifica-se a pertinência de medidas legais de combate à pandemia. Como destacado pelo STF, as medidas legais precisam ter embasamento científico. O objetivo foi o de minimizar o dano social e individual, seja para que as pessoas não adoecessem ou mesmo perdessem suas vidas, seja para que o retorno das liberdades se desse o quanto antes e para todos. O próprio número de vítimas fatais alcançado pelo Brasil, desde o início de projeção factível, comprova a correção do uso argumentativo do dano a impedir o fundamento da liberdade para contrariar a execução das aludidas medidas.

## CONCLUSÃO

O trabalho preocupou-se com o uso argumentativo da liberdade como obstáculo à implementação das medidas legais de contenção da pandemia do novo coronavírus. Por isso, apresentou diversas abordagens sobre a liberdade e aprofundou suas explicações. O objetivo foi, a partir desses aportes teóricos, explicar que, no fundo, os próprios pensamentos sobre a liberdade permitem sua restrição.

Nesse sentido, a primeira seção após a introdução trouxe a Lei da Pandemia e diversas medidas de enfrentamento do vírus. A partir da interpretação extraída pelo STF, foi possível ver que o simples argumento de liberdade, sem aprofundamento, não endereçava à solução correta. Alguns julgamentos deram cores a isso.

Depois disso, a seção seguinte apresentou o direito geral de liberdade. Mesmo que o conceba como um argumento liberal, demonstrou-se que a liberdade não é absoluta. Foi enfatizada a necessidade de eventual ponderação de interesses e dito que a liberdade também tem cunho material. Por isso, a liberdade nem sempre significa a ausência de limitação.

A seção seguinte tratou das liberdades contratualistas. Explicando os pensamentos de Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau, ficou claro que a liberdade não pode ser compreendida como algo sem qualquer possibilidade de restrição. Admitir isso, ao cabo, poderia conduzir ao retorno da liberdade natural de um período pré-social.

Para mais, as liberdades negativa e positiva foram tratadas. Foi explicado que mesmo aquela não admite danos à sociedade e que seria legítima, em meio à pandemia, sua compressão ao mínimo necessário. Em relação a esta, foi ressaltada sua obediência através da Lei da Pandemia,

porque os diversos segmentos da sociedade tiveram espaço para se posicionar e por conta da preocupação em condicionar as medidas de combate a critérios científicos, conferindo racionalidade e compreensão ao desenho legal.

Por último, foi desenvolvido o papel do dano na formatação da liberdade. Como demonstrado, mesmo liberais, como John Stuart Mill, defendem que a liberdade deve ceder em situações em que haja dano a terceiros. E a pandemia é um exemplo concreto de dano a terceiros e a uma coletividade, seja no tocante à saúde e a à vida, seja no tocante à própria liberdade dessas pessoas, em decorrência do alastramento do vírus.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BELL, M. C. John Stuart Mill's harm principle and free speech: expanding the notion of harm. **Utilitas**, p. 1-18, 2020.

BERLIN, I. **Liberty. Incorporating Four Essays On Liberty**. Henry Hardy. Oxford: Oxford University Press, 2002.

BOBBIO, N. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. 2. ed. São Paulo: Editora Mandarim, 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.586**. Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento em: 17 dez. 2020. Publicação em: 7 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 811**. Relator(a): Min. Gilmar Mendes. Julgamento em: 8 abr. 2021. Publicação em: 25 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso Extraordinário com Agravo n. 1.267.879**. Relator(a): Min. Roberto Barroso. Julgamento em: 17 dez. 2020. Publicação em: 8 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.343**. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Redator(a) do acórdão: Min. Alexandre de Moraes. Julgamento em: 6 maio 2020. Publicação em: 17 nov. 2020.

BRINK, D. O. Mill's liberal principles and freedom of expression. *In*: TEN, C. L. (ed). **Mill's On Liberty: a critical guide**. Cambridge: Cambridge University Press, p. 40-61, 2009.

BRINK, D. O. Princípios de Millian, liberdade de expressão e discurso de ódio. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.) **Liberdade de Expressão no Século XXI**. Belo Horizonte: Del Rey, p. 27-85, 2016.

CARDOSO, M. A. Liberdade negativa: uma reflexão contemporânea. **Tempo da Ciência**, v. 15, n. 30, p. 135-145, segundo semestre 2008.

CHERNISS, J. L. **A mind and its time: the development of Isaiah Berlin's political thought**. Oxford University Press, 2013.

CROWDER, G. In defense of Berlin: a reply to James Tully. *In*: BAUM, Bruce; NICHOLS, Robert (ed.). **Isaiah Berlin and the Politics of Freedom: 'two concepts of liberty' 50 years later**. New York: Routledge, p. 52-69, 2013.

DE BARROS, A. R. G. Da liberdade dos súditos em Hobbes à liberdade dos cidadãos em Rousseau. **Argumentos-Revista de Filosofia**, ano 4, n. 8, p. 20-33, 2012.

DE SOUSA, R. R. Elementos da liberdade republicana em John Locke. **Cadernos Espinosanos**, n. 38, p. 171-188, jan.-jun. 2018, ISSN 1413-6651.

DO NASCIMENTO, M. M. Rousseau: da servidão à liberdade. *In*: WEFFORT, F. C. (Org.). **Os clássicos da política: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, "o federalista"**. 13. ed. São Paulo: Ática, p. 187-241, 2001. v. 1.

DOS SANTOS, A. C. Isaiah Berlin e Charles Taylor em debate: Reflexões em torno das concepções de liberdade positiva e negativa. **Controvérsia**, São Leopoldo, v. 14, n. 3, p. 16-30, set.-dez. 2018.

HAVLIK, J. G. S.; REBOUÇAS, G. M. Contribuições de Isaiah Berlin para refletir sobre liberdade. **Revista Direitos Humanos Fundamentais**, Osasco, ano 16, n. 2, p. 47-67, jul-dez/2016.

HOBBS, T. **Leviatã: matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

KRITSCH, R. Do poder à liberdade civil: elementos fundacionais do pensamento político de Thomas Hobbes no Leviatã. **Revista Espaço Acadêmico**, v. 10, n. 114, p. 88-99, nov. 2010.

LOCKE, J. **Dois tratados do governo**. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LUZ, G. V. Hobbes: o paradoxo da liberdade. **Revista Reflexões**, Fortaleza - Ce, ano 2, n. 2, p. 106-112 jan. - jun. 2013, ISSN 2238-6408.

MAMEDE, J. M. B. A liberdade e a propriedade em John Locke. **Pensar-Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 12, n. 2, p. 104-113, abr. 2007.

MATTOS, D. Natureza e liberdade no “Leviathan”. *ethic@* - **Revista Internacional de Filosofia da Moral**, Florianópolis, v. 11, n. 1, p. 59-86, jun. 2012.

MELLO, L. I. A. John Locke e o individualismo liberal. *In*: WEFFORT, Francisco Correa (org.). **Os clássicos da política: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, “o federalista”**. 13. ed. São Paulo: Ática, p. 79-89, 2001.

MILL, J. S. **On Liberty**. Auckland: The Floating Press, 2009.

PENNOCK, J. R. Hobbes’s Confusing “Clarity”. The Case of “Liberty”. *In*: BROWN, Keith (ed.), **Hobbes Studies**, Oxford: Basil Blackwell, p. 101-116, 1965.

PEREIRA, J. R. G. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. 2ª edição. São Paulo: Renovar, 2018.

RIBEIRO, R. J. Hobbes: o medo e a esperança. *In*: WEFFORT, Francisco Correa (org.). **Os clássicos da política: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, “o federalista”**. 13. ed. São Paulo: Ática, p. 51-77, 2001.

ROUSSEAU, J. **O contrato social**. Tradução de Antônio de Pádua Danesi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SANCHÍS, L. P. La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades. **Derechos y libertades – Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas**. n. 8, p. 429-468, jan./jun. 2000.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

SCHAUER, F. On the relation between chapters one and two of John Stuart Mill's *On Liberty*. **Capital University Law Review**, v. 39, p. 01-22, 2011.

TULLY, J. "Two concepts of liberty" in context. *In*: BAUM, Bruce; NICHOLS, Robert (ed.). **Isaiah Berlin and the Politics of Freedom: 'two concepts of liberty' 50 years later**. New York: Routledge, p. 23-51, 2013.

TULLY, J. **An approach to political philosophy: Locke in contexts**. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

**LINHA II - CIDADANIA SOCIAL E ECONÔMICA E SISTEMAS  
NORMATIVOS**



# ASPECTOS TÉCNICOS E JURÍDICOS DO IMPOSTO SOBRE A PROPRIEDADE PREDIAL E TERRITORIAL URBANA

## TECHNICAL AND LEGAL ASPECTS OF THE TAX ON PROPERTY AND URBAN TERRITORIAL

Rodrigo Silva Tavares\*

Hamilton Afonso de Oliveira\*\*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 Assimilando o fato gerador do IPTU e sua hipótese de incidência. 1.1 Definição jurídica de propriedade. 1.2 Definição jurídica de domínio útil. 1.3 Definição jurídica de posse. 1.4 Definição jurídica de imóvel por natureza ou por acessão física. 1.5 Definição jurídica de zona urbana e zona rural. 2 Feições para a incidência tributária do IPTU. 2.1 Feição pessoal do IPTU. 2.1.1 Feição pessoal do IPTU - Sujeito ativo. 2.1.2 Feição pessoal do IPTU - Sujeito passivo. 2.1.3 Feição pessoal do IPTU - Responsável tributário. 2.2 Feição temporal do IPTU. 2.3 Feição espacial do IPTU. 2.4 Feição material do IPTU. 2.5 Feição quantitativa do IPTU. 2.5.1 Feição quantitativa do IPTU - Base de cálculo. 2.5.2 Feição quantitativa do IPTU - Alíquota. 2.6 Função do IPTU. 2.7 Natureza jurídica do IPTU. Considerações finais. Referências.

**RESUMO:** O presente ensaio procurou abordar o fato gerador do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU) e sua hipótese de incidência tributária. Empregou-se o método dedutivo, que consiste em basear-se em enunciados generalistas, sistematicamente por meio do raciocínio lógico-dedutivo, para se chegar a exposição dos fundamentos. Para isso, se demonstrou por meio da pesquisa bibliográfica o conceito de propriedade, posse, domínio útil e imóvel por natureza ou por acessão física, como também a diferença jurídica entre zona urbana e zona rural. Ao buscar maior familiaridade com o objeto em estudo, examinou-se as feições para a incidência tributária do IPTU e os aspectos gerais relacionados à natureza e as funções fiscais e extrafiscais do imposto. Ao

\* Mestre pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ambiente e Sociedade da Universidade Estadual de Goiás (UEG), com Pesquisa direcionada na área de Direito Tributário Ambiental. Graduado em Direito pela Universidade Salgado de Oliveira (GO) e Técnico em Contabilidade pelo Centro de Educação Profissional Sebastião de Siqueira (GO). Pós-Graduado Lato Sensu em Direito Tributário e Processo Tributário pela Universidade Cândido Mendes (RJ). Pós-Graduado Lato Sensu em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade de Direito Atame (GO). Pós-Graduado Lato Sensu em Docência do Ensino Superior pela Faculdade Brasileira de Educação e Cultura (GO). Ex-Servidor Público Municipal (Fiscal Tributário), Advogado.

\*\* Doutor em História pela Universidade Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP). Mestre em História pela Universidade Federal de Goiás (UFG). Professor efetivo do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ambiente e Sociedade da Universidade Estadual de Goiás (PPGAS/UEG/Brasil).

Artigo recebido em 25/08/2021 e aceito em 05/07/2022.

Como citar: TAVARES, Rodrigo Silva; OLIVEIRA, Hamilton Afonso de. Aspectos técnicos e jurídicos do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 25, n. 42, p. 85, jul./dez. 2021. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

final, chegou-se à conclusão da importância do fenômeno da tributação da propriedade imobiliária urbana, com o escopo de adequar o gravame ao potencial econômico do tributado, bem como assegurar o cumprimento de sua função social.

**Palavras-chave:** Fato gerador. Hipótese de incidência. IPTU.

**ABSTRACT:** This essay sought to address the taxable event of the urban property and territorial property tax (IPTU) and its hypothesis of tax incidence. The deductive method was used, which consists of basing itself on generalist statements, systematically through logical-deductive reasoning, to arrive at the explanation of the fundamentals. For this, the concept of ownership, possession, useful and immovable domain by nature or by physical access, as well as the legal difference between urban and rural areas, was demonstrated through bibliographical research. When seeking greater familiarity with the object under study, the features for the tax incidence of IPTU and the general aspects related to the nature and fiscal and extrafiscal functions of the tax were examined. In the end, it was concluded the importance of the phenomenon of taxation of urban real estate property, with the scope of adapting the levy to the economic potential of the taxed person, as well as ensuring the fulfillment of its social function.

**Keywords:** Taxable event. Incidence hypothesis. IPTU.

## INTRODUÇÃO

De acordo com Leal (2004) “a Constituição Federal delimita a competência tributária de todos os entes políticos, e estes, para instituírem os tributos de sua competência, devem editar leis que prevejam os elementos essenciais da norma jurídico-tributária competente” (LEAL, 2004, p. 110). Tais elementos, por intercessão de estudo dirigido, consagrou-se na voz do renomado tributarista Paulo de Barros Carvalho a categorização jurídica de regra-matriz de incidência tributária. Entende-se esta, por técnica ou método que busca estabelecer na norma jurídica os comandos subjetivos, material, temporal, espacial e quantitativo, referente ao fato social que concebe o tributo. O propósito excepcionalmente é garantir a legitimidade do preito perante a ordem jurídica.

O Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU) tem previsão expressa na Constituição Federal de 1988, no artigo 156, inciso I e no Código Tributário Nacional (CTN), dos artigos 32 ao 34. Segundo Lisboa (2016) “a competência para instituí-lo pertence aos Municípios (art. 156, I, CF), ao Distrito Federal e até pela União, caso haja territórios sem divisão de Municípios, por força do artigo 147 da Constituição Federal” (LISBOA, 2016, p. 52). Em conformidade com a orientação dos postulados da legalidade e estrita legalidade em matéria tributária, essas entidades federativas devem criar o imposto, por intermédio de lei ordinária municipal, distrital ou federal.

Em subsunção a regra-matriz de incidência tributária, tal lei ordinária e suas disposições normativas trarão os comandos subjetivos, material, temporal, espacial e quantitativo do imposto. Lembrando que o fato gerador do IPTU, segundo a redação do artigo 32 do CTN, compreende-se no evento de ter a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou acessão física, conforme definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município (BRASIL, 1966).

A partir daí se faz necessário compreender os aspectos técnicos do imposto e sua natureza jurídica, decompondo em duas etapas: conceito e espécies. Dessa forma, este artigo reconstrói tecnicamente o fenômeno da tributação da propriedade imobiliária urbana.

Cumpra salientar que o processo de desenvolvimento de nossa investigação é orientado pela fundamentação metodológica da pesquisa bibliográfica, uma vez que busca soluções ao objeto proposto, a partir da compreensão e leitura de várias referências teóricas disponíveis na doutrina, lei, atos normativos e jurisprudências.

Para estruturar o conhecimento, empregou-se o método dedutivo, que consiste em basear-se em enunciados generalistas, sistematicamente por meio do raciocínio lógico-dedutivo, para se chegar a exposição dos fundamentos.

## **1 ASSIMILANDO O FATO GERADOR DO IPTU E SUA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA**

Segundo Peter, Isquierdo e Pazinato (2015) “a expressão ‘fato gerador’ significa o fato definido em lei, ou seja, hipótese de incidência abstrata inserida em lei, que caso ocorra na sociedade, gerará uma obrigação tributária, que pode ser principal ou acessória” (PETER; ISQUIERDO; PAZINATO, 2015, p. 186). A obrigação principal traz em sua essência o dever de pagamento do tributo ou multa, enquanto a acessória delimita obrigações de fazer ou não fazer no interesse da arrecadação tributária. Para Brito (2016):

A noção de hipótese do fato gerador de um tributo distingue os seus dois núcleos: hipótese e fato gerador. Se é hipótese é um juízo. Se é fato é acontecimento da vida. Se é juízo, deve ser sempre o juiz de dever ser, que, no caso, do tributo, somente pode ser formulado pelo legislador. Porque, entre nós, existe o princípio da legalidade, que consiste em o legislador ter de exercer a competência privativa para descrever, em hipótese,

o fato gerador da obrigação de pagar um tributo, debuxando o acontecimento social que desencadeia uma consequência no plano jurídico (BRITO, 2016, p. 824).

De acordo com Ramos (2011) “para que ocorra a incidência tributária, para o fato jurídico tributário ser tido como tal, o fato praticado deve preencher todos os critérios previstos na regra-matriz de incidência tributária, em observância ao princípio da tipicidade” (RAMOS, 2011, p. 74). Pelo princípio, reputa-se necessário a subsunção integral do fato social a norma jurídica. Isso porque, na falta de disposição expressa definindo o tipo tributário não pode a autoridade competente simplesmente exigir o pagamento de tributo, utilizando-se do emprego de analogia ou equidade. Em outros termos, não é permitido a entidade tributante criar um tipo fictício ou até mesmo semelhante para o fato social, que não seja previsto em lei, com o intuito de exigir o pagamento do imposto.

Segundo Sabbag (2018), “o fato gerador do IPTU dar-se-á com a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel, localizado na zona urbana do Município, consubstanciando-se, mediante ficção jurídica, no primeiro dia do ano civil (1.º de janeiro)” (SABBAG, 2018, p. 307). Vejamos a redação do caput do artigo 32 do Código Tributário Nacional (CTN):

Art. 32. O imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município (BRASIL, 1966).

Portanto, o fato impositivo do IPTU, conforme ensina Lisboa (2016), é “representado por um verbo mais complemento é ser proprietário de imóvel localizado na zona urbana do Município” (LISBOA, 2016, p. 52), ou mesmo, titular do seu domínio útil ou tão-somente posseiro, por natureza ou acessão física, na zona urbana do Município (BRASIL, 1966).

## **1.1 Definição jurídica de propriedade**

O legislador civilista de 2002, em pressão há diversas frentes políticas não determinou precisamente o conceito de propriedade, optou em enunciar apenas os poderes do proprietário, nos termos do artigo 1.228, sendo aquele que detém a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha (BRASIL, 2002).

Para Lisboa (2016):

A Constituição Federal trata a propriedade como direito fundamental além de esclarecer que ela deve atender à sua função social. Assim todo o direito de usar, gozar, dispor ou até readquirir deve ser entendido dentro dos limites e parâmetros legais, respeitando a função social da propriedade (LISBOA, 2016, p. 53).

Sobre o tema, Melo (2010, p. 543 apud LISBOA, 2016, p. 53) explica:

[...] como a propriedade deve atender à sua função social (art. 5º, XXII e XXIII; art. 170, III, arts. 184 e 186 da CF), o exercício do seu direito deve estar em consonância com a suas finalidades econômicas e sociais, preservando a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, evitando a poluição do ar e das águas (art. 1.228 §1º do Código Civil). Os objetivos da função social podem ser alcançados mediante obrigações positivas (proprietário construir em terreno ocioso), e como regras impeditivas de ações (proibição de edificações, visando funções do urbanismo; ordenamento do crescimento de atividades, segregação de indústrias insalubres, conveniente uso de ocupação do solo, evitando especulação imobiliária) (LISBOA, 2016, p. 53).

Como visto, o CTN prevê no seu artigo 32, como hipótese de incidência tributária do IPTU: a propriedade predial e territorial urbana, bem como o domínio útil e a posse do bem imóvel (BRASIL, 1966).

## **1.2 Definição jurídica de domínio útil**

Domínio útil é um instituto jurídico herdado do direito romano, em que figura a pessoa do senhorio direto ou nu-proprietário, isto é, aquele que detém o título aquisitivo da propriedade, no entanto, celebra contrato que cede todos os direitos de uso, fruição e disposição do bem para a pessoa do enfiteuta ou foreiro, mediante contrapartida denominada foro.

Não obstante, o senhorio direto lhe reserva o direito de domínio direto da propriedade, o que significa dizer que ele não transfere o título do imóvel para o enfiteuta ou foreiro. Contudo, em caso de extinção do domínio útil, o enfiteuta ou foreiro é garantido ao direito de preferência na compra da propriedade.

Por desábito, com a publicação do novo Código Civil de 2002 ficou proibida a constituição de enfiteuses e subenfiteuses, nos termos do artigo 2.038, porém, as existentes seguiram as regras do antigo Código Civil de 1916 até a sua extinção, aplicando-se inclusive os efeitos fiscais sobre esse tipo de domínio útil (PETER; ISQUIERDO; PAZINATO, 2015, p. 191). Segundo Barbosa (2006):

Extinguindo-se a enfiteuse, o domínio útil resultante do contrato de enfiteuse deixa de ser hipótese de incidência tributária, a partir da vigência do novo Código Civil. Embora permaneça o 'domínio útil' como hipótese de incidência (art. 32 do Código Tributário Nacional), ele se refere exclusivamente aos contratos de enfiteuse celebrados no regime anterior e ao usufruto, que permanece como instituto jurídico na nova lei (BARBOSA, 2006, p. 52).

O usufruto corresponde ao direito de usar e fruir a propriedade. Em análise da matéria pelo Superior Tribunal de Justiça, este reconheceu a legitimidade do usufrutuário para questionar a cobrança do IPTU, sob o argumento de que ele possui obrigação de proteger a coisa como se detivesse o domínio (Recurso Especial nº 691.714/SC, Relator Ministro Franciulli Netto, Diário de Justiça de 27/06/05).

### **1.3 Definição jurídica de posse**

Para Brito (2016) “a posse é situação na qual se tem a sujeição direta e imediata da coisa a uma pessoa” (BRITO, 2016, p. 835). Isso denota que o possuidor tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes intrínsecos a propriedade (BRASIL 2002).

No entanto, para fins de tributação do IPTU, há jurisprudência consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), especialmente no Recurso Especial de nº 325.489-SP, de Relatoria da Ministra Eliana Calmon, que o contribuinte do imposto é aquele que exerce a posse com o ânimo definitivo, ou seja, com a pretensão de se tornar dono do imóvel.

Logo, quem sujeita-se a posse precária da propriedade, tal como o locatário, comodatário, superficiário, usuário, administrador de bens de terceiro, arrendatário, ocupante e habitador não podem ser considerados contribuinte do imposto. A posse passível de tributação do IPTU é aquela que possibilita a aquisição do imóvel por meio da usucapião (posse ad usucapionem).

## **1.4 Definição jurídica de imóvel por natureza ou por acessão física**

Nos termos do artigo 79 do Código Civil Brasileiro (2002) “são bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente” (BRASIL, 2002). Segundo Messa e Andreucci (2016) “são imóveis por sua própria natureza o solo e, evidentemente, sua superfície, bem como o subsolo e o espaço aéreo que a ele correspondem. Tudo aquilo que está naturalmente incorporado ao solo (cachoeiras, jazidas etc.) também deve ser considerado bem imóvel” (MESSA; ANDREUCCI, 2016, p. 138-139). Para Messa e Andreucci (2016) “as árvores (desde que não destinadas ao corte, porquanto móveis) e seus frutos pendentes são considerados bens imóveis por acessão natural” (MESSA; ANDREUCCI, 2016, p. 139).

Já os bens imóveis por acessão física ou artificial, de acordo com Messa e Andreucci (2016) “são acréscimos feitos pelo homem e incorporados de forma perene ao solo, como as construções e plantações que, derivadas de bens móveis (tijolos, metais, sementes etc.), assumem a condição de imóveis por ocasião de sua aderência ao solo” (MESSA; ANDREUCCI, 2016, p. 139).

## **1.5 Definição jurídica de zona urbana e zona rural**

Há diversos métodos para diferenciar zona urbana de zona rural. Contudo, há dissonância entre os próprios métodos adotados pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) e pelo legislador do Código Tributário Nacional (CTN). Por exemplo, este elegeu o método da localização do imóvel, conforme se depreende dos parágrafos primeiro e segundo do artigo 32, abaixo citado:

§1º - [...] entende-se como zona urbana a definida em lei municipal; observado o requisito mínimo da existência de melhoramentos indicados em pelo menos 2 (dois) dos incisos seguintes, construídos ou mantidos pelo Poder Público:

I - meio-fio ou calçamento, com canalização de águas pluviais;

II - abastecimento de água;

III - sistema de esgotos sanitários;

IV - rede de iluminação pública, com ou sem posteamento para distribuição domiciliar;

V - escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de 3 (três) quilômetros do imóvel considerado.

§ 2º - A lei municipal pode considerar urbanas as áreas urbanizáveis, ou de expansão urbana, constantes de loteamentos

aprovados pelos órgãos competentes, destinados à habitação, à indústria ou ao comércio, mesmo que localizados fora das zonas definidas nos termos do parágrafo anterior (BRASIL, 1966).

O método da localização do imóvel exige que o município crie uma lei dispendo sobre o próprio urbanismo, observando-se a existência de pelo menos duas infraestruturas básicas ao redor da propriedade, para fins de incidência do IPTU.

Não obstante, esta lei poderá considerar ainda urbanas, as áreas urbanizáveis ou de expansão urbana constante de loteamentos aprovados e que tenha a infraestrutura básica exigidas pelo Plano Diretor (asfalto, rede pluvial, meio fio etc.), destinadas à habitação, indústria e comércio.

Todavia, o Superior Tribunal de Justiça vem adotando o método da destinação econômica do imóvel. Por este, entende-se que toda propriedade revela um fim econômico e/ou social em si própria, como, por exemplo, um imóvel rural que é destinado para exploração extrativa, vegetal, agrícola, pecuária ou agroindustrial. Deste modo, interpreta-se que tal propriedade, ainda que fixada em área definida como zona urbana do município, não poderá sofrer a incidência do IPTU, mas sim do imposto territorial rural (ITR), pois a sua essência econômica e/ou social é voltada para a produção rural. Sobre o assunto, vejamos o entendimento jurisprudencial construído no âmbito do tribunal superior:

TRIBUTÁRIO. IMÓVEL NA ÁREA URBANA. DESTINAÇÃO RURAL. IPTU. NÃO-INCIDÊNCIA. ART. 15 DO DL 57/1966. RECURSO REPETITIVO. ART. 543-C DO CPC. 1. Não incide IPTU, mas ITR, sobre imóvel localizado na área urbana do Município, desde que comprovadamente utilizado em exploração extrativa, vegetal, agrícola, pecuária ou agroindustrial (art. 15 do DL 57/1966). 2. Recurso Especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ. (STJ - REsp: 1112646 SP 2009/0051088-6, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 26/08/2009, PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 28/08/2009).  
TRIBUTÁRIO. IPTU. IMÓVEL LOCALIZADO EM ÁREA URBANA. EXPLORAÇÃO DE ATIVIDADES ESSENCIALMENTE RURAIS. IPTU. NÃO-INCIDÊNCIA. PRECEDENTE. 1. Não incide IPTU, mas ITR, sobre imóveis nos quais são exploradas atividades essencialmente rurais, ainda que localizados em áreas consideradas urbanas por legislação municipal. Precedente: REsp. 1.112.646/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 28/08/2009,

submetido ao art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ. [...]. 4. Recurso especial não conhecido (STJ – REsp. 1150408 SP 2009/0074333-1, Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Data de Julgamento: 28/09/2010, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/10/2010).

A corroborar o exposto acima, impende ressaltar que o pensamento expendido pelo STJ tem fundamento legal no artigo 15 do Decreto Lei nº 57/1966. O renomado tributarista Hugo de Brito Machado reprocha veementemente a divergência dos métodos escolhidos pelo legislador tributário e pelo Superior Tribunal de Justiça, o qual segundo Peter, Isquierdo e Pazinato (2015) “entende tratar-se de conflito de competência tributária a delimitação da zona urbana e conseqüentemente da zona rural, logo, o instrumento hábil para dirimir essa divergência seria lei complementar” (PETER; ISQUIERDO; PAZINATO, 2015, p. 190).

Assim, perfilhamos o mesmo entendimento de Peter, Isquierdo e Pazinato (2015):

[...] o critério econômico serve para complementar o critério da localização do imóvel, ficando claro que mesmo que um imóvel esteja localizado na zona urbana de um determinado município, isto é, em área que apresente pelo menos dois dos requisitos do parágrafo 1º do artigo 32 ou a área não disponha de qualquer requisito, mas esteja localizada em área de expansão ou urbanizável, se a destinação do bem imóvel for para exploração agrícola, extrativa vegetal, pecuária ou industrial, não incidirá o IPTU e sim o ITR (PETER; ISQUIERDO; PAZINATO, 2015, p. 189).

Ou seja, o que determina se uma propriedade é rural ou urbana não é necessariamente a sua localização, mas a sua utilização e finalidade relacionada ao trabalho e uso da terra, neste caso, pode acontecer com as pequenas glebas rurais, que sendo voltadas para atividades rurais acabam por se constituir em verdadeiras “ilhas” localizadas em meio - ou margens - de grandes cidades, resistindo ao avanço da especulação imobiliária. No entanto, essa “resistência” também não deixa de ter um caráter especulativo devido à proximidade e o avanço da área urbana.

## **2 FEIÇÕES PARA A INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA DO IPTU**

Após assimilarmos o fato gerador do IPTU, bem como os conceitos e aspectos gerais relacionados a propriedade, domínio útil, posse, acessão

física e natural, zona urbana e zona rural, passamos agora a examinar sua regra-matriz de incidência tributária.

## **2.1 Feição pessoal do IPTU**

Na relação jurídico-tributária, conforme ensina Harada (2017) “existe o polo ativo e o polo passivo, representado pela entidade tributante (sujeito ativo) e pelo contribuinte (sujeito passivo), respectivamente” (HARADA, 2017, p. 186).

Os artigos 119 e 121 do Código Tributário Nacional esclarecem que o sujeito ativo da obrigação tributária é a pessoa jurídica de direito público, titular da competência para exigir o seu cumprimento e o sujeito passivo é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária (BRASIL, 1966).

### **2.1.1 Feição pessoal do IPTU - Sujeito ativo**

A feição pessoal do IPTU tem como sujeito ativo os municípios, de acordo com o artigo 156, inciso I da CF/88, bem como o Distrito Federal, por força do artigo 32, parágrafo primeiro da CF/88 e, até mesmo a União, para os casos que haja territórios sem divisão de Municípios, nos termos do artigo 147 da CF/88.

### **2.1.2 Feição pessoal do IPTU - Sujeito passivo**

Consoante a dicção do artigo 34 do Código Tributário Nacional (1966) o “contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título” (BRASIL, 1966).

Em virtude das considerações já ponderadas em tópico anterior sobre a propriedade, o domínio útil e a posse, torna-se demasiado repetir o tema, reforçando que a intenção do artigo não é esgotar as pendências sobre o fato imponible do IPTU, mas tão-somente conceituar de forma geral os comandos subjetivos, material, temporal, espacial e quantitativo do imposto, com fulcro na legislação vigente, doutrina e jurisprudência.

### **2.1.3 Feição pessoal do IPTU - Responsável tributário**

O artigo 128 do Código Tributário Nacional (1966) dispõe que “a lei pode atribuir de modo expresse a responsabilidade pelo crédito

tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação” (BRASIL, 1966).

Nesta linha, a responsabilidade tributária é um instituto jurídico de direito público que convoca os efeitos legais da solidariedade civil, com o propósito exclusivo de facilitar ou tornar executável a tributação.

No entanto, o responsável tributário não realiza o fato imponible inserto na norma jurídica. Já que, sem revestir da condição de devedor principal e sem qualquer espécie de benefício pessoal, o mesmo, simplesmente, se vê compelido, por força de lei, a colaborar com o Fisco. Afirma Lisboa (2016) que:

A responsabilidade pode ocorrer por solidariedade nas hipóteses em que o imóvel contenha mais de um proprietário. Ressalta-se que no direito tributário a solidariedade não pode ocorrer por contrato. Apenas por lei. A hipótese, nesse caso é aquela prevista no artigo 124, I do CTN. É a solidariedade que ocorre por interesse comum, ou seja, todas as vezes que houver um imóvel com mais de um proprietário. Há ainda a hipótese de responsabilidade por sucessão quando houver venda de imóvel ou de estabelecimento comercial, onde teremos a sucessão intervivos, nos termos do artigo 130 do CTN (LISBOA, 2016, p. 61).

## 2.2 Feição temporal do IPTU

Ainda esmiuçando a regra-matriz de incidência tributária do IPTU, tem-se a feição temporal do imposto, no qual é factível registrar o intervalo de ocorrência da subsunção tributária, ou seja, o instante em que nasce para o ente político um direito subjetivo e um dever jurídico para o sujeito passivo. Nestes termos, a feição temporal do IPTU marca, no tempo, o instante certo em que se deve contemplar a ocorrência do fato jurídico tributário (FERNANDES, 2015). Segundo Fernandes (2015):

A regra geral assumida pelos Municípios é a de adotar como critério temporal o ano civil, mais especificamente a designação da data de 1.º de janeiro de cada ano, sendo relevante para a formação do lançamento tributário, a situação do imóvel na data estipulada pela legislação então vigente. Então será sujeito passivo da relação jurídico-tributária do IPTU o proprietário, o detentor do domínio útil ou da posse, *ad usucapionem*, nesta data. Outras pessoas que venham a adquirir ou se apossar do imóvel em data diversa da inicialmente estipulada, somente

serão sujeitos passivos na data do exercício seguinte, designada pela legislação municipal. Neste ínterim, os adquirentes ou possuidores, responderão pelo tributo na condição de responsáveis tributário, se houver disposição legal expressa (FERNANDES, 2015, p. 145).

Do exposto, é de se destacar que a feição temporal do IPTU se dá em 1º de janeiro de cada ano, isto é, quando se inicia o exercício fiscal, com base no calendário dos entes políticos.

### **2.3 Feição espacial do IPTU**

A feição espacial do IPTU entende-se por local de ocorrência do fato gerador do imposto. Como visto, a propriedade deve ser fixada no perímetro urbano do município, para fins de incidência tributária, observando-se ainda a existência mínima de duas infraestruturas básicas constantes do parágrafo primeiro do artigo 32 do Código Tributário Nacional, ou em área definida como expansão urbana ou urbanizável, de acordo com a delimitação dada pelo plano diretor.

### **2.4 Feição material do IPTU**

A feição material do IPTU é representada por um verbo mais complemento. Assim, segundo Lisboa (2016) “o fato que faz nascer a obrigação tributária de pagar o IPTU é ser proprietário, ter o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município” (LISBOA, 2016, p. 62).

### **2.5 Feição quantitativa do IPTU**

A feição quantitativa do imposto é fragmentada em duas grandezas econômicas: base de cálculo e alíquota, conforme se demonstrará a seguir.

#### **2.5.1 Feição quantitativa do IPTU - Base de cálculo**

A base de cálculo do preito, de acordo com Metta (2013) “tem a função de dimensionar a materialidade da hipótese de incidência tributária, apurar o montante devido, constatar a observância dos princípios da capacidade contributiva e da reserva de competências impositivas e confirmar, afirmar ou infirmar a espécie tributária” (METTA, 2013, p. 8).

Nos termos do artigo 33 do Código Tributário Nacional, a base do cálculo do IPTU é o valor venal do imóvel, sem computar o valor dos bens móveis mantidos em caráter permanente ou temporário na propriedade (BRASIL, 1966).

Baleeiro (1999) conceitua o valor venal como “aquele que o imóvel alcançará para a compra e venda à vista, segundo as condições usais do mercado de imóveis” (BALEEIRO, 1999, p. 249). Lustoza (2015) afirma que:

Diante da impossibilidade de haver uma avaliação individual para cada imóvel urbano é comum os Municípios estabelecerem critérios genéricos para apuração do valor venal. Por isso que, na maioria das situações o valor venal dos imóveis é definido na Planta Genérica de Valores, a qual determina o preço do metro quadrado por região. Então, a base de cálculo poderá variar em relação aos imóveis, uma vez que o valor do metro quadrado estará condicionado a uma série de situações definidas em lei municipal, como tipo de construção, localização, destinação etc. (LUSTOZA, 2015, p. 151-152).

Insta registrar que a Planta Genérica de Valores deve ser elaborada ano a ano, com base no preço corrente do mercado de imóveis. A título de exemplo, em Morrinhos, município do estado de Goiás, este mapa será desenvolvido e revisto por comissão organizada pelo Chefe do Poder Executivo e, em regra deverá ser aprovado (2000) “anualmente pela Câmara Municipal, até o final do exercício que anteceder o lançamento, mediante lei de iniciativa do Poder Executivo” (BRASIL, 2000).

O valor venal da unidade imobiliária de Morrinhos/GO será apurado conforme os seguintes indicadores:

I - Quanto ao prédio: a) o padrão ou tipo da construção; b) a área construída; c) o valor unitário do metro quadrado; d) o estado de conservação; e) os serviços públicos; f) o índice de valorização do logradouro, em que estiver localizado o imóvel; g) os preços de imóveis nas últimas transações de compra e venda, localizadas na mesma região; e h) quaisquer outros dados informativos obtidos pela repartição competente; II - Quanto ao terreno: a) a área, a forma, as dimensões, a localização, os acidentes geográficos e outras características; e b) os elementos das alíneas “f”, “g” e “h” do item anterior (BRASIL, 2000).

As três últimas atualizações da Planta Genérica de Valores Imobiliários do referido município foram aprovadas pelas Leis nº 1.778, de 24 de novembro de 2000, Lei nº 2.212, de 21 de dezembro de 2005 e Lei nº 3.011, de 13 de dezembro de 2013. É indiscutível que esta atualização de 2013 está defasada, pois não acompanhou a valorização venal dos imóveis ocorridas ao longo dos últimos sete anos. Como também, não existe uma atualização sistemática ano a ano, uma vez que os lotes urbanos podem ter sido edificados ou as construções ampliadas, o que por certo contribuiria para agregar valor aos imóveis.

A esse propósito, conforme entendimento sedimentado pela Súmula de nº 160 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o aumento da base de cálculo do IPTU poderá ocorrer apenas mediante lei, pois: “É defeso ao município atualizar o IPTU, mediante decreto, em percentual superior ao índice oficial de correção monetária” (BRASIL, 1996). Noutros termos, segundo Lustoza (2015) “a mera aplicação de correção monetária aos valores venais pode ser feita via Decreto, a teor do disposto no § 2º, do artigo 97 do CTN, desde que não seja acima do índice oficial” (LUSTOZA, 2015, p. 152).

### 2.5.2 Feição quantitativa do IPTU - Alíquota

A alíquota do tributo, segundo De Cesare (2015) “é o percentual que se aplica sobre o valor venal do imóvel para estabelecer o quanto de imposto deve ser pago em relação ao valor de mercado do imóvel” (DE CESARE, 2015, p. 47).

De acordo com Peter, Isquierdo e Pazinato (2015):

As alíquotas do IPTU deverão ser fixadas pelo Município, inexistindo qualquer limitação constitucional ou infraconstitucional, no caso, estabelecida pelo CTN, cabendo apenas a lei municipal respeitar os princípios constitucionais tributários, especialmente o da isonomia, capacidade contributiva e vedação ao confisco (PETER; ISQUIERDO; PAZINATO, 2015, p. 196).

De Cesare (2015) salienta que “as alíquotas para a cobrança dos impostos podem ser únicas (também ditas uniformes), ou diferenciadas, as quais podem ser subdivididas em seletivas, progressivas e regressivas” (DE CESARE, 2015, p. 47). Segundo De Cesare (2015):

Única (ou uniforme) é aplicada a mesma alíquota independentemente das características específicas do objeto da tributação ou do aumento da base tributável. É importante notar que a imposição de uma alíquota única não garante que os contribuintes paguem o tributo proporcionalmente à sua capacidade contributiva, isto é, não garante que o sistema seja neutro; Diferenciadas: Seletiva - Na seletividade, importa exclusivamente o objeto da tributação. As alíquotas são específicas para subgrupos com características comuns, usualmente sendo empregado o uso ou a área do imóvel para o estabelecimento das classes; Progressiva - As alíquotas crescem à medida que aumenta a base tributável, ou seja, o valor dos imóveis; Regressiva - As alíquotas decrescem à medida que aumenta a base tributável, isto é, o valor dos imóveis (DE CESARE, 2015, p. 47).

A Constituição Federal, acerca do IPTU, prevê no inciso II, do parágrafo 1º, do artigo 156, a possibilidade de o município instituir alíquotas diferentes conforme a localização e o uso do imóvel (BRASIL, 1988). Segundo Lustoza (2015) “as alíquotas são definidas através de lei municipal, sendo diferenciadas em relação à destinação do imóvel: comercial, residencial ou industrial. Também se diferencia em relação aos imóveis construídos (predial) e terrenos sem construção (territorial)” (LUSTOZA, 2015, p. 153).

A exemplo de particularismo, o município de Morrinhos/GO, em seu Diploma Tributário Municipal (Lei Complementar nº 005, de 15 de dezembro de 2000), utilizou somente do critério de uso do imóvel para estabelecer as alíquotas do IPTU. Noutras palavras, não optou pela diferenciação de alíquotas com base na região setorial ou localização do imóvel, o que significa entender que elas não levam em consideração se a propriedade urbana está ou não em área valorizada.

De acordo com De Cesare (2015) “a maior parte dos municípios brasileiros emprega alíquota seletiva em função do uso do imóvel, em geral, mais baixa para os imóveis residenciais e mais alta para os territoriais, visando a combater a especulação imobiliária e incentivar a atividade de construção” (DE CESARE, 2015, p. 48). É comum, ainda, segundo o autor, municípios instituírem alíquotas progressivas para cada classe, como fez, por exemplo, Belém do Pará, Belo Horizonte, Recife e São Paulo (DE CESARE, 2015). Sobre o assunto, De Cesare (2015) salienta:

Quando existe uma graduação do ônus tributário por meio da adoção de alíquotas progressivas [...], o objetivo é gerar um impacto sobre o poder econômico do contribuinte, visando, por exemplo, à redução das disparidades sociais entre os indivíduos. É importante notar que a implementação de um sistema de alíquotas diferenciadas - seletivas ou progressivas - não significa qualquer tratamento desigual entre contribuintes em situação equivalente (DE CESARE, 2015, p. 48).

Não obstante, a Constituição Federal ainda estabeleceu, em relação ao IPTU, a alíquota progressiva extrafiscal pelo decurso do tempo, no inciso II, do parágrafo 4º, do artigo 182, e a alíquota progressiva fiscal, em razão do valor venal do imóvel, no inciso I, do parágrafo 1º, do artigo 156 (BRASIL, 1988).

Evitando-se, contudo, não perder o foco deste estudo, multiplicando-se a base de cálculo apurada pela alíquota determinada em lei, obteremos o valor da prestação pecuniária relativa ao imposto.

## **2.6 Função do IPTU**

O IPTU tem a função preponderante de obter receitas públicas, arrecadar dinheiro dos contribuintes, a fim de manter a máquina pública local e a realização de serviços no município. Esta função é qualificada na doutrina tributária de tipicamente fiscal e é intrínseca aos impostos.

Não obstante há também a função extrafiscal do IPTU, por meio do qual a prefeitura não busca apenas a arrecadação do dinheiro particular, mas possui outras intenções, como o desenvolvimento de políticas urbanas, proteção de direitos dos cidadãos, preservação do meio ambiente local, ampliação de determinada região no município, cumprimento de princípios e deveres constitucionais, como, por exemplo, o da função social da propriedade urbana.

Isso porque, segundo Peter, Isquierdo e Pazinato (2015) “no caso do IPTU, verifica-se a função extrafiscal no artigo 182, parágrafo 4º, inciso II da CF, no qual a Constituição Federal estabelece que a propriedade deve cumprir sua função social e caso isso não ocorra o ente pode instituir alíquotas progressivas” (PETER; ISQUIERDO; PAZINATO, 2015, p. 196-197), praticando a extrafiscalidade.

## 2.7 Natureza jurídica do IPTU

A natureza jurídica do IPTU, na opinião de Rebouças (2014) transfere-se para:

[...] a importância em saber a diferença entre os impostos reais e pessoais. Uma definição básica do que são os impostos reais é dizer que são aqueles impostos que não levam em consideração as condições inerentes ao contribuinte, incidindo por igual face a qualquer pessoa, ou seja, são os denominados impostos sobre o patrimônio (REBOUÇAS, 2014, p. 2).

Para Fornerolli (2005), o gravame nos impostos reais “está centrado apenas na matéria tributável, prendendo-se a seus aspectos objetivos, independentemente das condições econômicas, jurídicas, pessoais ou de família, relativas ao contribuinte” (FORNEROLLI, 2005, p. 81). Noutros termos, pouco importa a capacidade econômica do tributado.

Por sua vez, os impostos pessoais, segundo Rebouças (2014) “estabelecem diferenças tributárias em função de condições inerentes ao contribuinte. Nos impostos pessoais tributa-se conforme a capacidade econômica em decorrência do disposto no § 1º do artigo 145 da Constituição Federal” (REBOUÇAS, 2014, p. 2), que assim estabelece:

§1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte (BRASIL, 1988).

Assim, os critérios que contemplam a individualidade do contribuinte nos impostos pessoais são elementos que se integram na formação do fato gerador e determinam o quantum a ser cobrado pelo Fisco (BALEEIRO, 1977).

À guisa de corroboração, podemos citar como exemplo de imposto pessoal e imposto real: o imposto de renda e o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana, respectivamente. Isso porque, o primeiro recai sobre o rendimento pessoal do contribuinte, enquanto o segundo se despende sobre as características peculiares do bem imóvel, ou seja, sobre o patrimônio.

Deste modo, por longos anos o IPTU foi considerado pela corte suprema e doutrina clássica um imposto de natureza real, ou seja, aquele que incide sobre o patrimônio do particular. No entanto, tal tema é considerado até os dias atuais bastante controvertido perante os tributaristas.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer do presente ensaio, analisamos o fato gerador do IPTU e sua hipótese de incidência tributária. Em seguida, conceituamos a propriedade, a posse, o domínio útil, bem como o imóvel por natureza ou por acessão física. E apresentamos a diferença jurídica entre zona urbana e zona rural.

Ao aprofundarmos melhor o assunto, examinamos a regramatriz de incidência tributária ou aqui denominado especialmente de feições para a incidência tributária do IPTU. Tecemos os aspectos gerais relacionados à natureza jurídica e as funções fiscais e extrafiscais do imposto. Dentro destas, vislumbramos a possibilidade de suas alíquotas serem majoradas, sempre que houver finalidades determinadas a serem atingidas, como, por exemplo, assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana ou adequar o gravame ao potencial econômico do tributado. Posto isto, concluímos o objetivo traçado no estudo de abordar de maneira técnica a importância do fenômeno da tributação da propriedade imobiliária urbana.

## REFERÊNCIAS

BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 11<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro/RJ: Editora Forense, 1999.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 12<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro/RJ: Editora Forense, 2001.

BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 5<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro/RJ: Editora Forense, 1977.

BARBOSA, Evandro Paes. **Progressividade do iptu**. 2006, p. 139, Dissertação (Mestrado em Direito Tributário Constitucional). Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica - PUC/SP, São Paulo/SP. Disponível em: <http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp011530.pdf>. Acesso em: 13/07/2020.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**. Poder Legislativo, Brasília, DF, out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituacaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituacaocompilado.htm). Acesso em: 09/07/2020.

BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. **Diário Oficial da União**. Poder Legislativo, Brasília/DF, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em: 09/07/2020.

BRASIL. Lei nº. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. **Diário Oficial da União**. Poder Legislativo, Brasília, DF, out. 1966. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm). Acesso em: 09/09/2020.

BRASIL. Lei Complementar nº 005, de 15 de dezembro de 2000. Código Tributário do Município de Morrinhos, Goiás. **Diário Oficial do Município**. Poder Legislativo Municipal, Morrinhos/GO, 2000. Disponível em: <https://morrinhos.go.gov.br/site/wp-content/uploads/2014/04/ctm.pdf>. Acesso em: 09/09/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 160. É defeso, ao Município, atualizar o IPTU, mediante decreto, em percentual superior ao índice oficial de correção monetária. **Diário Oficial da União**. Poder Legislativo, Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [1996]. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2010\\_11\\_capSumula160.pdf](http://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2010_11_capSumula160.pdf). Acesso em: 13/07/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 668. É inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da Emenda Constitucional 29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana. **Diário Oficial da União**. Poder Legislativo, Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2003]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1521#:~:text=O%20Supremo%20Tribunal%20Federal%20possui,S%C3%BAmula%20668%20do%20STF..> Acesso em: 13/07/2020.

BRITO, Edvaldo. **Direito tributário e constituição**: estudos e pareceres. 1ª ed. São Paulo/SP: Editora Atlas, 2016.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 11ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

DE CESARE, Cláudia M. A tributação sobre a propriedade imobiliária e o iptu: fundamentação, caracterização e desafios. In: CUNHA, Egláisa Micheline Pontes; DE CESARE, Cláudia M. (Orgs.).

**Financiamentos das Cidades:** Instrumentos Fiscais e de Política Urbana – Seminários Nacionais, Brasília/DF, Módulo I, p. 45-78, Ministério das Cidades, 2015. Disponível em: <http://livros01.livrosgratis.com.br/mdc00003.pdf>. Acesso em: 23/07/2020.

DE CESARE, Cláudia M. Progressividade fiscal no IPTU em Porto Alegre: discussão & análise. In: CUNHA, Egláisa Micheline Pontes; DE CESARE, Cláudia M. (Orgs.). **Financiamentos das Cidades:** Instrumentos Fiscais e de Política Urbana – Seminários Nacionais, Brasília/DF, Módulo I, p. 85-112, Ministério das Cidades, 2015. Disponível em: <http://livros01.livrosgratis.com.br/mdc00003.pdf>. Acesso em: 23/07/2020.

DOMINGOS, Felipe Silva. **Progressividade fiscal do iptu**. 2012, p. 48, Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito), Fundação de Ensino Eurípedes Soares da Rocha, Centro Universitário Eurípedes de Marília - UNIVEM, Marília/SP. Disponível em: <https://aberto.univem.edu.br/handle/11077/916>. Acesso em: 06/07/2020.

FERNANDES, Cintia Estefania. O desenvolvimento dos municípios através da tributação imobiliária e do estatuto da cidade. In: CUNHA, Egláisa Micheline Pontes; DE CESARE, Cláudia M. (Orgs.). **Financiamentos das Cidades:** Instrumentos Fiscais e de Política Urbana – Seminários Nacionais, Brasília/DF, Módulo II, p. 133-164, Ministério das Cidades, 2015. Disponível em: <http://livros01.livrosgratis.com.br/mdc00003.pdf>. Acesso em: 21/07/2020.

FORNEROLLI, Luiz Antônio Zanini. Natureza jurídica do iptu: imposto “real” ou “pessoal”. **Revista Jurisprudência Catarinense**, Florianópolis/SC, v. 31, n. 107, p. 77-87, abr./jun. 2005. Disponível em: [https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/92244/natureza\\_juridica\\_ipu\\_forneolli.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/92244/natureza_juridica_ipu_forneolli.pdf). Acesso em: 06/07/2019.

HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 25ª ed. São Paulo/SP: Editora Atlas, 2017.

HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 26ª ed. São Paulo/SP: Editora Atlas, 2017.

LEAL, Rogério Gesta. O iptu progressivo como instrumento de efetivação da função social da cidade no Brasil. **A & C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte/MG, ano 4, n. 16, p. 107-123, abr./jun. 2004. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/601>. Acesso em: 09/07/2020.

LISBOA, Julcira Maria de Mello Vianna. Definição de propriedade para fins de pagamento do iptu - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana. **Revista de Direito Brasileira - RDB**, São Paulo/SP, v. 14, n. 6, p. 51- 64, mai./ago. 2016. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3024>. Acesso em: 09/07/2020.

LUSTOZA, Helton Kramer. **Impostos municipais para concursos: issqn, iptu e itbi**. 1ª ed. Salvador/BA: Editora JusPodivm, 2015.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 27ª ed. São Paulo/SP: Editora Malheiros, 2006.

MESSA, Ana Flávia; ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Exame da oab unificado 1ª fase**. 6ª ed. São Paulo/SP: Editora Saraiva, 2016.

METTA, Victor Sarfatis. Iptu e o princípio da progressividade. **Revista Âmbito Jurídico**, São Paulo/SP, p. 1-22, ago. 2013. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-tributario/iptu-e-o-principio-da-progressividade/>. Acesso em: 22/07/2020.

PÁDUA, Elisabete Matallo Marchesini. **Metodologia da pesquisa: abordagem teórico-prática**. 17ª ed. São Paulo/SP: Editora Papirus, 2012.

PETER, Priscilla Brandão; ISQUIERDO, Ana Maria Correa; PAZINATO, Liane Francisca Hüning. O imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (iptu) e suas progressividades: breve análise sobre a possibilidade de realização da justiça social. **JURIS - Revista da Faculdade de Direito**, Rio Grande/RS, v. 23, p. 183-209, 2015. Disponível em: <https://periodicos.furg.br/juris/article/view/6329>. Acesso em: 10/07/2020.

RAMOS, José Eduardo Silvério. **Tributação ambiental: o iptu e o meio ambiente urbano**. 1ª ed. Belo Horizonte/MG: Editora Fórum, 2011.

REBOUÇAS, Vinícius Eleutério. **A progressividade da alíquota do iptu à luz do princípio da capacidade contributiva e da função social da propriedade**: progressão fiscal da alíquota do iptu frente às normas constitucionais, que em meio a esta sociedade capitalista encontra dificuldades para pôr em prática o direito à igualdade. 2014, p. 41, Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito), Centro Universitário Farias Brito - FBUNI, Fortaleza/CE. Monografias Brasil Escola, Goiânia/GO. Disponível em: <https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/a-progressividade-aliquota-iptu-luz-principio-capacidade-contributiva-funcao-social-propriedade.htm>. Acesso em: 06/07/2020.

SABBAG, Eduardo. **Direito tributário essencial**. 6<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro/RJ: Editora Forense; São Paulo/SP: Editora Método, 2018.

STF, Portal do Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa de jurisprudência**. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 13/07/2020.

STJ, Portal do Superior Tribunal de Justiça. **Pesquisa de jurisprudência**. 2020. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 13/07/2020.

# A ÁGUA COMO BEM AMBIENTAL DE USO COMUM ANTE O NOVO MARCO LEGAL DO SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL: DESAFIOS E CONTROVÉRSIAS

## *WATER AS A COMMON USE ENVIRONMENTAL GOOD BEFORE THE NEW LEGAL FRAMEWORK FOR BASIC SANITATION IN BRAZIL: CHALLENGES AND CONTROVERSIES*

João Hélio Ferreira Pes\*

Patrícia Bortoluzzi Zago\*\*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Água como bem ambiental de uso comum. 3. Perspectiva histórico-normativa do saneamento básico no Brasil. 4. Água como bem ambiental de uso comum ante a Lei nº 14.026/2020: desafios e controvérsias. Conclusão. Referências.

**RESUMO:** A Lei 14.026/2020 atualizou o Marco Legal do Saneamento Básico no Brasil, inaugurando um cenário de significativas mudanças para a regulamentação, prestação e gestão de serviços. De forma singular, estabeleceu uma série de facilidades para viabilizar concessões à iniciativa privada, reduzindo o setor de saneamento básico a uma equação econômico-financeira. Nesse contexto, este artigo procurou, a partir de uma abordagem dedutiva e utilizando como procedimento o método monográfico, verificar os desafios e as controvérsias trazidas pela nova legislação, considerando a água como um bem ambiental de uso comum do povo. Para isso, identificou-se a água como um bem ambiental e de uso comum, investigou-se a perspectiva histórico-normativa do saneamento básico nacional e, por fim, analisou-se os desafios e as controvérsias apresentadas pelo Novo Marco Legal do Saneamento Básico, levando em consideração a água como um bem de uso comum do povo. Desse cenário, verificou-se que os dispositivos trazidos pela Lei nº 14.026/2020 tolhem a autonomia municipal quanto a prestação dos serviços de saneamento básico, bem como condicionam repasses federais a um modelo de prestação regionalizada que pouco dialoga com as realidades locais e impedem a implementação prática do instituto do subsídio cruzado, essencial para a equalização econômico-social do serviço, encobrendo um cenário de profundas instabilidades à consecução do direito de acesso ao saneamento básico e à água potável, em verdadeiro descompasso com a definição constitucional de bem ambiental de uso comum do povo.

\* Pós-doutorando pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL), Lisboa - Portugal. Mestre em Direito da Integração pelo Mestrado em Integração Latino-Americana da Universidade Federal de Santa Maria – RS (MILA/UFSM), Santa Maria – RS, Brasil. Professor do curso de Direito da Universidade Franciscana (UFN), Santa Maria - RS, Brasil. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0673678717176006>.

\*\* Bacharel em direito. Universidade Franciscana - UFN.

Artigo recebido em 05/07/2022 e aceito em 02/11/2022.

Como citar: PES, João Hélio Ferreira; ZAGO, Patrícia Bortoluzzi. A água como bem ambiental de uso comum ante o novo marco legal do saneamento básico no Brasil: desafios e controvérsias. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 25, n. 42, p. 107, jul./dez. 2021. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

**PALAVRAS-CHAVE:** Água. Bem Comum. Lei 14.026/2020. Novo Marco Legal do Saneamento Básico.

**ABSTRACT:** *The Law 14.026/2020 updated the Legal Framework for Basic Sanitation in Brazil, inaugurating a scenario of significant changes in the regulation, provision and management of services. In a unique way, it established a series of easiness to enable concessions to the private sector, reducing the basic sanitation sector to an economic-financial equation. In this context, this article sought, from a deductive approach and using the monographic method as a procedure, to verify the challenges and controversies brought by the new legislation, considering water as an environmental good for common use by the people. For this, at first, water was identified as an environmental good and of common use, the historical-normative perspective of national sanitation was investigated and, finally, the challenges and controversies presented by the New Legal Framework of Basic Sanitation analyzed. From this scenario, it was found that the new legislation not only finds deep unconstitutionality, but opens wide its privatist aspects, falling far short of what is recommended about access to water and sanitation as fundamental rights. Legal articles hamper municipal autonomy regarding the provision, as well as condition federal transfers to a regionalized provision model that has little dialogue with local realities, also suppressing the institute of cross-subsidy, essential for the economic-social equalization of the service, covering up a scenario of deep instabilities to the attainment of the right to access basic sanitation and drinking water, in a true mismatch with the constitutional definition of environmental asset for common use by the people.*

**KEYWORDS:** *Water. Common Good. Law 14.026/2020. New Legal Framework for Basic Sanitation.*

## INTRODUÇÃO

A água é um bem imprescindível para a humanidade e para a manutenção da vida no planeta, consistindo em um verdadeiro recurso multifuncional que impacta, direta ou indiretamente, o abastecimento humano, o transporte, a produção de alimentos, a geração de energia, as práticas culturais, bem como a higiene e o controle de doenças. Todavia, apesar do seu caráter imprescindível, dados da UNESCO demonstram que mais de 2 bilhões de pessoas – em todo o mundo – vivem em países em situação de estresse hídrico, e cerca de 1,6 bilhão de pessoas enfrentam escassez econômica de água, o que significa que, embora esse recurso possa estar disponível, não existe infraestrutura para que as pessoas tenham acesso a ele.

No Brasil, ainda que o país ocupe posição privilegiada em recursos hídricos continentais, superficiais e subterrâneos, com um percentual significativo da água doce do planeta sob seu território, estima-se que cerca de 35 milhões de pessoas permanecem sem acesso ao serviço básico de água tratada e aproximadamente 100 milhões continuam sem acesso ao serviço de coleta de esgoto.

Essa realidade é agravada pela distribuição desigual do recurso na extensão do território nacional, bem como pela insuficiência das políticas

públicas destinadas à regulamentação do seu acesso igualitário, embora o direito ao acesso à água potável possa ser reconhecido no ordenamento jurídico brasileiro como um direito passível de gerar o dever fundamental de fornecimento do recurso nos serviços públicos de abastecimento.

A universalização do saneamento básico, em seu sentido *lato sensu* compreendido como o abastecimento de água potável, coleta e tratamento de esgotamento sanitário, limpeza urbana e a coleta de resíduos sólidos e drenagem e manejo de águas pluviais urbanas, decorre do formato de Estado Democrático de Direito, previsto na Constituição Federal de 1988, como forma de promover e concretizar a dignidade da pessoa humana, bem como proteger o meio ambiente e salvaguardar as gerações vindouras.

Em 15 de julho de 2020, foi aprovada a Lei nº 14.026, que estabeleceu o Novo Marco Legal do Saneamento Básico no Brasil, atualizando as disposições da Lei nº 11.445/2007. Suas disposições inauguraram um cenário muito distinto do até então configurado, trazendo inovações que fomentam a abertura do setor de saneamento básico à iniciativa privada, especialmente sob o fundamento de sua maior eficiência em alocar recursos, maior capacidade de investimento e de endividamento, viabilizando a reprodução de política pública que considera a água como mercadoria. No entanto, levando-se em consideração a disposição do Artigo 225 da Constituição Federal de 1988, que aduz ser o meio ambiente ecologicamente equilibrado um bem comum de uso do povo, somada a concepção de ser a água essencialmente um direito fundamental apto a satisfazer as necessidades humanas, compreende-se que este recurso não deve servir para satisfazer à lógica privada, de mercado.

Nesse contexto, a presente pesquisa busca responder quais são os desafios e as controvérsias postas pelo Novo Marco Legal do Saneamento Básico no Brasil, levando em consideração a água como um bem ambiental de uso comum. Para tanto, em um primeiro momento, identificou-se a água como um bem ambiental e de uso comum do povo. Em segundo momento, investigou-se a perspectiva histórico-normativa do saneamento básico nacional e, por fim, analisou-se os desafios e as controvérsias apresentadas pelo Novo Marco Legal do Saneamento Básico.

O método de abordagem utilizado para a realização deste estudo foi o dedutivo. Em relação ao procedimento metodológico, adotou-se o método monográfico, aplicando a técnica de pesquisa bibliográfica e documental, visto que se analisou a regulamentação do saneamento básico no Brasil a partir de uma perspectiva histórica, o que demandou um estudo descritivo somado à consulta da legislação.

Os resultados obtidos a partir de uma visão crítica, amparada na complexidade da sociedade contemporânea e nos desafios impostos para a efetiva concretização dos direitos humanos e fundamentais, são de que as alterações no Marco Legal do Saneamento Básico não garantem a efetividade do direito de acesso ao saneamento básico e nem mesmo a universalização do acesso à água potável, em verdadeiro descompasso com a definição constitucional de bem ambiental de uso comum do povo.

## **1 ÁGUA COMO BEM AMBIENTAL DE USO COMUM DO POVO**

A Constituição da República Federativa do Brasil, no caput do artigo 225, define que “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” (BRASIL, 1988). Desse modo, ao qualificar o meio ambiente como um bem de uso comum do povo, a Magna Carta o atribuiu uma nova dimensão e, seguindo os passos da Constituição Portuguesa de 1976, reconheceu um novo direito fundamental: o direito ao meio ambiente.

Sobre isso, Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2012, p. 67) aponta que essa previsão constitucional estabelece quatro concepções fundamentais no âmbito do Direito Ambiental brasileiro, em síntese:

- a) de que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado;
- b) de que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado diz respeito à existência de um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, criando em nosso ordenamento o bem ambiental;
- c) de que a Carta Maior determina tanto ao Poder Público como à coletividade o dever de defender o bem ambiental, assim como o dever de preservá-lo;
- d) de que a defesa e a preservação do bem ambiental estão vinculadas não só às presentes como também às futuras gerações.

Além disso, a constitucionalização da proteção do meio ambiente colabora na consolidação do direito ao ambiente como um dos direitos fundamentais da pessoa humana, ainda que não esteja previsto no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos, incumbindo à coletividade e ao Estado o dever de defendê-lo e preservá-lo. No entanto, observa-se que o objeto do direito não é o meio ambiente em si, mas sim o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Desse modo, foi inaugurado o

“bem ambiental” (SILVA, 2003, p. 86). Esse, por sua vez, foi concebido como efeito da previsão constitucional que resguarda a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, particularizando-se dos demais bens jurídicos pelo fato de ser desfrutado de forma comunitária, contar com o interesse comum em sua preservação e ser essencial à vida e à dignidade humana.

O bem ambiental é estruturado, portanto, como um *bem de uso comum do povo*, podendo ser desfrutado por toda e qualquer pessoa, desde que respeitados os limites para preservação às presentes e futuras gerações. Ainda, estrutura-se como um *bem essencial à sadia qualidade de vida*, sendo fundamental à garantia de uma vida com dignidade (FIORILLO, 2012, p. 193).

Nesse viés, cabe evidenciar que a classificação quanto à titularidade sobre os bens ambientais não é um tema pacífico na doutrina pátria (FIORILLO, 2012). Tradicionalmente, os bens foram tutelados pelo regime de direito público, obedecendo ao modelo civilista dicotômico de classificação dos bens entre particulares (privados) e públicos (do Estado).

Ocorre que, a partir do enunciado constitucional e da elevação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado à categoria de direito fundamental, teorias foram formuladas para explicar a natureza do bem ambiental e, em síntese, estas apresentam-se em duas frentes: uma afirma ser o bem ambiental classificado em uma nova realidade jurídica, superando a dicotomia público-privado, tratando-se de um bem de titularidade transindividual; enquanto outra afirma ser o bem ambiental classificado como espécie do gênero bem público de uso geral do povo, na esteira do estabelecido pela Lei nº 10.406/2002, Código Civil brasileiro.

Nesse sentido, destaca-se que o artigo 98, do Código Civil (BRASIL, 2002), define que são bens públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno. Por sua vez, o artigo 99, do mesmo diploma legal, divide os bens públicos em três categorias:

I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças; II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias; e III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades (BRASIL, 2002).

Essa corrente da doutrina pátria considera que o bem ambiental é classificado, quanto à titularidade, como bem público de uso comum do povo, que se destina à utilização geral pelos indivíduos, prevalecendo a destinação pública no sentido de sua utilização efetiva pela coletividade (CARVALHO FILHO, 2012, p. 1129). No entanto, uma parcela predominante defende que o bem ambiental, ao lado dos bens públicos e dos privados, inaugura uma terceira categoria, designada bem difuso.

Nas acepções de Paulo Affonso Leme Machado (2011) e Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2012), o meio ambiente, enquanto bem de uso comum do povo, ultrapassa o conceito de propriedade privada e pública, sendo um bem difuso de titularidade indeterminada. Desse modo, o Poder Público atua como gestor, gerente ou simples administrador dos bens ambientais – águas, ar e solo, fauna e florestas, patrimônio histórico –, que não são de sua propriedade, mas pertencem à coletividade. Ademais,

A Constituição, em seu art. 225, deu uma nova dimensão ao conceito de “meio ambiente” como bem de uso comum do povo. Não elimina o conceito antigo, mas o amplia. Insere a função social e a função ambiental da propriedade (arts. 5º, XXIII, e 170, III e VI) como bases da gestão do meio ambiente, ultrapassando o conceito de propriedade privada e pública. O Poder Público passa a figurar não como proprietário de bens ambientais - das águas e da fauna -, mas como um gestor ou gerente, que administra bens que não são dele e, por isso, deve explicar convincentemente sua gestão. A aceitação dessa concepção jurídica vai conduzir o Poder Público a melhor informar, a alargar a participação da sociedade civil na gestão dos bens ambientais e a ter que prestar contas sobre a utilização dos bens “de uso comum do povo”, concretizando um “Estado Democrático e Ecológico de Direito” (MACHADO, 2011, p. 137).

Para esses doutrinadores, uma das características do bem ambiental, enquanto bem de uso comum do povo, é a salvaguarda de que todos podem dele fazer uso, nos limites fixados pela própria Constituição Federal. Veja-se que ao bem ambiental é atribuída apenas a faculdade de uso, de modo que não pode ser objeto de apropriação, especialmente porque não tem estrutura de propriedade e, por conseguinte, não contempla o exercício de prerrogativas individuais ou coletivas de gozar, dispor, fruir ou destruir. Isto é,

Como já afirmamos, o bem ambiental, segundo o art. 225 da Constituição, é “de uso comum do povo”, ou seja, ninguém,

no plano constitucional, pode estabelecer relação jurídica com o bem ambiental que venha implicar a possibilidade do exercício de outras prerrogativas individuais ou mesmo coletivas (como as de gozar, dispor, fruir, destruir, fazer com o bem ambiental, de forma absolutamente livre, tudo aquilo que for da vontade, do desejo da pessoa humana, no plano individual ou metaindividual), além do direito de usar o bem ambiental. Enfim, a Constituição da República não autoriza fazer com o bem ambiental, de forma ampla, geral e irrestrita, aquilo que permite fazer com outros bens em face do direito de propriedade (FIORILLO, 2012, p. 196).

Essa corrente doutrinária apresenta, desse modo, uma compreensão do bem ambiental estruturada de forma similar à doutrina do *Comum*, defendida por Pierre Dardot e Christian Laval (2017). Esses autores definem o *comum* como um princípio político pelo qual é possível apresentar uma resposta à expansão da lógica proprietária e mercantil de apropriação dos bens ambientais em que o neoliberalismo e a atual globalização capitalista são identificados, evitando privatizações, processos de mercantilização, pilhagens e destruição (DARDOT; LAVAL, 2017).

Assim sendo, enquanto princípio político, o *comum* não se traduz ou se limita à concepções técnicas e econômicas, tampouco se trata de uma coisa ou de um bem em específico – como era para os romanos com a *res communis*, restrita ao ar, água corrente, mar e litoral. Pelo contrário, o *comum* está vinculado a uma ideia de instituição, isto é, tudo o que uma coletividade, em um dado momento, decide, por um ato político e democrático, instituir para que seja comum, compartilhado. Em outras palavras, pode ser comum tudo aquilo o que a coletividade assim instituir, em uma verdadeira decisão conjunta, obrigando-se e comprometendo-se reciprocamente (DARDOT; LAVAL, 2017, p. 487-489).

Diante disso, o bem ambiental, compreendido não somente a partir do conceito de bens naturais – água, ar, solo –, mas também a partir de bens artificiais – patrimônio cultural e histórico –, é um microbem componente do macrobem ‘meio ambiente’, juridicamente protegido por um direito que busca garantir um interesse transindividual e intergeracional de que são titulares as presentes e futuras gerações (PES, 2019, p. 13). Nesse viés, a água potável apresenta-se como um bem ambiental por excelência, fundamental para a humanidade e para a manutenção da vida no planeta. Justamente por ocupar essa posição no eixo da vida, o bem ambiental água potável deve ser protegido, zelando ao que foi firmado na Constituição Federal de 1988.

As águas são bens de uso comum do povo, porquanto suas características compreendam, em síntese, a disponibilidade a todos ou a uma coletividade de pessoas, de forma proporcional e em igualdade de condições, sendo o ente estatal investido em um poder-dever de regulamentar e fiscalizar o uso, bem como aplicar medidas coercitivas, conservando e protegendo o interesse de todos (DI PIETRO, 2015). A partir disso, Paulo Affonso Leme Machado (2011, p. 500) aponta as consequências da conceituação da água como bem de uso comum do povo, esclarecendo que: (a) seu uso não pode ser objeto de apropriação por uma só pessoa natural ou jurídica, com exclusão absoluta dos demais usuários em potencial; (b) seu uso não pode significar poluição ou agressão a esse bem; (c) seu uso não pode esgotar o próprio bem utilizado; e (d) a concessão ou autorização (ou qualquer tipo de outorga) de sua utilização deve ser motivada e fundamentada pelo gestor público.

A água é também qualificada como bem ambiental de domínio público no ordenamento jurídico brasileiro, qualidade encontrada como fundamento da Política Nacional de Recursos Hídricos, no seu artigo 1º, inciso I, da Lei nº 9.433/1997. Esse dispositivo reafirma a dominialidade pública do bem ambiental água, previsto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 20, inciso III, que define ser de competência da União a instituição de sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e a estipulação de critérios de outorga de direitos de seu uso, bem como em seus artigos 21, inciso XIX e 26, inciso I, que distribui o domínio das águas entre a União e os entes federativos. No entanto, como já exposto, a dominialidade pública da água não transforma o Poder Público federal e estadual em proprietários, mas sim gestores e guardiões institucionais desse bem, no interesse da coletividade. Nesse mesmo sentido, a qualidade de gestores não lhes garante o direito à comercialização das águas, mas tão somente a cobrança pelo seu uso (MACHADO, 2002, p. 25).

Dessa maneira, o Poder Público deve garantir um resultado eficiente na política de conservação e recuperação das águas, não podendo “agir como um ‘testa de ferro’ de interesses de grupos para excluir a maioria dos usuários o acesso qualitativo e quantitativo às águas”, sendo verdadeira aberração à dominialidade pública das águas privatizá-las por concessões e autorizações injustificadas, como forma de servir ao lucro de minorias (MACHADO, 2011, p. 500). Portanto, a água potável, como bem comum e um direito humano intransponível, essencial à humanidade e uma necessidade vital, está no patamar dos recursos que constituem

propriedade de ninguém, sendo as comunidades suas usufrutuárias e o Estado seu guardião (BARLOW, 2015).

Por conseguinte, este recurso é classificado como um bem ou serviço ao qual todos devem ter acesso, tal como um direito humano, forte a interpretação constitucional material ou implícita do contido no art. 1º, inciso III e no art. 225, *caput*, da Constituição Federal de 1988, c/c o art. 3º, inciso V, da Lei nº 6.938/1981 e com o art. 1º, incisos I e III, da Lei nº 9.433/1997 (IRIGARAY; GORCZEVSKI, 2019, p. 3), tratando-se, pois, de verdadeiro direito difuso. Não obstante, a realidade fática hodierna caminha em sinuoso e obscuro caminho, fazendo deste microbem ambiental objeto de políticas públicas que o apresentam como uma mercadoria, e não um direito fundamental humano – como é o caso da Lei nº 14.026/2020. Logo, para que melhor se possa compreender os enlaces que envolvem a Lei nº 14.026/2020, que atualizou o Marco Legal do Saneamento Básico no Brasil, faz-se necessário perquirir aspectos gerais da sucessão histórico-normativa do saneamento básico no país.

## **2 PERSPECTIVA HISTÓRICO-NORMATIVA DO SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL**

Os povos indígenas, até a chegada dos colonizadores europeus, mantinham uma cultura sedimentada de respeito ao ambiente, marcada por práticas de higiene pessoal, banhos rotineiros e seletividade de áreas para operacionalizar o descarte dos resíduos produzidos. Com a chegada dos colonizadores, um novo estilo de vida foi ganhando espaço. Esse, por sua vez, era caracterizado por ambientes insalubres e pela dominante na Europa e nos Estados Unidos, cujo entendimento era de estabelecer sistemas centralizados para a distribuição de água às residências e para a coleta de esgoto sanitário por meio de redes de tubulações.

Como não havia, disseminação de doenças. Diante desse contexto, no século XVI, mais precisamente em 1561, no Rio de Janeiro, sob o comando do militar português Estácio de Sá, foi estruturada a primeira obra de saneamento básico, que tinha por finalidade viabilizar o abastecimento local de água potável através da perfuração de poços (ROCHA, 1997).

Além disso, ressalta-se que até a primeira metade do século XIX, as ações de saneamento básico, no Brasil, eram feitas de forma individual e reduziam-se a propiciar o abastecimento comunitário, livre e gratuito de água à população, por meio de linhas adutoras que transportavam o

recurso a chafarizes, bicas ou fontes públicas, e o transporte da água até as residências era realizado por escravos. As excretas, por sua vez, tinham o mar, os rios ou as valas como destino final, cujo transporte era realizado pelos mesmos trabalhadores, os quais carregavam os “tigres”, barris com dejetos das casas (MURTHA; CASTRO; HELLER, 2015, p. 196).

No entanto, a partir da segunda metade do século XIX, operou-se a transição do modo de distribuição comunitário – por meio de chafarizes, bicas e fontes – para o modo baseado em tubulações de distribuição de água e redes de coleta de esgoto para as residências. Essa transição foi inspirada na intervenção sanitária por parte do Estado brasileiro, uma estrutura organizada em relação à disponibilidade financeira e ao conhecimento técnico para a implementação desse modo de distribuição, ocorreu uma onda de concessões à companhias estrangeiras privadas, para ter-se, assim, a concretização da infraestrutura sanitária, destacando-se a *City of Santos Improvements Company Limited*, que atuou de 1870 a 1953, e a *City Improvements Company Limited Rio*, que atuou, por sua vez, de 1857 a 1947. Nesse cenário, como bem pontuam Ney Murtha, José Castro e Léo Heller (2015, p. 2015), a “estruturação dos serviços residenciais de suprimento de água e de esgotamento sanitário representou um passo na mercadorização de um bem fornecido de modo gratuito e irrestrito até então por meio de fontes e chafarizes públicos”.

Aos poucos, o Estado, “a partir da administração direta municipal, assumiu a gestão dos serviços, com criação de repartições, departamentos de água e esgoto” (SECRETARIA DO MEIO AMBIENTE E RECURSOS HÍDRICOS – ITU, s/p). Já no alvorecer do século XX, especificamente na década de 1930, entrou em vigência o Código das Águas, instituído pelo Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934, que trouxe uma visão utilitarista e econômica sobre a água, dispondo sobre o aproveitamento do seu potencial elétrico e sua utilização industrial. A partir de então, os recursos hídricos demandaram maior atenção pelo Estado, por intermédio da constituição de mecanismos que garantissem a sua utilização para o desenvolvimento econômico do país (PES, 2019, p. 35).

Por conseguinte, na década de 1950 já foram sentidos os reflexos da ineficiência dos modelos até então adotados. Com o crescimento demográfico e com o aumento da população vivendo na zona urbana, somados aos problemas em decorrência da degradação dos corpos hídricos e da exploração contínua dos recursos naturais, foram elaboradas as primeiras políticas públicas nacionais voltadas ao saneamento básico no

Brasil. Desse modo, foi superada a perspectiva individualista para então adotar um planejamento fundamentado e destinado à coletividade.

Posteriormente, em 1971, no período militar, com o contexto político centralizador, a União avocou as competências sobre saneamento básico, sendo constituído o Plano Nacional de Saneamento - PLANASA, financiado por recursos do Banco Nacional de Habitação - BNH, criado anteriormente, em 1964. Esse novo modelo tinha por objetivo atender 80% da população urbana com serviços de água e 50% com serviços de esgoto até 1980. Era caracterizado pela centralização da gestão de política de habitação e saneamento, sendo a União responsável pelo planejamento e controle da política nacional de saneamento básico, e os estados responsáveis pela execução dos serviços no âmbito das Companhias Estaduais de Saneamento Básico - CESBs, não excluindo a atuação dos municípios que possuíam infraestrutura pré-constituída e que não abriam mão da continuidade de sua gestão (SAKER, 2007, p. 25).

Assim, para alcançar os objetivos traçados, foram estabelecidos incentivos para a centralização da prestação dos serviços, em nível estadual, fomentando a transferência da prestação dos serviços dos municípios à respectiva companhia estadual de saneamento, para que somente assim os entes municipais pudessem obter acesso aos empréstimos fornecidos pelo BNH. A partir disso, os estados, por meio de sociedades de economia mista, “acabaram por comandar a estrutura de saneamento básico no Brasil”, dominando o serviço público de saneamento básico com concessões de serviços públicos elaborados pelos municípios (COSTA; PIEROBON; SOARES, 2018, p. 346).

A década de 1980, desse modo, evidenciou a eficácia da ampliação da cobertura dos serviços de saneamento básico e o cumprimento dos resultados concretos utilizados como base para a estruturação do PLANASA, atingindo-se a cobertura dos serviços de abastecimento de água de aproximadamente 80% da população urbana (TUROLLA, 2002, p. 13) e apresentando a cobertura dos serviços de coleta de esgoto de 32,4% da população urbana (JORGE, 1992, p. 30). No entanto, ao enfrentar problemas com o esgotamento das fontes de financiamento, elevado desequilíbrio financeiro proveniente da inadimplência das CESBs, escassez de recursos públicos para viabilizar investimentos e não-adesão por alguns municípios de porte médio das Regiões Sul e Sudeste, o PLANASA foi levado à extinção (FARIA; FARIA, 2004, p. 205).

Diante disso, fica evidente que, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, novas oportunidades foram traçadas para o saneamento básico no país, sendo demandadas importantes regulamentações no setor. Isto é, a Magna Carta previu o serviço de saneamento como de natureza de serviço público, em razão de sua complexidade, de seu caráter coletivo e de sua relevância à saúde pública. Além disso, previu a competência comum entre todos os entes da federação para a promoção de programas de melhoria das condições de saneamento básico (artigo 23, IX da CF/88), mediante responsabilidade de todos os entes federativos, bem como a competência da municipalidade para organizar e prestar os serviços públicos de interesse local, de modo a abranger os serviços de saneamento básico dentro dos limites municipais (artigo 30, V, da CF/88) (CRUZ, 2021, p. 15). Os municípios assumiram, então, a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico.

Da mesma forma, a Magna Carta previu a inicialização do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, elencando condicionantes quanto ao domínio e à exploração da água, bem como concessões e permissões de serviços públicos, entre outros. Ademais, em 08 de janeiro de 1997, foi sancionada a Lei nº 9.433, também conhecida como Lei das Águas, que disciplinou a Política Nacional de Recursos Hídricos - PNRH e instituiu o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamentando o disposto no artigo 21, inciso IXI, da Magna Carta, que atribui à União a criação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, bem como critérios de outorga de direitos de seu uso (PES, 2019, p. 36).

Finalmente, a Lei nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007, sancionada pelo presidente Luiz Inácio Lula da Silva, definiu a regulamentação do saneamento básico no país. Editada já sob a égide das previsões constitucionais que estabelecem o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental, compreendendo o direito de acesso ao saneamento básico e, mais precisamente, à água potável, bem como o dever fundamental de seu fornecimento, essa Lei foi fortemente influenciada pela natureza protetiva da Constituição de 1988. Por conseguinte, foi estabelecido um plano nacional de ações de efetivação do saneamento básico, permitindo a articulação dos entes federativos e sincronizando uma política de saúde pública e de proteção ao meio ambiente. Dessa maneira,

Após o vazio criado com o fim do Plano Nacional de Saneamento (Planasa) no fim dos anos 1980, que foi

responsável pela criação das companhias estaduais de saneamento básico (CESBs), e depois de quase duas décadas de discussão em torno de uma estrutura institucional para a regulação do setor de saneamento, foi aprovado o marco legal do setor. A Lei 11.445, de 5 de janeiro de 2007, também conhecida como Lei do Saneamento, permitiu o desenho de uma nova política setorial para os serviços de saneamento (MADEIRA, 2010, p. 144).

A Lei nº 11.445/2007 trouxe, portanto, diretrizes nacionais para o saneamento básico e para a política federal de saneamento básico, com a finalidade de ampliá-lo, renová-lo e gerar melhor qualidade de vida. Em seu artigo 2º, estabeleceu-se os princípios que direcionam a prestação do serviço público de saneamento básico, dentre eles a universalização do acesso, a adoção de métodos, técnicas e processos que considerem as peculiaridades locais e regionais, a eficiência e sustentabilidade econômica, a transparência das ações, o controle social, a segurança, a qualidade e a regularidade.

Ainda, no artigo 52 do diploma legal, foi estabelecido o Plano Nacional de Saneamento Básico - PLANSAB, que inicialmente foi financiado pelo Programa Saneamento Para Todos e, após, pelo Programa de Aceleração ao Crescimento - PAC, instituído em 2007. Esse Plano tinha “objetivos e metas nacionais e regionalizadas, de curto, médio e longo prazos, para a universalização dos serviços de saneamento básico e o alcance de níveis crescentes de saneamento básico no país”, levando em consideração diretrizes e orientações para o equacionamento dos condicionantes de natureza político-institucional, legal e jurídica, econômico-financeira, administrativa, cultural e tecnológica para a consecução dos objetivos estabelecidos.

Assim sendo, restou estabelecido que os planos que abrangiam o “abastecimento de água, o esgotamento sanitário, o manejo de resíduos sólidos e o manejo de águas pluviais e outras ações de saneamento básico de interesse para a melhoria da salubridade ambiental”, bem como o “saneamento básico nas áreas indígenas, nas reservas extrativistas da União e nas comunidades quilombolas” deveriam ser elaborados com horizonte de 20 (vinte) anos, avaliados anualmente e revisados a cada 4 (quatro) anos, preferencialmente em períodos coincidentes com os de vigência dos planos plurianuais. Tal disposição foi deveras assertiva, possibilitando estabelecer uma agenda adequada e concreta para ter-se a efetivação do saneamento básico, como ressaltam Costa, Pierobon e Soares (2018, p. 352):

[...] o PLANSAB acerta em estabelecer um plano de 20 anos para a sua efetivação visto que a vinculação, inclusive

orçamentária, ao referido plano está fora do tangenciamento de governantes de esquerda ou de direita. Assim, estabeleceu-se uma agenda concreta para a efetivação do saneamento básico no Brasil. Nesse ponto cabe uma observação visto que a possibilidade de readequação do PSNB, preferencialmente com os planos plurianuais, permite que as metas sejam revisadas sempre que necessário. Se essa possibilidade de revisão permite conceder maior adequação à realidade social do saneamento básico, evitando insinceridade normativa, por outro lado possibilita o tangenciamento do PSNB a circunstâncias políticas que colocam o saneamento básico em segundo plano nos planos de governo.

No entanto, após vários anos da sanção da Lei Nacional do Saneamento Básico, os índices de cobertura de saneamento básico, com esgotamento sanitário e abastecimento de água potável, apresentavam-se distantes de atingir o objetivo de universalização. Segundo dados do Sistema Nacional de Informações de Saneamento Básico de 2017 (BRASIL, 2017), apenas 52,5% dos brasileiros eram servidos por rede coletora ou fossa séptica, sendo que 40,8 milhões de brasileiros não contavam com acesso à infraestrutura de abastecimento de água e 103,2 milhões não contavam com acesso à infraestrutura de esgotamento sanitário. Utilizando esses dados como referência, com o suposto objetivo de transcender esse contexto deficitário e suprir necessidades de otimização do setor, foi promulgada a Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020, que atualizou o Marco Legal do Saneamento Básico no país.

A Lei nº 14.026/2020, fruto da aprovação do Projeto de Lei nº 4.162/2019, traduziu-se em um compilado de significativas alterações na Política Nacional de Saneamento e, a partir de suas inovações legislativas, inaugurou um cenário que fomenta a abertura do setor de saneamento básico à iniciativa privada. Inicia-se, portanto, um novo modelo de implementação do saneamento básico no país, que considera – pontualmente – o setor como uma equação econômico-financeira, de forma a viabilizar concessões à iniciativa privada. Convém, neste passo, investigar os desafios e as controvérsias postas pela atualização do novo marco do saneamento básico no país.

### **3 ÁGUA COMO BEM AMBIENTAL DE USO COMUM ANTE A LEI Nº 14.026/2020: DESAFIOS E CONTROVÉRSIAS**

A Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020, introduziu alterações substanciais na estruturação do saneamento básico no país e estabeleceu

novas metas ao setor, assumindo o contumaz compromisso de universalizar o acesso ao saneamento básico em todo o território nacional até 31 de dezembro de 2033, com o atendimento de 99% da população com água potável e 90% da população com coleta e tratamento de esgotos (CRUZ, 2021, p. 33).

No entanto, até o início de sua vigência, o cenário político brasileiro apresentava-se tumultuado. Ao menos desde 2018 já havia acalorada discussão acerca de insatisfações e necessárias reformas na regulamentação do setor do saneamento básico, especialmente em relação às reais incumbências da Agência Nacional de Águas, à condução do Plano Nacional de Saneamento Básico e à oferta e distribuição de serviços relacionados à integração entre esferas federativas. Somando-se a esse cenário, as metas de universalização – estabelecidas na Lei nº 11.445/2007 – para os contratos em vigor com as empresas de distribuição estavam próximas de expirar - final de março de 2022 -, com resultados considerados aquém do esperado.

É na esteira dessas ebulições que foram editadas as Medidas Provisórias - MPs 884/2018 e 868/2018, as quais previam dispositivos e ações que, posteriormente, foram abordados pela Lei nº 14.026/2020. As MPs estabeleciam, dentre outros aspectos: (i) novas diretrizes para o Plano Nacional de Saneamento Básico; (ii) ampliação das competências da Agência Nacional de Águas para emitir regras regulatórias nacionais sobre serviços de saneamento; (iii) melhoria das condições estruturais do saneamento básico no país; (iv) estabelecimento da privatização de empresas estatais de saneamento; (v) possibilidade de subdelegação de serviços através de contratos de programa; (vi) criação de um Comitê Interministerial de Saneamento Básico e (vii) atribuição legal de propriedade do serviço público de saneamento aos Municípios e ao Distrito Federal.

Entretanto, em razão da amplitude da matéria e da indisposição dos parlamentares em estabelecer discussões mais abrangentes e conectadas com o setor e com a sociedade, essas Medidas Provisórias tiveram sua eficácia exaurida, fator esse que impediu a conversão em Lei Ordinária. Mais uma vez, o marco regulatório do saneamento básico, ao qual se pretendia renovar, carecia de um Projeto de Lei.

Diante dessa situação, procedeu-se à propositura, por parte do senador Tasso Jereissati, do Projeto de Lei nº 3.261/2019, em moldes bastantes assemelhados à Medida Provisória 868/2018, em que o parlamentar havia sido relator. E, embora apresentada em junho de 2019, foi arquivada pela Câmara, que privilegiou o Projeto de Lei nº 4.162/2019, em caráter substitutivo. Em

dezembro do mesmo ano, próximo das últimas sessões legislativas, e sem remeter à Comissão Especial, a Câmara dos Deputados aprovou o Projeto de Lei nº 4.162/2019. O Senado Federal aquiesceu à proposta sem alterações em julho de 2020, mesmo mês da sanção presidencial.

Assim, a então promulgada Lei nº 14.026/2020 trouxe, entre outras alterações: (i) concussões na competência municipal sobre o serviço público de saneamento básico; (ii) modificação e majoração das atribuições da Agência Nacional de Águas – doravante denominada “Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico” – , prevendo sua competência para editar normas de referência sobre o serviço de saneamento; (iii) vedação à prestação por contratos de programa entre Municípios e entidades integrantes da Administração Indireta de outro ente federado para delegação do serviço de saneamento básico; e (vii) instigação maciça à adoção, pelos entes municipais e pelas Companhias estaduais dedicadas à prestação do serviço de saneamento básico, de mecanismos para privatização do setor, com a concessão do serviço à empresas privadas e desestatização das Companhias Estaduais de Saneamento Básico – CESB, cuja presença no setor predominava no modelo anterior (BRASIL, 2021, p. 169).

Com as mudanças substanciais apresentadas pelo Novo Marco Legal do Saneamento Básico, o Estado brasileiro procurou diminuir sua atuação como prestador de serviços, direcionando-a à iniciativa privada, para então focar a sua atuação no planejamento do setor, na regulação da atividade e na fiscalização das agências (CRUZ et al., 2020, p. 2).

Desse modo, as mais vultosas controvérsias e os mais expressivos desafios que estão presentes na implementação da Lei nº 14.026/2020 podem ser sintetizados em três aspectos que merecem atenção: a) a titularidade dos municípios frente à concentração de atividades e controle na Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico - ANA; b) a instigação à privatização dos serviços; e c) a inviabilidade prática do instituto do subsídio cruzado, bem como seus potenciais impactos sociais.

A Lei nº 14.026/2020, ao concentrar controle na ANA, abriu precedentes para tolher dos Municípios sua titularidade sobre o saneamento básico e, conseqüentemente, impactar sua autonomia federativa. A ANA foi criada por meio da Lei nº 9.984/2000 com a finalidade precípua de “gerenciar e implementar os recursos hídricos, bem como regulamentar o acesso à água, balanceando o uso sustentável da atualidade e das futuras gerações”, agregando as previsões da Lei nº 9.433/1997 que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos, com iniciativas que contemplam

questões de planejamento, regulamentação, sistema de informações e garantia de uso por todos. Com o novo modelo de regulação do saneamento básico, a Agência assumiu papel de protagonismo, uma vez que lhe foram atribuídas competências regulatórias direcionadas à edição de normas de referência para todas as demais entidades infranacionais do setor, com vistas a reduzir a fragmentação na regulação setorial (HAASE, 2022, p. 95).

Por mais que o legislador tenha apresentado a uniformização regulatória como objetivo, a modificação e majoração das atribuições da ANA representam, no mínimo, um grande desafio para serem implementadas. Afinal, como o Brasil conta com a atuação simultânea de 60 agências infranacionais, sendo 25 estaduais, 28 municipais, 6 intermunicipais e uma distrital (ANA, 2020), cada uma com modelos regulatórios próprios, adaptados às particularidades da realidade local, apresentar uma única regulação que se adeque a todo território nacional constitui um verdadeiro obstáculo (HAASE, 2022, p. 151).

Apresença de numerosas agências infranacionais é, principalmente, fruto da estruturação histórica do saneamento básico no país, especialmente em razão da implementação do PLANASA durante o período militar, momento em que surgiu a participação das CESBs e, conseqüentemente, a mais expressiva divisão entre o titular do serviço, o prestador e o regulador. Nesse cenário, o novo papel desempenhado pela ANA requer a superação das limitações orçamentárias, técnicas e de pessoal, com injeção de consideráveis investimentos para que assim consiga atuar efetivamente nos quatro componentes do saneamento básico junto aos 5.570 municípios, em 26 estados e no Distrito Federal, além dos órgãos reguladores e dos prestadores de serviços locais (OLIVEIRA, 2020, p. 65).

O que se observa, diante disso, é que as alterações legislativas que implicaram na transferência para a ANA de competências próprias dos municípios quanto à regulação e a fiscalização dos serviços públicos de saneamento básico, ainda que representem um desafio, são inconstitucionais por estarem em completo desacordo com o previsto na Constituição Federal – artigo 23, IX e artigo 30, V – e com a própria essência do Estado federativo brasileiro – artigo 60, §4º, I. E, sobre isso, João Hélio Pes, Micheli Irigaray e Jaci Garcia (2022) ressaltam que as alterações atinentes à regionalização efetuadas no Marco Legal do Saneamento e à transferência das competências próprias dos municípios quanto à regulação e a fiscalização para a ANA estão em flagrante desacordo com a Constituição Federal de 1988. Desde 1891 as constituições brasileiras instituem a

forma de Estado ‘federal’, tendo como parâmetro o modelo federativo dos Estados Unidos da América. Nesse modelo de federação as atribuições da União e as das unidades federadas são fixadas na própria Constituição, com a distribuição de competências instituída de forma discriminada entre os entes federados. Indubitavelmente, as alterações implementadas no Marco Legal do Saneamento ao desconsiderar a competência municipal desses serviços fixadas na Constituição Federal são inconstitucionais.

Dessa forma, como os Municípios são titulares dos serviços públicos de saneamento básico, estes não podem ter sua competência restringida em razão da observância às regulamentações da ANA. Nessa perspectiva, ao menos até a declaração da inconstitucionalidade desses dispositivos, um dos maiores obstáculos apresentados para a implementação do Novo Marco Legal é justamente encontrar o campo neutro e estável entre a uniformização da regulamentação do setor a ser promovida pela ANA e o não esvaziamento da competência regulatória dos entes municipais.

Diante disso, a fim de aliciar os municípios a observarem as normas de referência estabelecidas pela ANA e conferir ao Novo Marco Legal maior eficácia, promoveu-se iniciativa, semelhante à implementada durante o PLANASA - quando a municipalidade, para obter recursos e financiamentos do BNH deveria conceder a prestação de serviços de saneamento básico às CESBs -, para o acesso a recursos público federais. Em outras palavras, tal iniciativa consiste em condicionar o acesso dos municípios a recursos públicos federais ou à contratação de financiamento com recursos da União ou com recursos geridos ou operados por órgãos ou entidades da administração pública federal, à adoção e à observação das normas de referência estabelecidas pela ANA.

Portanto, as novas regulamentações mitigam a autonomia dos Municípios, uma vez que não tratam apenas de possibilidade de a ANA estabelecer normas de regulamentação, cuja aderência seja facultativa às agências infranacionais, mas de, na prática, reduzir, senão eliminar, a capacidade decisória do ente municipal sob a pena de não acesso a recursos financeiros federais para implementação dos serviços públicos de saneamento básico. Inegavelmente, esse cenário facilita incertezas e dificulta a concretização da universalização do saneamento básico no país.

Ademais, outro prisma impositivo e fonte de controvérsia a partir da redação do novo modelo de regulação do saneamento básico diz respeito à alteração da estrutura de prestação dos serviços setoriais no país, com manifesto direcionamento à privatização. Isso porque, até o advento da Lei nº

14.026/2020, adotava-se, majoritariamente, modelo em que empresas públicas estaduais prestavam serviços públicos de saneamento básico em variadas regiões dentro de um mesmo estado, para municípios com equivalentes ou distintos níveis econômicos, por meio dos contratos de programa. Tais contratos consistiam em uma modalidade de convênio, celebrados exclusivamente entre entes da Administração Pública direta, dispensando licitação.

Todavia, com a alteração promovida pela Lei nº 14.026/2020, no §3º do art. 10 da Lei nº 11.445/2007 e no art. 13, §8º da Lei nº 11.107/2005, foi eliminado o contrato de programa como alternativa de prestação do serviço de saneamento básico. Assim, parcerias há muito firmadas entre empresas públicas estaduais e municípios, dispensadas de licitação, passaram a não dispor mais de amparo legal:

Art. 10. A prestação dos serviços públicos de saneamento básico por entidade que não integre a administração do titular depende da celebração de contrato de concessão, mediante prévia licitação, nos termos do art. 175 da Constituição Federal, vedada a sua disciplina mediante contrato de programa, convênio, termo de parceria ou outros instrumentos de natureza precária (BRASIL, 2020, grifo nosso).

Observa-se que havia sido incluída na Lei nº 14.026/2020, aprovada pelo Congresso Nacional, modificação no texto do artigo 16 da Lei nº 11.445/2007, que permitia a renovação dos contratos de programa sem licitação recém-expirados ou em andamento até 31 de março de 2022, com prazo máximo de vigência de 30 anos. No entanto, o veto presidencial ao dispositivo “manteve como regra de transição para a proposta atual de licitação obrigatória apenas que os contratos já existentes permanecerão em vigor até o advento do seu termo, conforme art. 10, §3º, da Lei 14.026/2020”, desde que comprovada a capacidade econômico-financeira da contratada, por recursos próprios ou por contratação de dívida (CRUZ, 2021, p. 19). Desse modo, o veto do Presidente da República ao dispositivo escancarou o caráter privatista do Novo Marco, ficando os titulares obrigados a promover licitação e abrir a oferta do serviço à iniciativa privada o quanto antes, em lógica bastante avessa ao princípio social norteador das políticas anteriores de gestão da água.

Ora, em um país em que, segundo dados do Sistema Nacional de Informações do Saneamento, empresas públicas estaduais atendem cerca de 70% dos municípios (BRASIL, 2019), essas decisões se apresentam como mecanismos para recrudescer a desvalorização e o sucateamento,

privilegiando o processo licitatório, a celebração de contratos de concessão e a visão mercadológica em detrimento do saneamento como serviço público essencial. Pode-se esperar que, com o fim da possibilidade de celebração de contrato de programa e a obrigatoriedade de licitação, sejam as atuais CESBs enfraquecidas por não apresentarem meios de competir com as empresas privadas, inaugurando um período de regionalização com maior participação dos atores privados (CRUZ et al., 2020, p. 4).

E, embora argumente-se que uma das justificativas centrais para o massivo incentivo à abertura do setor às empresas privadas seja a necessidade de recursos financeiros para investimento, com objetivo de atingir os parâmetros de universalização dos serviços até 2033, a prática demonstra a possibilidade de não existir interesse das empresas em atuar nos municípios com piores índices sociais e maiores necessidades de investimento.

Nessa mesma esteira, é impossível olvidar do impacto que a entrada paulatina da iniciativa privada na gestão dos recursos hídricos pode trazer no mecanismo tarifário do subsídio cruzado, que busca equilibrar o alcance e tutelar o acesso à água, honrando-a como bem ambiental de uso comum do povo.

O subsídio cruzado, que segundo Cruz (2021, p. 12), “possibilita a construção e operação de redes de abastecimento de água e coleta de esgoto a preços mais acessíveis em municípios mais pobres onde o custo de implementação e manutenção dos sistemas é mais alto”, é política pública residual do PLANASA, que buscava harmonizar a universalização com a viabilidade econômica. Logo, o mecanismo do subsídio cruzado no saneamento bem representa a extrapolação da lógica custo-benefício-lucro, promovendo redistribuição de renda de forma indireta e servindo, sobretudo, como meio de assegurar a disponibilidade de uma necessidade básica a todos os cidadãos, conforme bem apontam Branco e Cruz (2021, p. 74).

De acordo com o artigo 31 da Lei nº 11.445/2007, alterado pela Lei nº 14.026/2020, os subsídios podem ser (i) tarifários, caracterizados por integrarem a estrutura tarifária, ou fiscais, quando decorrerem da alocação de recursos orçamentários, inclusive por meio de subvenções; ou (ii) internos a cada titular ou entre titulares, nas hipóteses de prestação regionalizada. Assim, o Novo Marco Legal determina, para viabilizar a prestação dos serviços em municípios deficitários, que os entes estaduais componham grupos de municípios – blocos regionais –, instituídos por lei complementar estadual, para que neles sejam prestados serviços de forma coletiva; subsidiariamente, em caso de omissão estadual, compete à União

estabelecer tais blocos, cujo objetivo consiste em viabilizar a prestação dos serviços em municípios deficitários.

Veja-se, neste ponto, que a Lei nº 14.026/2020, preconiza a viabilidade do mecanismo de subsídio cruzado quando constituído os blocos de municípios para a implementação regionalizada dos serviços de saneamento básico. Por conseguinte, o subsídio cruzado seria operado dentro de cada bloco regional, composto por municípios superavitários e deficitários, o que fomentaria a expansão dos serviços em municípios mais pobres. No entanto, a regionalização pode não ser suficiente para alavancar os recursos necessários à universalização do saneamento básico, em especial nas regiões mais pobres, em que há a chamada dependência espacial – que consiste no cenário em que vários municípios próximos apresentam baixa capacidade financeira e demandam altos recursos para o aumento da cobertura dos serviços de saneamento.

Desse modo, a regionalização traz um verdadeiro impasse, posto que estes municípios deficitários, em que o saneamento básico representa uma situação que demanda urgência e o dispêndio de maiores investimentos, não são atrativos à iniciativa privada. É exatamente nesse sentido que Felipe Ponciano da Cruz et al. (2020, p. 7) sustentam:

[...] se for encontrada dependência espacial nos serviços de saneamento, ou seja, se os municípios próximos apresentarem baixa capacidade financeira e demandarem elevados recursos para aumentar a cobertura dos serviços de saneamento, a regionalização pode não ser suficiente para alavancar os recursos necessários para a almejada universalização, sobretudo nas regiões mais pobres. Dessa maneira, nos locais em que a situação é mais urgente, mesmo o agrupamento de municípios não deve atrair a iniciativa privada. [...] Enfim, se por um lado a regionalização tende a aumentar a eficiência econômica, o que colabora com a viabilidade econômico-financeira, ela pode não ser suficiente quando os municípios próximos são parecidos. Espera-se que um bloco formado apenas por municípios pobres e que necessitam de amplos investimentos rumo à universalização não atraia a iniciativa privada em uma conjuntura de baixa capacidade de investimento governamental.

Ainda que se aduza a possibilidade de municípios não limítrofes integrarem um mesmo bloco regional e, por conseguinte, amenizarem a presença de municípios deficitários, é possível que, em regiões com muitos municípios pobres e com maior necessidade de investimentos,

o equilíbrio econômico-financeiro contratual beire à inviabilidade e à insustentabilidade. Nesse sentido, Laiana Ferreira (2021, p. 4) expõe que:

Destarte, apesar da autorização legislativa para municípios não limítrofes integrarem o mesmo bloco regional, é possível que o agrupamento de municípios deficitários, que demande maior investimento, não viabilize um equilíbrio econômico financeiro contratual. Em um estado brasileiro onde predominam muitos municípios com população pobre e com alto déficit em saneamento, demandando um volume importante de investimentos, o equilíbrio financeiro no âmbito de um bloco pode se tornar inviável. Pode não haver um ou mais municípios com capacidade de gerar recursos suficientes através das tarifas para garantir o equilíbrio financeiro.

Com efeito, essas discrepâncias já podem ser observadas nas experiências dos municípios de Manaus/AM e Rio de Janeiro/RJ, verdadeiros exemplos de como a atuação da iniciativa privada é insuficiente e atraída estritamente pelos municípios que apresentam melhores oportunidades de obter lucro. Em Manaus/AM, cuja privatização da prestação de serviço de saneamento básico ocorreu em 2000, o retorno do setor à população ficou muito aquém do esperado e, no ranking do saneamento de 2020, elaborado pelo Instituto Trata Brasil, a capital do Estado do Amazonas ocupou a 96ª posição entre as 100 maiores cidades brasileiras, com atendimento, em 2020, de apenas 12,43% da população com os serviços de esgotamento sanitário (TRATA BRASIL, 2020).

Já no Rio de Janeiro/RJ, no final de abril de 2021, ocorreu o leilão dos blocos da Companhia Estadual de Águas e Esgotos do Rio de Janeiro -CEDAE, o primeiro após a aprovação do Novo Marco Legal do Saneamento Básico. Dos quatro blocos que estavam à venda, o bloco 3 – que correspondia à região de formada pelos bairros de Bangu, Campo Grande e Santa Cruz e os municípios vizinhos de Itaguaí e Seropédica – demandava maiores investimentos e menor retorno, e obteve apenas uma proposta que, posteriormente, foi retirada, não havendo interessados. Somente após a diminuição do valor da outorga, foi que o bloco 3 foi adjudicado pelo Grupo Águas do Brasil (GONZAGA, 2021).

Assim, essas experiências demonstram o desafio imposto à regionalização para viabilizar a sustentabilidade econômico-financeira dos blocos de municípios, unindo os menos rentáveis aos mais rentáveis, para que seja mitigado qualquer risco de as operadoras privadas ficarem com o “filé” – blocos compostos por municípios superavitários – e deixarem o

“osso” sob a responsabilidade do poder público. Nesse sentido, Brumati (2020, p. 24) corrobora indicando a possibilidade de o Novo Marco formar uma privatização seletiva em relação aos municípios mais e menos rentáveis, com empresas deixando ao encargo das companhias estaduais com contratos vigentes a administração da infraestrutura das localidades menos lucrativas, como cidades pequenas, regiões periféricas e rurais.

Diante desse panorama, é possível observar que as medidas adotadas pelo Novo Marco do Saneamento representam uma significativa mudança de atuação do Poder Público no setor, viabilizando, fomentando e criando facilidades para a delegação da prestação dos serviços pelos entes municipais, por meio de concessões individuais, à iniciativa privada. Utilizando, ainda, como justificativa a suposta eficiência das empresas em alocar recursos, a maior capacidade de investimento e de endividamento, a nova regulamentação do setor reproduz uma política pública que reduz o setor de saneamento básico a uma verdadeira equação econômico-financeira, considerando a água como produto a servir ao lucro de minorias.

Fica evidente, desse modo, que o que deveria ser entendido como um acesso ao direito humano à água potável e ao saneamento básico, em um contexto de privatizações, acabou por se tornar conveniência mercadológica, aquém do reconhecimento dos recursos hídricos não apenas como finitos, mas essenciais à vida humana.

## CONCLUSÃO

O tema desta pesquisa, “o Novo Marco Legal do Saneamento Básico frente a concepção constitucional da água como bem ambiental de uso comum do povo” foi abordado objetivando responder a seguinte questão: quais são os desafios e as controvérsias postas pelo Novo Marco Legal do Saneamento Básico no Brasil, levando em consideração a água como um bem ambiental de uso comum?

A resposta foi lapidada a partir da construção do conceito de bem ambiental de uso comum do povo e suas especificidades, perquirindo-se a perspectiva histórico-normativa do saneamento básico no Brasil e três aspectos das novas disposições trazidas pela Lei nº 14.026/2020.

Como constatado, a água, enquanto verdadeiro recurso multifuncional, de valor inestimável à sobrevivência e à qualidade de vida da população, fundamental à garantia de uma vida com dignidade, assume papel singular no ordenamento jurídico brasileiro, constituindo-se um

bem ambiental de uso comum do povo – por expressão do artigo 225, da Constituição Federal de 1988 –, o qual deve estar disponível ao acesso de toda e qualquer pessoa, de forma proporcional e em igualdade de condições.

Diante disso, justamente por se tratar de um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, ao qual 35 milhões de pessoas ainda não têm acesso no país, não deve pairar nenhuma dúvida quanto ao dever do Estado em atuar efetivamente como gestor, administrador e guardião institucional desse bem, promovendo a universalização dos serviços de saneamento básico. Consequentemente, por este ser um setor tão sensível, não pode ser usado como mecanismo para satisfazer à lógica privada capitalista de mercantilização, servindo ao lucro de minorias em detrimento da garantia do direito humano e fundamental de acesso à água potável.

Na perspectiva histórico-normativa do saneamento básico, o que se pode averiguar é a prejudicial instabilidade das regulamentações do saneamento básico que, por vezes, são fundadas em resposta à crise liberal, com acertado fortalecimento da atuação estatal e manifestação do acesso à água potável como direito social (tal como ocorreu de 1960 até o fim do PLANASA) e, ainda, por vezes fundadas em pura expressão do neoliberalismo, recebendo tratamento como produto comercial (tal como ocorre com a Lei nº 14.026/2020).

Com efeito, a promulgação da Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020, trouxe consigo a discussão a respeito da privatização de um serviço público essencial e os consequentes prejuízos ao fornecimento de água potável à população. Inegavelmente, as atualizações trazidas à Lei nº 11.445/2007 foram adotadas para atender interesses das corporações privadas, buscando viabilizar privatizações no setor de saneamento básico.

Compreende-se, desse modo, que a nova regulamentação do saneamento básico no país mais tende a propiciar o agravamento dos problemas já existentes do que superá-los. Com sua aprovação em contexto pandêmico, com tamanha brevidade na tramitação e com carência de debates aprofundados do tema, resta patente que o objetivo da atualização do Marco Legal foi buscar beneficiar um mercado restrito com lucro rápido e gestores municipais com proventos aparentemente significativos em razão das privatizações.

Ainda que sob a bem-intencionada égide de ampliar a cobertura do saneamento e fazer cumprir ousadas metas de universalização daqui a onze anos, a abertura à iniciativa privada foi engendrada por mecanismos que se traduzem desafiadores e controversos frente à concepção da água como um

bem de uso comum: isto é, engessam a atuação municipal sensivelmente, ferem o Pacto Federativo ao centralizar atribuições na ANA, promovem verdadeiro sequestro da capacidade de gestão compartilhada entre estados e municípios e representam uma ingerência que mais é pautada por um desmonte do que por melhorias das condições de esgotamento sanitário e tratamento de água.

Ademais, a regionalização, que poderia muito bem representar um avanço na política pública de saneamento, viabilizando um grau além de integração e participação popular, acaba por se tornar deliberação arbitrária, alienada da realidade da maioria dos municípios brasileiros e pretexto para persuadir gestores a adotarem regulamentações federais sob pena de se verem sem recursos para custear uma de suas atividades basilares.

Concomitantemente, o acesso à água enquanto direito fundamental e social fica sensivelmente comprometido em um contexto de licitações forçadas e de inviabilidade prática do mecanismo de subsídio cruzado, quando seu caráter enquanto redutor de falhas de mercado possui o condão de proporcionar saúde, bem-estar e desenvolvimento em lugares que não são convenientes à *práxis* mercantilista.

Permite-se concluir que, na prática, as alterações promovidas pela Lei nº 14.026/2020 tendem a desencadear severos prejuízos à população, em especial à comunidades mais vulneráveis, afastadas dos centros urbanos e deficitárias, com o inevitável aumento do preço das tarifas praticadas pelas prestadoras de serviços, ditadas pela lógica da acumulação privada de capital. Essa realidade já pôde, inclusive, ser observada através da realização do leilão dos blocos da Companhia Estadual de Águas e Esgotos do Rio de Janeiro (CEDAE), oportunidade em que o bloco deficitário – e que demandava maiores investimentos – não obteve interessados antes de reduzir substancialmente o valor da outorga.

Enfrenta-se, portanto, um grave problema quando o Novo Marco Legal do Saneamento Básico traz a gestão de serviços essenciais obedecendo uma visão excessivamente plutocrata, removendo do seu caráter prestacional as demandas de grande parte dos usuários e subvertendo a concepção da água enquanto bem de uso comum do povo. Dessa forma, a legislação pátria aparenta preferir conceder à iniciativa privada o ônus da prestação do serviço de saneamento básico, maculando o dever de guarda institucional do bem ambiental água potável, em completo prejuízo à coletividade.

Na contramão de documentos com caráter não vinculante, referendados por entidades internacionais, que reforçam a importância

do reconhecimento do acesso à água e ao saneamento como direito humano, o Estado Brasileiro apresenta medidas que vão no caminho de potencialmente separar quem pode pagar por um serviço básico eficiente e quem será alijado desse direito. Portanto, impera pensar o acesso à água, como bem de uso comum do povo que é, sob a perspectiva de políticas públicas fundamentadas e destinadas à coletividade, com vistas a viabilizar a expansão do acesso ao recurso e ao esgotamento sanitário, especialmente através de medidas que não obstem a atuação local.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS E SANEAMENTO BÁSICO - ANA. **Panorama do Saneamento Básico no Brasil**. 2020. Disponível em: <https://www.ana.gov.br/saneamento/panorama-do-saneamento/panorama>. Acesso em: 05 abr. 2022.

BARLOW, M. **Água, futuro azul: Como proteger a água potável para o futuro das pessoas e do planeta para sempre**. São Paulo: M. Books, 2015.

BRANCO, Rodrigo dos Santos; CRUZ, Felipe Ponciano. Subsídios Cruzados e o Desequilíbrio do Setor de Saneamento no Estado do Rio de Janeiro. *Revista DAE*, São Paulo, v. 69, n. 231, p. 68-84, jul./set, 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União, Poder Legislativo*, Brasília, DF, 5 out. 1988, p. 1, anexo. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 04 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 6.938/1981, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 02 set. 1981. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/16938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16938.htm). Acesso em: 06 abr. 2022.

BRASIL. Lei nº 9.433/1997, de 8 de janeiro de 1997. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1º da Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 08 jan. 1997. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19433.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19433.htm). Acesso em: 04 abr. 2022.

BRASIL. Lei nº 9.984/2000, 17 de julho de 2000. Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA). **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 18 jul. 2000. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19984.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19984.htm). Acesso em: 04 abr. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 10 abr. 2022.

BRASIL. Lei nº 11.107/2005, de 6 de abril de 2005. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 07 abr. 2005. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111107.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111107.htm). Acesso em: 04 abr. 2022.

BRASIL. Lei nº 11.445/2007, de 5 de janeiro de 2007. Estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico; cria o Comitê Interministerial de Saneamento Básico; altera as Leis nos 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.666, de 21 de junho de 1993, e 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; e revoga a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 08 jan. 2007. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/lei/111445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111445.htm). Acesso em: 04 abr. 2022.

BRASIL. Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020. Atualiza o marco legal do saneamento básico e altera a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) competência para editar normas de referência sobre o serviço de saneamento, a Lei nº 10.768, de 19 de novembro de 2003, para alterar o nome e as atribuições do cargo de Especialista em Recursos Hídricos, a Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, para vedar a prestação por contrato de programa dos serviços públicos de que trata o art. 175 da Constituição Federal, a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, para aprimorar as condições estruturais do saneamento básico no País, a Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, para tratar dos prazos para a disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos, a Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015 (Estatuto da Metrópole), para estender seu âmbito de aplicação às microrregiões, e a Lei nº 13.529, de 4 de dezembro de 2017, para autorizar a União a participar de fundo com a finalidade exclusiva de financiar serviços técnicos especializados. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 jul. 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/lei-n-14.026-de-15-de-julho-de-2020-267035421>. Acesso em: 03 mar. 2022.

BRASIL. Medida Provisória nº 844, 6 de julho de 2018. Atualiza o marco legal do saneamento básico. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 09 jul. 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/Mpv/mpv844.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Mpv/mpv844.htm). Acesso em: 04 abr. 2022.

BRASIL. Medida Provisória nº 868, de 27 de dezembro de 2018. Atualiza o marco legal do saneamento básico. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 28 dez. 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/Mpv/mpv868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Mpv/mpv868.htm). Acesso em: 04 abr. 2022.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional (MDR). **Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento**. Diagnóstico SNIS 2019. Disponível em: <http://www.snis.gov.br/diagnostico-anual-agua-e-esgotos/diagnostico-dos-servicos-de-agua-e-esgotos-2019>. Acesso em: 15 abr. 2022.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional (MDR). **Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento**. Diagnóstico SNIS. 2017. Disponível em: <http://www.snis.gov.br/diagnostico-anual-agua-e-esgotos/diagnostico-ae-2017>. Acesso em: 16 abr. 2022.

BRASIL. **PL 3.261/2019**, de 12 de julho de 2019. Atualiza o marco legal do saneamento básico. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2207613>. Acesso em: 04 abr. 2022.

BRASIL. **PL 4.162/2019**, 15 de julho de 2020. Atualiza o marco legal do saneamento básico. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/140534>. Acesso em: 04 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **ADI 6.583/2020**. ADI Inicial, Lei nº 14.026 – novo marco legal do saneamento (íntegra). Disponível em: <https://cdnstatic8.com/fnucut.org.br/.../2020/08/>. Acesso em: 08 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **ADI 6.882/2020**. rel. min. Luiz Fux, j. 2-12-2021. ADI Inicial, Lei nº 14.026 – novo marco legal do saneamento (íntegra). Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15351385559&ext=.pdf>. Acesso em: 08 maio 2022

BRUMATI, Luiza. **Saneamento básico e participação da iniciativa privada: mão ou contramão? Uma análise do Novo Marco do Saneamento Básico no Brasil à luz de casos internacionais em que houve desestatização e, posterior reestatização do serviço público.** 2020. Monografia (Trabalho de Conclusão) - Curso de Direito, Fundação Getúlio Vargas - FGV, Rio de Janeiro: 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 25. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012.

COSTA, Ilton Garcia da; PIEROBON, Flávio; SOARES, Eliane Cristina. A Efetivação do direito ao saneamento básico no Brasil: do PLANASA ao PLANASB. **Meritum**, Belo Horizonte, v. 13, n. 2, p. 335-358, jul./dez. 2018.

CRUZ, Felipe Ponciano da. et al. A Regionalização dos Serviços de Saneamento Básico e os Desafios da Universalização no Brasil: Uma Análise Exploratória de Dados Espaciais para os anos de 2010 e 2018. *In: 9º Simpósio de Gestão Ambiental e Biodiversidade, 2020, Rio de Janeiro. Anais [...].* Rio de Janeiro: UFRJ, 2020. Disponível em: <https://shre.ink/UWO>. Acesso em: 05 jun. 2022.

CRUZ, Raphaella Miranda. **A prestação regionalizada e a gestão associada dos serviços públicos de saneamento e a Lei nº 14.026/2020: novo marco legal do saneamento básico.** 2021. Monografia (Especialização em Direito Administrativo) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2021.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Cristian. **Comum: ensaio sobre a revolução no século XXI.** Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Editora Boitempo, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** - 28. ed. - São Paulo: Atlas, 2015.

FARIA, Simone Alves de; FARIA, Ricardo Coelho de. Cenários e perspectivas para o setor de saneamento e sua interface com os recursos hídricos. **Engenharia Sanitária e Ambiental.** Rio de Janeiro, vol. 9, n.3, p. 202-210, jul/set. 2004.

FERREIRA, Laiana Carla. O acesso ao direito humano à água no novo cenário da prestação regionalizada. *In*: Encontro Nacional pelos Direitos Humanos à Água e ao Saneamento: troca de saberes entre pesquisa, extensão e lutas sociais, 2021, Belo Horizonte. **Anais** [...]. Belo Horizonte, sisgeenco, 2021. Disponível em: [https://web.archive.org/web/20220115065617id\\_/https://www.sisgeenco.com.br/anais/endhas/2021/arquivos/PA10032870779-01.pdf](https://web.archive.org/web/20220115065617id_/https://www.sisgeenco.com.br/anais/endhas/2021/arquivos/PA10032870779-01.pdf). Acesso em: 05 abr. 2022.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro** - 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONZAGA, Bernardo. **Águas do Brasil leva bloco 3 da Cedae por R\$ 2,2 bilhões: Bloco foi levado a leilão em abril deste ano, mas não teve interessados**. Poder 360, 29 dez. 2021. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/brasil>. Acesso em: 5 jun. 2022.

HAASE, Jacqueline Lobão. O novo modelo brasileiro de regulação do saneamento básico: **Lei Federal no 14.026/2020**. São Paulo: Editora Dialética, 2022.

IRIGARAY, Micheli Capuano; GORCZEVSKI, Clovis. A água como bem comum: o reconhecimento de um direito humano. *In*: Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, ed. 16, 2019, Santa Cruz do Sul. **Anais** [...]. Santa Cruz do Sul, UNISC, 2019.

JORGE, Wilson Edison. A Avaliação da Política Nacional de Saneamento Pós-64. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Arquitetura e Urbanismo da PosFAU/USP**. São Paulo, v.1, n. 2, p. 21-34, dez. 1992.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Recursos hídricos: Direito Brasileiro e Internacional**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MADEIRA, Rodrigo Ferreira. O setor de saneamento básico no Brasil e as implicações do marco regulatório para a universalização do acesso. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, n. 33, n. 33, p. 123-154, jun. 2010.

MURTHA, Ney Albert; CASTRO, José Esteban; HELLER, Léo. Uma perspectiva histórica das primeiras políticas públicas de saneamento e de recursos hídricos no Brasil. **Ambiente & Sociedade**, São Paulo, v. XVIII, n. 3, p. 193-210, jul./set 2015.

OLIVEIRA, Leandro Moreira de. **O novo marco legal do saneamento: avanços, retrocessos e limitações**. Monografia de conclusão de Curso (Especialização em Administração Pública Planejamento e Gestão Governamental) - Fundação João Pinheiro, Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho, Belo Horizonte, 2020.

PES, João Hélio Ferreira. **Água potável: direito fundamental de acesso, dever fundamental de fornecimento**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

PES, João Hélio Ferreira; GARCIA, Jaci Renê; IRIGARAY, Micheli Capuano. Novo Marco Legal e velhos interesses: um olhar constitucional sobre a regionalização do saneamento básico. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, vol. 15, n. 03, p. 951-981, jul./set. 2022.

ROCHA, Aristides Almeida. **Fatos Históricos do Saneamento Básico**. São Paulo: João Scortecci. 1997.

SAKER, João Paulo Pellegrini. **Saneamento Básico e Desenvolvimento**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2007. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp061777.pdf>. Acesso em: 08 abr. 2022.

SECRETARIA DO MEIO AMBIENTE E RECURSOS HÍDRICOS – ITU. **Recursos hídricos e o sistema de água do município de ITU: um ensaio em preto e branco**. Prefeitura da Estância Turística de ITU. Disponível em: <https://itu.sp.gov.br/meio-ambiente/>. Acesso em: 05 abr. 2022.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

TRATA BRASIL. **Ranking do saneamento 2020**. Disponível em: <http://www.tratabrasil.org.br/estudos/estudos-itb/itb/>. Acesso em: 05 jun. 2022.

TUROLLA, Frederico. **A Política de saneamento básico: avanços recentes e opções futuras de políticas públicas**. Brasília: IPEA, 2002. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/2818>. Acesso em: 22 mar. 2022.

UNESCO. Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. **Relatório mundial das nações unidas sobre desenvolvimento dos recursos hídricos**. WWRD. 2021. Disponível em: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000375751\\_por](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000375751_por). Acesso em: 20 mar. 2022.



# A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E AS NOVAS FRONTEIRAS DA ADEQUADA TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA PERSONALIDADE

## *THE PROTECTION OF PERSONAL DATA AND THE NEW FRONTIERS TOWARDS A PROPER PROTECTION OF FUNDAMENTAL PERSONALITY RIGHTS*

Luciana Lopes Canavez\*

Victor Luiz Pereira de Andrade\*\*

Lucas Laprano\*\*\*

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Aspectos objetivos e subjetivos relacionados à proteção de dados na Lei nº 13.709/2018. 2.1 A pessoa natural como destinatária da proteção de dados. 2.2 Os objetos imediatos e mediatos da proteção de dados. 3 A autodeterminação informacional enquanto conceito jurídico fundamentais para a proteção de dados. 3.1 A adoção do critério de consentimento qualificado pela LGPD. 3.2 Diálogos entre a autodeterminação informacional e os direitos da personalidade. 4 Proteção de dados em uma perspectiva de eficácia dos direitos fundamentais. 5 Considerações finais.

**RESUMO:** Considerando o contexto de constante mudanças tecnológicas e o desenvolvimento constante no fluxo infinito da chamada “sociedade da informação”, o Direito passa a tratar de uma nova fronteira: a necessidade de proteção específica para dados pessoais, a fim de se garantir direitos fundamentais já consagrados como a liberdade, privacidade e outros desenvolvidos em um plano recente, como a autodeterminação informacional e o livre desenvolvimento da personalidade.

\* Docente assistente doutora vinculada ao Departamento de Direito Privado, Processo Civil e do Trabalho, da Universidade Estadual Paulista (Unesp), Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca. É docente nos cursos de graduação e pós-graduação stricto sensu em Direito, supervisora titular do Centro Jurídico Social (CJS) e líder do Grupo de Estudos e Pesquisa em Propriedade Intelectual e Desenvolvimento Econômico-Social (GEPPIDES), todos na mesma instituição. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2799438446436625>.

\*\* Doutorando pelo programa de pós-graduação stricto sensu em Direito e membro do Grupo de Estudos e Pesquisa em Propriedade Intelectual e Desenvolvimento Econômico-Social (GEPPIDES) pela Universidade Estadual Paulista (Unesp), Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3172009565979544>.

\*\*\* Mestre pelo programa de pós-graduação stricto sensu em Direito e membro do Grupo de Estudos e Pesquisa em Propriedade Intelectual e Desenvolvimento Econômico-Social (GEPPIDES) pela Universidade Estadual Paulista (Unesp), Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca. Advogado. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7675684699020692>.

Artigo recebido em 04/04/2023 e aceito em 04/04/2023.

Como citar: CANAVEZ, Luciana Lopes; ANDRADE, Victor Luiz Pereira de; LAPRANO, Lucas. A proteção de dados pessoais e as novas fronteiras da adequada tutela dos direitos fundamentais e da personalidade. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 25, n. 42, p. 139, jul./dez. 2021. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

Este trabalho possui caráter exploratório e busca apresentar, através de uma discussão envolvendo a norma constitucional brasileira, a Lei Geral de Proteção de Dados de 2018 e demais fontes relevantes à temática, as possíveis interações da temática para com a proteção de direitos fundamentais, com destaque para hipóteses de aplicação da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Serão apontados fundamentos legislativos trazidos pela LGPD, bem como o papel que a norma infraconstitucional assume em nosso sistema jurídico nacional. No desenvolvimento deste trabalho, foram empregados os métodos dedutivo e bibliográfico, em busca de uma explanação atinente à técnica-dogmática do direito. Foram utilizadas enquanto bases teóricas fundamentais as fontes jurídico-formais de pesquisa, incluindo os acervos de leis e obras de jûris-filósofos, doutrinadores e pesquisadores das áreas jurídicas e também áreas correlatas que permeiam o tema, com atenção especial ao tratamento nacional da matéria.

**Palavras-chave:** direitos fundamentais. direitos da personalidade. proteção de dados pessoais.

**ABSTRACT:** Considering the context of constant technological changes and the ever-changing development in the infinite flow of the so-called “information society”, the legal science starts to deal with a new frontier: the need for specific protection for personal data, in order to guarantee well known fundamental rights such as freedom, privacy and new ones developed for a new model of society, such as the informational self-determination and the free development of the personality. This work is exploratory and seeks to present, through a discussion involving the Brazilian Constitution, the Brazilian General Data Protection Law of 2018 and other relevant sources to the theme, the possible interactions of the theme with the protection of fundamental rights, with emphasis on chances of applying the theory of the horizontal effectiveness of fundamental rights. Legislative foundations brought by the LGPD will be pointed out, as well as the role that the infraconstitutional norm assumes in our national legal system. In the development of this work, deductive and bibliographic methods were employed, in search of an explanation related to the legal dogmatic technique. Legal-formal sources of research were used as fundamental theoretical bases, including the collections of laws and works of juries-philosophers, legal professors and researchers, as well as related areas that permeate the theme, with special attention to the national treatment of the matter.

**Keywords:** fundamental rights. personality rights. private data protection.

## INTRODUÇÃO

Anoção de que o desenvolvimento do Direito, quando considerado em sua acepção positiva e dogmática, é, essencialmente, reativo aos fatos sociais previamente postos, cujos efeitos já se manifestem de forma atual e concreta, ainda que sem o devido paralelo legislativo, é dado imanente à ciência jurídica como conhecida.

É comum, ademais, que tal criação reativa do Direito venha a atender anseios de cunho social, notadamente como forma de edificação de corpos legislativos aptos a oferecerem garantias ou, ainda, salvaguardas contra o sempre impetuoso movimento em prol do desenvolvimento econômico.

No contexto brasileiro, destaca-se, a título de exemplo, a edição, em 1921, do Decreto nº 4.403, o qual inaugurou uma série de leis de inquilinato no Brasil com vistas à proteção dos locatários (RODRIGUES JR., 2019, p. 41), proteção esta essencial quando considerado o grave problema de

habitação existente à época; ou, ainda, a identificação de uma “crise” na teoria contratual, em grande medida pelo desenvolvimento e crescente adoção dos contratos de adesão e da massificação das relações contratuais, cuja inegável disparidade de poder entre os contratantes indicava um simulacro de “acordo de vontades” (MARQUES, 2016, p. 164). Tal questão levou à necessidade de edição de um Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), inclusive por exigência elevada à alçada constitucional (artigo 48 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias).

Não causa espanto, pois, que, com a identificação de um movimento de reestruturação do capitalismo a partir da década de 1980, lastreado na tecnologia da informação (CASTELLS, 2002, p. 50), bem como na própria noção de informação enquanto seu elemento central (BIONI, 2019, [p. 34]), tal reorganização econômico-social traga consigo suas próprias e particulares implicações ao mundo jurídico, exigindo, assim, resposta e tratamento adequados para sua tutela.

Assim, em uma perspectiva jurídica centrada na pessoa natural, tal como exige a própria ideia de repersonalização do Direito, em especial no Direito Privado, desponta-se como discussão de relevância ímpar aquela atinente aos pontos de tensão existentes entre as exigências de um mercado impessoal, economicamente orientado, e àquelas relativas à proteção dos direitos fundamentais da pessoa natural sujeita a tais influências externas.

É, pois, neste contexto em que as meras noções genéricas de “informação” e de “fluxo de informações” passam a ser tratadas, sob a ótica da pessoa, enquanto “dados pessoais” e o respectivo processo de “tratamento” de tais dados. Assim, na exata medida em que a pessoa natural é situada como agente produtor e, principalmente, titular de tais dados, a vulnerabilidade de sua sujeição ao tratamento massificado de informações a sujeita a danos de potencial exponencial, o que passa a exigir um sistema legal de proteção de magnitude equiparável.

Por outro lado, a construção dogmática da noção de “autodeterminação informacional”, cuja origem é comumente atribuída ao Tribunal Constitucional Federal Alemão (HORNUNG; SCHNABEL, 2009, [p.85]), posiciona o titular dos dados pessoais como centro da tomada de decisões acerca do uso e da finalidade dispensados a seus dados quando de seu tratamento por terceiros, visando um claro reequilíbrio de poderes entre o titular e os controladores e operadores de dados.

Assim, motivada pela identificação de tais problemas, a União Europeia veio a editar, em 2016, sua Resolução 2016/679, mais conhecida sob

a rubrica *General Data Protection Regulation (GDPR)*, a qual serviu de fonte de inspiração para o legislador brasileiro quando da edição da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD - Lei nº 13.709/2018, posteriormente alterada pela Lei nº 13.853/2019), a qual se apresenta como o diploma, por excelência, de proteção ao tratamento de dados das pessoas naturais no território nacional.

O presente artigo pretende, portanto, em caráter exploratório, apresentar como tal discussão se insere, atualmente, no direito brasileiro, bem como suas possíveis interações com a proteção de direitos fundamentais, dentre os quais se destacam aqueles relativos à personalidade e à privacidade dos indivíduos. Identificar-se-ão, assim, alguns dos fundamentos legislativos inaugurados por força da LGPD, bem como que o papel que lhes fora atribuído enquanto integrantes do sistema jurídico nacional.

No desenvolvimento deste trabalho, foram empregados os métodos dedutivo e bibliográfico, em busca de uma explanação atinente à técnica-dogmática do direito. Foram utilizadas enquanto bases teóricas fundamentais as fontes jurídico-formais de pesquisa, incluindo os acervos de leis e obras de júrís-filósofos, doutrinadores e pesquisadores das áreas jurídicas e também áreas correlatas que permeiam o tema, com atenção especial ao tratamento nacional da matéria.

## **1 ASPECTOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS RELACIONADOS À PROTEÇÃO DE DADOS NA LEI Nº 13.709/2018**

### **1.1 A pessoa natural como destinatária da proteção de dados**

A discussão relativa à proteção de dados no Brasil, principalmente quando considerada sob a perspectiva da LGPD, impõe, *a priori*, a identificação de quem fora alçado, pela legislação, à qualidade de polo ativo de tal tutela e, conseqüentemente, titular dos dados aos quais faz menção: a pessoa natural (art. 5º, inciso V, da LGPD).

Destarte, na medida em que há a eleição da noção de dados pessoais enquanto objeto de sua proteção jurídica (art. 1º), cuja titularidade é, naturalmente, da pessoa natural cujos dados a identifiquem ou, ao menos, permitam que seja identificada (art. 5º, inciso I), há a exclusão do tratamento, pela LGPD, daqueles dados anonimizados<sup>1</sup> (art. 5º, inciso

<sup>1</sup>Para críticas relativas à dificuldade de interpretação de questões relativas à de “anonimização”, tal como prevista no art. 5º, inciso XI da LGPD, remete-se a Leonardo Martins (2009).

III) ou relativos ao livre fluxo de dados relativos aos vários domínios econômicos (MARTINS, 2019, [p. 3]), dentre os quais deve-se considerar, por exemplo, o fluxo informações entre sociedade empresárias, desde que relativo, tão somente, a informações próprias.

A centralidade da proteção à pessoa natural é reiterada ao longo do corpo normativo da LGPD, inclusive com expressa menção de que, ao titular dos dados pessoais, são garantidos os direitos fundamentais de liberdade, intimidade e privacidade (art. 17), destacando o cunho finalístico de proteção de direitos e garantias fundamentais de tais normas.

Ademais, tamanha é importância da tutela imediata e adequada a tais direitos que há previsão de seu exercício e possibilidade de exigência de forma potestativa no art. 18 – vide a expressão “a qualquer momento e mediante requisição” –, em relação à qual o operador ou controlador de dados somente poderá deixar de executá-la na hipótese de impossibilidade de cumprimento – o que não se confunde com mera “recusa” de cumprimento –, a qual somente poderá ser invocada nos moldes do art. 18, §4º, da LGPD.

Por outro lado, é certo que os destinatários dos deveres legais da LGPD são exatamente os operadores e controladores do tratamento de dados (Art. 5º, incisos VI e VII, da LGPD), ou seja, aquelas pessoas naturais ou jurídicas, de direito público ou privado<sup>2</sup>, responsáveis, respectivamente, pela tomada de decisões referentes ao tratamento de dados pessoais ou a realização do próprio tratamento em si.

São, assim, os entes sujeitos ao cumprimento das requisições ou solicitações às quais faz referência o art. 18 da LGPD, destinatários das regras de tratamento de dados pessoais, dados pessoais sensíveis<sup>3</sup> e

<sup>2</sup> Bruno Ricardo Bioni destaca que a preocupação com bancos de dados de naturezas tanto estatal quanto privada é característica da chamada “segunda geração” de leis de proteção de dados pessoais (BIONI, 2019, [p. 175]). Isto pois, se em um primeiro momento, a preocupação com controle e vigilância era relacionada tão somente com preocupações de indevido avanço estatal sobre a privacidade dos indivíduos, agora compreende-se que os bancos de dados de natureza privada possuem extrema relevância no fluxo de dados na sociedade informacional. Atualmente já se fala, inclusive, em terceira e quarta gerações de leis de proteção de dados, as quais seriam caracterizadas, respectivamente, pelo protagonismo do indivíduo na participação e determinação de como daria seu fluxo de dados - daí a relevância assumida pela autodeterminação informacional – e pela disseminação de autoridades independentes para a aplicação das leis de proteção de dados, além de construção de normas imperativas relativas a tratamento de certos tipos de dados (BIONI, 2019, [p. 175-176]).

<sup>3</sup> Conforme caracterização dada pelo art. 5º, inciso II, da LGPD, a adjetivação de determinado dado pessoal enquanto “sensível” se dá por fazer referência, *v.g.*, a dados relativos a origem étnica, convicção religiosa, opinião política, etc. Depreende-se, pois, de tal enumeração, de que tais dados foram considerados como sensíveis por serem relativos a questões íntimas e/ou privadas da pessoa natural, por vezes relacionados com aspectos de sua própria autodeterminação e personalidade, os quais poderiam ser utilizados, por

dados pessoais de crianças e de adolescentes (vide, respectivamente, Seções I a III do Capítulo II da LGPD), bem como que vinculados a regras específicas de atuação de responsabilização para agentes de tratamento de dados (Capítulo VI), além de deverem observar as normas de segurança e boas práticas relativas ao tratamento de dados (Capítulo VII).

## 1.2 Os objetos imediatos e mediatos da proteção de dados

Identificado os polos ativo e passivo da proteção de dados, bem como identificada a pessoa natural como elemento central de tal relação jurídica, é importante que se delimite, em um segundo momento, quais são os objetos efetivamente tutelados pela LGPD.

Neste sentido, seu art. 1º é claro ao dispor que, essencialmente, seu objeto versa a respeito das regras e procedimentos aplicáveis ao processo de tratamento de dados, o qual deve ser compreendido, para os fins da referida Lei, como toda e qualquer operação realizada com dados pessoais, as quais abrangem desde a coleta de tais dados, até sua classificação, reprodução, arquivamento e processamento, conforme extensa enumeração do art. 5º, inciso X, da LGPD.

Ocorre, entretanto, que a regulamentação do tratamento de dados não deve ser considerada como fim em si mesmo, haja vista ser meio para um fim mais abrangente e constitucionalmente relevante: a proteção dos direitos fundamentais do titular dos dados pessoais. Tal conclusão decorre da parte final do art. 1º da LGPD, a qual faz menção expressa aos objetivos do corpo normativo, quais sejam, a proteção dos direitos fundamentais da liberdade, privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa jurídica.

Vê-se, assim, que, se o objeto imediato da LGPD versa acerca da proteção de dados, este somente se justifica na exata medida em que contribui para a consecução de seu objeto mediato, qual seja, a garantia e proteção de direitos fundamentais. Desta forma, o alto caráter teleológico da referida Lei deve orientar, inclusive, sua interpretação, a qual deverá atender aos fins sociais a que ela se dirige (art. 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro) e às exigências constitucionais de garantia de direitos fundamentais.

Este é, inclusive, o fundamento adotado pela LGPD a fim de lastrear os direitos da pessoa natural, conforme previsto em seu art. 17: se a titularidade dos dados a si relativos lhe é garantida, também o são os exemplo, para prática de atitudes discriminatórias.

direitos fundamentais de liberdade, intimidade e privacidade. É possível afirmar, assim, que todos os direitos potestativos do art. 18, tais como acesso a dados, correção de informações, direito à anonimização, dentre outros, são relacionados e decorrentes, de certa forma, dos próprios direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal e também expressamente mencionados na LGPD (artigos 1º e 17).

Assim, se a garantia dos direitos fundamentais nas relações de tratamento de dados, por um lado, se dá por imperativo de primazia constitucional, a qual se faz presente, ainda, por força da sempre necessária interpretação civil-constitucional, é certo que, por outro, esta também emerge da própria interpretação do corpo legislativo infraconstitucional que constitui a LGPD. Isto pois, em seu artigo 2º, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais elenca verdadeiro rol de fundamentos a serem observados na disciplina da proteção dos dados pessoais.

Dentre estes, destacam-se aqueles relacionados de forma íntima com a garantia dos direitos fundamentais, objeto do presente artigo: o respeito à privacidade (artigo 2º, inciso I), a liberdade de expressão (artigo 2º, inciso II), a inviolabilidade da intimidade (artigo 2º, inciso IV) e seu fundamento nos direitos humanos, no livre desenvolvimento da personalidade, e na dignidade e no exercício da cidadania (artigo 2º, inciso VII).

Depreende-se, pois, que os próprios fundamentos da LGPD fixam os cânones hermenêuticos a serem adotados para a integração interpretativa da Lei, cuja aplicação deverá sempre se remeter e pautar pela centralidade do titular dos dados pessoais e de seus direitos fundamentais. Fica, pois, desautorizado qualquer esforço hermenêutico que busque deslocar tal centro de proteção da pessoa natural, privilegiando, indevidamente, os agentes econômicos que tratam os dados pessoais.

Com base no quanto exposto, notadamente no caráter nuclear que proteção da pessoa natural assume na LGPD, constata-se a necessidade de construção de aparato jurídico que, além da proteção e da garantia dos direitos fundamentais já mencionados, garanta, também, o papel do titular dos dados pessoais enquanto centro de tomada de decisões em relação às interações de terceiros com seus dados. É com base em tal noção que se desenvolveu o conceito jurídico de “autodeterminação informacional”, elemento essencial para a proteção de dados, o qual será desenvolvido a seguir.

## 2 A AUTODETERMINAÇÃO INFORMACIONAL ENQUANTO CONCEITO JURÍDICO FUNDAMENTAIS PARA A PROTEÇÃO DE DADOS

Reconduz-se o surgimento da ideia de autodeterminação informacional a partir de célebre julgado do Tribunal Constitucional Federal Alemão acerca do censo demográfico aprovado pelo Parlamento Alemão em 1982, cuja execução fora planejada pelo Governo Federal para o ano subsequente (HORNUNG; SCHNABEL, 2009, [p. 84]).

Muito embora a aprovação do Ato que autorizou tal censo tenha se dado unanimemente no Parlamento, cujas discussões se centraram mais em questões orçamentárias relativas à sua execução do que, propriamente, em relação à proteção dos dados coletados, a recepção popular de tal debate fora controversa. Indica-se, por exemplo, a existência de receios generalizados acerca da possibilidade de que os dados coletados pudessem levar à identificação dos indivíduos que houvessem participado do questionário, haja vista a existência de mais de 160 perguntas em seu formulário, bem como que em relação ao armazenamento de tais informações por um longo período e sua fiscalização por autoridades locais, com o intuito de comparação e correção de registros pessoais (HORNUNG; SCHNABEL, 2009, [p. 85]).

Naturalmente, os receios de vigilância e monitoramento levaram ao questionamento do censo perante o Tribunal Constitucional Federal Alemão. Em decisão em dezembro de 1983, o Tribunal, muito embora tenha mantido diversos objetivos do censo, entendeu pela necessidade de construção de maiores salvaguardas procedimentais e organizacionais, todas com o intuito de proteger os direitos fundamentais dos cidadãos sujeitos ao censo, ao passo em que julgou inconstitucional a transferência de informações para as autoridades locais, na medida em que criava uma tênue linha entre a coleta dos dados para seu uso estatístico e anônimo, e o processando de dados pessoais pelos órgãos governamentais (HORNUNG; SCHNABEL, 2009, [p. 85]).

Em grandes linhas, as razões jurídicas que motivaram a decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão se fundaram na noção de que a proteção da privacidade e da autodeterminação informacional são essenciais para a garantia da diferenciação da sociedade em vários subsistemas<sup>4</sup>, guardando que informações pertinentes, respectivamente,

<sup>4</sup> A noção de “sistema” adotada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão fora lastreada nas teorias sociológicas de Niklas Luhmann, conforme explicam Hornung e Schnabel (2009, [p. 85]). Entretanto, maiores discussões acerca de tais teorias escapam ao recorte do presente artigo.

aos âmbitos profissionais, médicos e familiares de determinado indivíduo não se confundam, sob pena de ofensa ao livre desenvolvimento da pessoa humana. Tal ideia deriva da noção de que, se determinado indivíduo não possui os meios de controle das informações disponíveis sobre si, tal fato pode vir a se tornar impeditivo à atuação livre e democrática do titular de dados, vez que este poderá se abster de agir ou de se manifestar a fim de não atrair atenção a comportamentos possivelmente dissonantes em relação ao banco de dados preexistente sobre suas condutas (HORNUNG; SCHNABEL, 2009, [p. 85]).

É com base em tais ideias que se identificam os efeitos que decorrem do reconhecimento e do direito à autodeterminação informacional: a garantia contra interferências externas em assuntos particulares e a criação das condições de possibilidade para a participação livre e não influenciada dos cidadãos nos processos políticos:

Rather, informational self-determination and data protection have two corresponding effects: The individual is shielded from interferences in personal matters, thus creating a sphere in which he or she can feel safe from any interference. At the same time, data protection is also a precondition for citizens' unbiased participation in the political processes of the democratic constitutional state. The democratic constitutional state relies to a great extent on the participation of all citizens and its legitimacy is based on respecting each person's individual liberty. As said before, the right to informational self-determination is not only granted for the sake of the individual, but also in the interest of the public, to guarantee a free and democratic communication order. Therefore, it is primarily possible to justify interferences in the right to informational self-determination if a consideration of both principles shows that the public interest outweighs the legitimate interests of the individual. However, the basic idea is always the same: the data subject is to maintain control of his/her own data. (HORNUNG; SCHNABEL, 2009. [p. 86])<sup>5</sup>

Assim, o conceito de autodeterminação jurídica, ao ser admitido pela LGPD e alçado à qualidade de um dos fundamentos da disciplina legal dispensada ao tratamento de dados (artigo 2º, inciso II, da LGPD), passa a conformar os demais dispositivos legais correlatos da seguinte maneira:

<sup>5</sup> Destacam os autores, ainda, que, muito embora inexista menção expressa aos direitos à autodeterminação informacional e à privacidade na Constituição Alemã, sua previsão de proteção à dignidade humana e à liberdade ensejaram a construção de um direito geral à personalidade, do qual decorre, naturalmente, o direito à autodeterminação informacional (HORNUNG; SCHNABEL, 2009, [p. 86]).

a) reforça o papel central do titular dos dados pessoais na LGPD, cujo consentimento é essencial para a licitude e para a delimitação de como e para qual finalidade se dará o tratamento de dados; e b) impõe o desenvolvimento de instrumental adequado para a tutela de tal consentimento, especialmente nas hipóteses de sua nulidade, revogação ou modificação.

No que diz respeito ao primeiro aspecto, a centralidade do titular de dados já fora apontada quando demonstrado que os objetivos mediatos da LGPD residem na própria proteção dos direitos fundamentais da pessoa natural sujeita ao tratamento de dados (vide item 2, *supra*); entretanto, somando-se a tal proteção a ideia de que o processamento de dados pessoais deve se dar dentro de um quadro de consentimento e autodeterminação informacional, outras importantes questões acessórias surgem e ajudam a delimitar a forma que tal proteção efetivamente se dará.

Destaca-se, por exemplo, a opção do legislador pela positivação, na LGPD, do princípio da finalidade (artigo 6º, inciso I, da LGPD). Além da exigência de que os propósitos que justificam o tratamento de dados sejam legítimos, o princípio exige, ainda, a observância de uma tríade de conceitos: especificidade, explicitude e que tais propósitos sejam previamente informados ao titular dos dados tratados.

Tal princípio, ao ser interpretado em conjunto com o princípio da adequação<sup>6</sup> (artigo 6º, inciso II, da LGPD), leva à conclusão inevitável de que consentimento concedido a título genérico ou substancialmente amplo, cujos limites não sejam identificáveis, não será válido. Trata-se, pois, de proteção ao próprio conceito de autodeterminação informativa: se este é voltado ao livre desenvolvimento da personalidade dos titulares de dados, interpretação que levasse a sua desnaturação, por exemplo, pela viabilização de consentimento irrestrito e, em última instância, prejudicial ao desenvolvimento desta mesma personalidade, é claramente inaceitável.

Partindo-se, assim, de tal exemplo, é possível tratar do segundo aspecto vinculado à autodeterminação informacional, qual seja, o desenvolvimento de instrumental jurídico para sua efetiva tutela. Neste sentido, muito embora haja a previsão de normas, na espécie de princípios, voltadas para a proteção da autodeterminação informacional, é certo que sua amplitude, por si só, pode não oferecer respostas efetivas para sua adequada tutela como, por exemplo, em relação aos casos concretos relativos ao excesso prejudicial do consentimento concedido.

<sup>6</sup>O qual, em síntese, vincula o tratamento de dados àquelas finalidades previamente informadas e consentidas pelo titular de dados. O a inadequação do tratamento ou, em outras palavras, o desvio de finalidade, acaba por deslegitimá-lo, posto que extrapola aqueles limites consentidos e emanados no contexto da autodeterminação informacional do titular.

Conforme já clássica lição de Humberto Ávila acerca das espécies normativas, notadamente as regras e os princípios, é sempre importante destacar o critério aqui adotado para sua diferenciação, a qual será útil para a elucidação da questão agora abordada<sup>7</sup>:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. (ÁVILA, 2016, p. 102)

Assim, feita tal distinção, é possível se apontar, com clareza, os acertos do legislador ao prever, ao lado de um contundente rol principiológico, um conjunto de regras que compõem um completo instrumental de tutela concreta dos direitos do titular de dados.

Desta feita, apontou-se que, a título de proteção da autodeterminação informacional, o legislador positivou os princípios da finalidade e da adequação (artigo 6º, incisos I e II, da LGPD), normas de conteúdo imediatamente finalísticas e que cuja aplicação se volta para todo o corpo legislativo da LGPD, com intuito de integrá-lo e promover as condutas necessárias para a promoção da proteção dos direitos fundamentais do titular de dados pessoais. Entretanto, para a efetiva tutela, por exemplo, dos casos concretos nos quais o consentimento do titular seja genérico, é a atração da regra prevista no artigo 8º, §4º, da LGPD, que reputará tais autorizações como nulas.

O que se pretende demonstrar, assim, é que a autodeterminação informacional não fora tutelada tão somente em plano abstrato, com dificuldades para sua aplicação em concreto; os princípios positivados pela LGPD para sua proteção encontram respaldo em regras efetivas, as quais, com pretensão decidibilidade – fixando, por exemplo, a nulidade daquelas

<sup>7</sup>O que se pretende aqui, claramente, não é adentrar na sempre complexa discussão acerca da diferenciação entre as espécies normativas; entretanto, o recurso à sua diferenciação é útil para a discussão posta, notadamente pela existência de um rol principiológico na LGPD (artigo 6º, em especial), bem como pela existência de diversas regras as quais, dispersas ao longo do corpo da Lei, vão concretizar o conteúdo abstrato de tais princípios.

autorizações genéricas, são voltadas para a realização daquelas normas que lhes são sobrejacentes, notadamente os princípios.

Compreende-se, portanto, que o legislador brasileiro optou bem ao redigir um corpo normativo que faz referência a conceitos essenciais para o destino que se presta, além de criar ferramentas aptas a tutelar, no plano concreto, as violações à autodeterminação informacional.

Destaque-se, por fim, a importância do rol contido no artigo 18 da LGPD para a proteção da autodeterminação legislativa. Como já exposto, trata-se de rol de direitos exigíveis, pelo titular de dados, perante o controlador, cuja observância somente pode ser afastada na impossibilidade de seu cumprimento, nos termos do artigo 18, §4º; sua importância reside, propriamente, na noção de que autodeterminação informacional não exerce seus efeitos tão somente de forma originária, quando da concessão de consentimento para o início do tratamento de dados, mas continua presente durante todo o processo de tratamento. Tal autorização é denominada, por Leonardo Martins (2019, [p. 4]), de consentimento qualificado.

Isto pois, se a titularidade de dados pessoais autoriza a pessoa natural a permitir seu tratamento, esta mesma titularidade impõe, ao controlador, a observância da vontade do titular a qualquer momento, seja para a correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados (art. 18, inciso III, da LGPD), seja para a eliminação dos dados pessoais tratados com consentimento do titular (artigo 18, inciso VI, da LGPD) ou para a revogação deste mesmo consentimento (artigo 18, inciso IX, da LGPD).

Passa-se, a seguir, a breve análise de questões intimamente relacionadas com o conceito jurídico de autodeterminação informacional, notadamente a adoção da noção de consentimento qualificado e as interações entre a autodeterminação informacional e os direitos da personalidade.

## **2.1 A adoção do critério de consentimento qualificado pela LGPD**

Muito embora o consentimento qualificado do titular de dados seja colocado no centro da noção de autodeterminação informacional, ou seja, de forma que o consentimento concedido para tratamento de dados deva sempre ser autodeterminado, assim compreendida no sentido de “consciente, livre e informado” (MARTINS, 2019, [p. 4]), é certo que tal conceito não é despido de críticas.

Isto pois, em verdade, muitas vezes o consentimento é concedido em condições absolutamente inversas àquelas defendidas, quais sejam, de

forma livre, consciente e informada. Assim, ao apontar que as cláusulas apresentadas pelos operadores de dados são, muitas vezes, apresentadas de forma pré-formatada e na modalidade de “aceitação ou recusa”, pinta-se um cenário não substancialmente distinto daquele já identificado nas relações de consumo, as quais são geralmente formalizadas por contratos de adesão:

Não obstante, foi feita, na literatura alemã, uma contundente crítica a essa figura do consentimento. Concebido como núcleo do suporte fático normativo para a permissão do uso de dados pessoais, na práxis, entretanto, o consentimento revela-se frequentemente baseado, contrário do normativo, em uma decisão não consciente, não livre e não informada. Fala-se, nesse contexto, em “ficção” e em redução a um mero “formalismo na configuração de cláusulas de consentimento pré-formuladas, *privacy policies* muito extensas e supostas possibilidades de escolha à la “*take it or leave it*”. Tendo em vista as reiteradas experiências que muitas pessoas fazem e podem testemunhar nesse contexto (a começar por: quem tem tempo para ler as longas políticas de privacidade?), o consentimento informado tende a ser considerado cada vez mais um meio de proteção inadequado ao seu propósito. Isso já pode ser verificado sem a necessidade de se referirem os potenciais conexos problemas jusconsumeristas e – aqueles muito mais complexos – atinentes à relação entre políticas de privacidade e *compliance* submetidas direta ou indiretamente ao controle estatal, de um lado, e outros direitos de lastro jusfundamental das organizações que tratam dados, de outro. (MARTINS, 2019, [p. 4])

Em sentido semelhante, Bruno Ricardo Bioni (2019, [p. 191]) indica como que, potencialmente, a revigoração da estratégia regulatória centrada tão somente no consentimento pode vir a se apresentar insuficiente para o controle e efetiva proteção de dados, além de apresentar noção reducionista do alcance da própria noção de autodeterminação informacional.

Entretanto, a despeito de tais críticas, é certo que a LGPD erigiu como uma das principais hipóteses autorizadoras para o tratamento dos dados pessoais o fornecimento de consentimento pelo titular (artigo 7º, inciso I, da LGPD), fato este que, quando criticamente avaliado, poderá reforçar a necessidade de adoção de medidas reativas ao invés de preventivas. Tal se daria, em suma, pela própria ideia de que cláusulas de consentimento pré-formatadas, ainda que devidamente destacadas (artigo 9º, §3º, da LGPD), poderão levar às falsas presunções de consentimento livre, informado e autodeterminado, como já exposto.

## 2.2 Diálogos entre a autodeterminação informacional e os direitos da personalidade

Indica-se que as primeiras construções em torno dos direitos da personalidade, ao surgirem na segunda metade do século XIX, tratavam sobre certos direitos que, inerentes à natureza do homem, seriam preexistentes ao seu próprio reconhecimento pelo Estado, vez que essenciais à condição humana (SCHREIBER, 2013, p. 5). O ulterior desenvolvimento de tal categoria jurídica levaria, eventualmente, à sua subdivisão entre dois aspectos: um subjetivo, relativo à capacidade das pessoas serem titulares de direitos e obrigações; e um aspecto objetivo, o qual assume maior relevância para os fins da presente exposição, os quais se vinculam ao conjunto de características e atributos da pessoa humana, conjunto este objeto de proteção especial por parte do ordenamento jurídico e que vem a compor a própria noção, enquanto gênero, dos “direitos da personalidade” (SCHREIBER, 2013, p. 6).

É importante destacar, desde já, a importância conferida pelo ordenamento jurídico brasileiro a tais direitos; se é certo que os direitos da personalidade foram positivados no Código Civil de 2002, com a proteção e regulamentação do “direito ao próprio corpo, o direito ao nome, o direito à imagem e o direito à privacidade”<sup>8</sup> (SCHREIBER, 2013, p. 12) em seus artigos 11 a 21, também é fato que os direitos da personalidade possuem, no ordenamento pátrio, estatura de direitos fundamentais. Isto pois o próprio artigo 5º da Constituição Federal menciona, expressamente, tais direitos, bem como os abrange, também, sob roupagem de tutela geral à dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal) (SCHREIBER, 2013, p. 14).

Assim, com a identificação da possibilidade da tutela dos direitos da personalidade em suas mais diversas manifestações, pode-se apontar a viabilidade de se compreender a própria proteção de dados como forma de defesa dos direitos da personalidade. Isto se dá pois, quando considerado que a própria noção legal de dado pessoal pressupõe, como condição para sua caracterização, a referibilidade a um titular pessoa natural, tem-se que tais dados se inserem dentre os direitos da personalidade, refletindo

---

<sup>8</sup> Destaca-se, ainda, que, por força da incidência do próprio artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, o rol de direitos da personalidade deve ser compreendido como aberto, ou seja, não meramente restrito aos direitos textualmente previstos nos artigos 11 a 21 do Código Civil, de sorte que outras formas de manifestação da personalidade também devem ser objetos de proteção jurídica (SCHREIBER, 2013, p. 15).

uma “projeção, extensão ou dimensão do seu titular” (BIONI, 2019, [p. 99-100]). Neste sentido:

E, nesse sentido, cada vez mais, as atividades de processamento de dados têm ingerência na vida das pessoas. Hoje vivemos em uma sociedade e uma economia que se orientam e movimentam a partir desses signos identificadores do cidadão.

Trata-se de um novo tipo de identidade e, por isso mesmo, tais dossiês digitais devem externar informações corretas para que seja fidedignamente projetada a identidade do titular daquelas informações.

Isso acaba por justificar dogmaticamente a inserção dos dados pessoais na categoria dos direitos da personalidade, assegurando, por exemplo, que uma pessoa exija a retificação de seus dados pessoais para que a sua projeção seja precisa. (BIONI, 2019, [p. 100])

Destarte, considerando que os dados pessoais são, em última instância, verdadeira extensão do livre exercício e desenvolvimento da personalidade humana, tem-se que a autodeterminação informacional exerce papel fundamental no controle do tratamento dos dados pessoais não somente numa perspectiva restritiva e vinculada à mera titularidade dos dados, mas se justifica, em verdade, por sua relação indissolúvel com a personalidade do titular.

### **3 PROTEÇÃO DE DADOS EM UMA PERSPECTIVA DE EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Em complemento a todo o anteriormente exposto, é notável que, ao buscar proteger dados pessoais, sobretudo através da Lei Geral de Proteção de Dados, o legislador brasileiro possuía o intento de conferir eficácia específica aos direitos fundamentais de liberdade, privacidade e o livre desenvolvimento da pessoa natural (PINHEIRO, 2018, p. 16). Com tal finalidade, o legislador traz à mesa a premissa de que o tratamento de dados necessita integrar em seu escopo uma série de princípios, sendo o mais importante o da boa-fé.

Não obstante, o próprio artigo 2º da LGPD (bem como o preâmbulo e art. 1º da GDPR europeia) traz em seu escopo de forma destacada a relação para com o texto constitucional brasileiro, sobretudo no que tange aos artigos 3º, I, II; 4º, II; 5º, X e XII; 7º, XXVII; e 219 da Carta Magna brasileira. Dada a natureza fundamental que assume a matéria, busca-se

então a reflexão acerca de sua efetivação no plano em que se inserem, as relações horizontais entre entes privados.

Nas palavras de Dimoulis e Martins:

Direitos fundamentais são direitos públicos subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispostos constitucionais e, portanto, encerram o caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual. (MARTINS; DIMOULIS, 2014, p. 41)

Nesta acepção, encontramos dentre os direitos buscados a partir da proteção de dados, direitos fundamentais derivados dos chamados direitos humanos de primeira dimensão. Tal como o caso alemão (ASSMANN, 2014, p. 20), em sua especificidade, os direitos relativos à autodeterminação informativa não são previstos de forma distintiva em nossa Carta Magna, se tratando de construção doutrinária a partir do direito comparado, aplicável ao caso brasileiro por se situar internamente ao escopo de seus valores fundamentais mais caros, transmitidos à lei infraconstitucional através da irradiação de valores (ALEXY, 2004, p. 524-528).

Questiona-se, neste contexto: seriam estes valores fundamentais de maior abrangência aplicáveis às relações privadas? Ou reduziríamos à aplicação mediata do texto fundamental através do texto positivado a nível infraconstitucional? Seria a interpretação segundo a norma constitucional suficiente para que se invocasse a Carta Magna no julgamento de matérias relativas aos direitos protegidos sob a égide da Lei Geral de Proteção de Dados brasileira?

Como se sabe, a eficácia horizontal imediata das normas fundamentais, baseada sobretudo no art. 5º parágrafo 1º da Constituição Federal brasileira, é vista por muitos como a porta de abertura para que, o Supremo Tribunal Federal assumisse o papel de aplicador das normas fundamentais às relações privadas de maneira indiscriminada, posição esta que, entretanto, não pode ser adotada de forma absoluta (SANTOS, 2018, p. 132).

Entretanto, é possível conjecturar-se um contexto no qual as partes envolvidas, vinculadas por uma relação jurídica de natureza privada, se encontrem em verdadeiro desequilíbrio de poderes em tal vínculo, como é o caso de relações trabalhistas, consumeristas ou mesmo específicas relações civis. É, pois, com vistas para a preservação dos direitos fundamentais nestas relações que, com base na própria principiologia da norma constitucional,

se defende a possibilidade de aplicação de tais normas fundamentais de maneira direta ao caso.

Ou seja, nesta linha teórica, reconhecendo-se a eficácia mediata da norma fundamental através da norma infraconstitucional positivada, em se tratando de situação na qual uma das partes apresenta justificável vulnerabilidade, tornar-se-ia admissível a hipótese na qual a norma fundamental, em aplicação imediata, poderia ser utilizada em sua forma pura para possibilitar que, da interpretação normativa aliada das mais diversas fontes do Direito, alcançássemos o efetivo reequilíbrio entre as partes, mesmo se tratando de uma relação privada.

É, pois, o que se constata quando há a compreensão da proteção de dados como forma de tutela aos direitos da personalidade em sentido lato: se trata de verdadeira obrigação, direcionada para o agente de tratamento de dados, que respeite a autodeterminação informacional do titular de dados, haja vista que tais dados são, em última instância, extensão de sua personalidade, protegida pela primazia que assumem os direitos humanos na Constituição Federal (artigo 1º, inciso III).

No mesmo sentido, por mais que a edificação do respeito à privacidade como fundamento da proteção de dados tenha sido infraconstitucionalmente positivado pela LGPD (artigo 2º, inciso I), tal direito fundamental já vinha previsto no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, sendo um dos diversos elementos que compõem os direitos da personalidade e são imediatamente exigíveis, ainda que, porventura, não encontrassem paralelo positivado.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Demonstrou-se no presente artigo, em grandes linhas, que a opção legislativa ao confeccionar a LGPD fora voltada para dois grandes aspectos: um primeiro aspecto voltado para a centralização da pessoa natural, enquanto titular de dados, como polo subjetivo de proteção legal e de tomada decisões, esta última fundamentada nas noções de consentimento qualificado e autodeterminação informal; e um segundo aspecto relacionado com a finalidade última da LGPD, qual seja, conferir a adequada proteção aos direitos fundamentais e da personalidade do titular de dados pessoais em meio à sociedade da informação.

A autodeterminação informacional e a centralidade do titular de dados se prestam, pois, a potencializar a livre determinação e o livre desenvolvimento

da personalidade da pessoa natural, conferindo-lhe instrumental adequado - e, por vezes, potestativo – para o controle do tratamento incidente sobre seus dados, quer seja para a confirmação da existência de tratamento, quer seja para sua correção, modificação, exclusão, etc.

Por outro lado, é certo que tal autodeterminação informacional não se presta a ser fim em si mesma; se há a necessidade de proteção de tal autodeterminação, tal se dá pois há efetivo potencial de que o tratamento de dados venha a causar ofensas a direitos fundamentais do titular. Destarte, a garantia da proteção de tais dados, quer seja pelo extenso arsenal normativo positivado pela LGPD, quer seja pela incidência da eficácia horizontal dos direitos fundamentais no caso concreto, sobretudo daqueles direitos relacionados à privacidade e à personalidade, se dá com o fim último de proteção dos direitos fundamentais do titular de tais dados, pessoa natural.

Em conclusão, identifica-se que a proteção infraconstitucional de dados pessoais enquanto mais pura expressão da eficácia horizontal mediata dos direitos fundamentais de liberdade, privacidade e do livre desenvolvimento da pessoa natural, o que, em sua interpretação teórica extensiva, abre margem para a pura aplicação de tais princípios às relações privadas em sua forma imediata, possibilitando o surgimento das mais diversas interpretações ao texto positivado na lei especial.

Vê-se, portanto, que a edição da LGPD, longe de identificação ou construção de novos direitos, se presta, em verdade, como forma de conferir adequado tratamento legislativo para novos campos ou, ainda, novas fronteiras de exercício do livre desenvolvimento da pessoa humana inserida em uma sociedade informatizada e informacional.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ASSMANN, Jhonata. **O direito à autodeterminação informativa no direito germânico e brasileiro**. 2014. 65 f. Monografia – Universidade Federal de Santa Catarina, Faculdade de Direito, Florianópolis, 2014. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/117169/Jhonata%20Assmann%20TCC%20pdfa.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 6 out. 2020.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. E-book. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Tutela da personalidade no atual direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 32, n. 125, jan./mar. 1995.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020] a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 6 out. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm). Acesso em: 7 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]b. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 6 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, [2020]c. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm). Acesso em: 6 out. 2020.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 6. ed., tradução de Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2002, v.1.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

HORNUNG, Gerrit; SCHNABEL, Christoph. Data protection in Germany I: The population census decision and the right to informational self-determination. **Computer Law & Security Report**, Southampton, v. 25, n. 1, p. 84-88, 2009. Disponível em: [https://www.uni-kassel.de/fb07/fileadmin/datas/fb07/5-Institute/IWR/Hornung/Hornung\\_Schnabel\\_Data\\_protection\\_in\\_Germany\\_I\\_CLSR\\_2009\\_84.pdf](https://www.uni-kassel.de/fb07/fileadmin/datas/fb07/5-Institute/IWR/Hornung/Hornung_Schnabel_Data_protection_in_Germany_I_CLSR_2009_84.pdf). Acesso em: 6 out. 2020.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 8. ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARTINS, Leonardo. Interpretação e controle judicial de violações da lei de proteção de dados e de sua constitucionalidade: possibilidades normativas e limites de um novo ramo jurídico-objetivo. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 21, p. 57-116, out/dez 2019. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/delivery/document>. Acesso em: 6 out. 2020.

MARTINS, Leonardo. **Dignidade humana, livre desenvolvimento da personalidade, direito fundamental à vida e à integridade física, igualdade**. São Paulo: Konrad-Adenauer Stiftung, 2016. (Tribunal Constitucional Federal Alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais. v. 1.)

MORATO, Antônio Carlos. Quadro geral dos direitos da personalidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 106/107, p. 121-158, jan./dez. 2011/2012.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Proteção de dados pessoais: comentários à lei n. 13.709/2018 (LGPD)**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed., ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2019.

SANTOS, Isadora Beatriz Magalhães. **A eficácia horizontal dos direitos fundamentais frente a mitigação do princípio da autonomia privada**. 2019. 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2019.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

STEINMETZ, Wilson. A vinculação dos particulares a direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

**LINHA III - TUTELA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS DA  
CIDADANIA**



# O MANDADO DE SEGURANÇA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DE PROMOÇÃO DA CIDADANIA

## *THE INJUNCTION AS INSTRUMENT FOR THE EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND THE PROMOTION OF CITIZENSHIP*

Flávia de Almeida Montingelli Zanferdini\*

João Raul Penariol Fernandes Gomes\*\*

Giovana Carla Atarasi Jurca\*\*\*

\*Possui graduação em Enfermagem pela Universidade de São Paulo (1986), graduação em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto (1991), mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2001) e doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2007). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Atualmente é professora do curso de Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito ministrado pela Universidade de Ribeirão Preto. Juíza de Direito Titular da 4ª Vara Cível de São Carlos-SP, Presidente do Colégio Recursal da 12ª Circunscrição Judiciária - São Carlos/SP e Membro titular da Turma de Uniformização do Sistema de Juizados Especiais -TJSP no biênio compreendido entre 04/07/2022 e 03/07/2024. Desde abril de 2021, a docente Flávia de Almeida Montingelli Zanferdin vinculada ao Programa de Pós-graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da UNAERP, passou a integrar o Grupo de Pesquisa em Direito Constitucional e a atuar como membro do Conselho Consultivo da Brazilian Research and Studies Journal, da University of Würzburg, Campus Hubland Nord, Würzburg, da Alemanha, vinculados ao Brazilian Research and Studies Center BraS.

\*\* Mestrando em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais de Franca (UNESP), sob orientação do Prof. Dr. Victor Hugo de Almeida. Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais de Franca (UNESP). Professor/Facilitador na Universidade Virtual do Estado de São Paulo (UNIVESP-UNESP). Professor substituto na Faculdade de Ciências Humanas e Sociais de Franca (UNESP) na disciplina de Direito Processual Civil IV. Advogado.

\*\*\* Mestranda em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP). Pós-graduada no Programa Lato Sensu de MBA em Gestão Empresarial pela Escola Superior de Agricultura Luiz de Queiroz da Universidade de São Paulo (2022). Pós-graduada no Programa Lato Sensu de MBA em Gestão de Pessoas pela HSM University (2022). Pós-graduada em Direito do Trabalho e Compliance Trabalhista pelo IEPREV (2021). Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus (2017). Graduada em Direito pela Uniseb COC (2012). Atua na área de Direito Individual e Coletivo do Trabalho, nos seguimentos: Consultivo, Preventivo, Compliance e Contencioso Administrativo e Judicial. Advogada na Laurentiz Sociedade de Advogados.

Artigo recebido em 23/05/2022 e aceito em 23/02/2023.

Como citar: ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli; JURCA, Giovana Carla Atarasi; GOMES, João Raul Penariol Fernandes. O mandado de segurança como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais e de promoção da cidadania. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 25, n. 42, p. 161, jul./dez. 2021. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 Considerações sobre o mandado de segurança. 1.1 Aspectos históricos e jurídicos do mandado de segurança. 1.2 Aspectos materiais e processuais do mandado de segurança. 1.3 Aspectos gerais do mandado de segurança coletivo. 1.4 Considerações sobre “direito líquido e certo”. 2 Considerações sobre os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana. 3 Os direitos fundamentais e a aplicação do mandado de segurança em sua efetivação. Conclusão. Referências.

**RESUMO:** Os direitos fundamentais foram estabelecidos sob o ímpeto de uma constituição dirigente com o ideal transformador da sociedade. A partir disso, a construção de uma sociedade livre, igualitária e justa se tornou o objetivo de Estado Democrático de Direito. Neste contexto, o presente artigo busca investigar o instituto do mandado de segurança como um mecanismo tutelar dos direitos fundamentais e de promoção da cidadania contra as arbitrariedades praticadas pelo Poder Público. O artigo também analisa as raízes históricas do mandado de segurança, tomando como base o direito mexicano, e os conceitos de direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana. Para a execução do objetivo proposto, adota-se, como método de procedimentos, a técnica de pesquisa bibliográfica em artigos científicos, documentos legislativos e entendimentos jurisprudenciais; e, como método de abordagem, adota-se o dedutivo. Por fim, o trabalho conclui que o mandado de segurança constitui uma legítima expressão da cidadania, pois por meio desse remédio constitucional é possível resguardar os direitos fundamentais contra violações de autoridades públicas quando materializados na forma líquida e certa.

**Palavras-chave:** instrumento de efetivação. direitos fundamentais. dignidade humana. tutela de direitos.

**ABSTRACT:** *The fundamental rights were established under the impetus of a directive constitution with the ideal of transforming society. From then on, the construction of a free, egalitarian and fair society became the objective of the Democratic State of Law. In this context, the present article seeks to investigate the institute of the writ of mandamus as a mechanism to protect fundamental rights and to promote citizenship against arbitrary actions by public authorities. The article also analyzes the historical roots of the writ of mandamus, taking Mexican law as a base, and the concepts of fundamental rights and human dignity. For the execution of the proposed objective, it is adopted, as method of procedures, the technique of bibliographical research in scientific articles, legislative documents and jurisprudential understandings; and, as method of approach, it is adopted the deductive. Finally, the work concludes that the writ of mandamus constitutes a legitimate expression of citizenship, because through this constitutional remedy it is possible to safeguard fundamental rights against violations by public authorities when materialized in liquid and certain form.*

**Keywords:** *instrument of effectiveness. fundamental rights. human dignity. protection of rights.*

## INTRODUÇÃO

As discussões relacionadas à concretização de uma sociedade livre, justa e solidária, como um dos objetivos estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, conforme disposto no seu artigo 3º, inciso I, requer ações efetivas e substanciais por parte do Poder Público.

Para os pensadores da teoria naturalista, a sociedade é vista como fator natural, “determinado pela necessidade que o homem tem da cooperação de seus semelhantes para a consecução dos fins de sua existência”. (DALLARI, 2010, p. 11)

Por outro lado, os filósofos defensores da teoria contratualista, que são contrários à ideia de sociedade natural, entendem que a sociedade se formou por meio de um pacto social e, portanto, surgiu em um determinado momento da história. Para os contratualistas, como Thomas Hobbes, John Locke, Montesquieu e Jean Jacques Rousseau, a sociedade é fruto da vontade do homem ratificada na forma de contrato social. Nessa linha de pensamento, a democracia seria a soma da liberdade natural, da igualdade e da soberania popular. Vale ressaltar que o ponto comum entre esses autores é justamente o pressuposto do “impulso associativo natural, com a afirmação de que só a vontade humana justifica a existência da sociedade”. (DALLARI, 2010, p. 12)

Em resumo, pode-se afirmar que os indivíduos convivem em sociedade pois almejam como fins principais a perseguição de valores e crenças comuns e a efetivação de direitos básicos. (RANIERI, 2013)

Para dar base e sustentação às diretrizes da sociedade, desenvolveu-se o sistema normativo, como ferramenta de resolução de conflitos sociais, limitador do poder estatal e garantidor dos direitos básicos.<sup>1</sup> Como máxima expressão, desenvolveu-se as constituições dotadas de regras e princípios basilares e norteadores. (KELSEN, 1999)

O sistema constitucional brasileiro tem como baluarte latente o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que se torna o núcleo irradiador e central para todo o ordenamento pátrio. Ou seja, o Estado existe em função da pessoa humana, constituindo-se como um dos seus fundamentos. Por sua vez, a dignidade da pessoa humana é considerada como condição de princípio constitucional estruturante do Estado Democrático de Direito. (REALE, 2010)

No contexto brasileiro, os direitos fundamentais podem ser compreendidos como os direitos reconhecidos, ou outorgados, e protegidos pelo Direito Constitucional, concernentes às pessoas como membros de um ente público concreto.

---

<sup>1</sup>Sobre essa questão, Tércio Sampaio Ferraz Junior (2008) comenta que o Direito representa um complexo mundo de contradições que contém, ao mesmo tempo, as filosofias da obediência e da revolta; utilizada para conformação do *status quo* da situação, ou também para a sustentação moral da indignação e da rebelião. O Direito pode ser utilizado para a proteção contra o poder arbitrário, resguardando a maioria da tirania; também confere igualdade entre os indivíduos, amparando os desfavorecidos. Ademais, o Direito pode ser um instrumento manipulável, permeado de técnicas de dominação e controle. Salienta que “[...] o Direito, como ordem, perde seu caráter maniqueísta, isto é, supera-se a visão primitiva do direito como o *bonum*, em oposição ao antijurídico que se identifica com o *malum*. O tratamento dado ao comportamento desviante encaminha-se agora para procedimentos decisórios regulados, surgindo as formas de jurisdição: juízes tribunais, partes, advogados etc. Percebe-se que o direito abarca o lícito e o ilícito, pois este também é comportamento *jurídico*, só que proibido.” (FERRAZ JUNIOR, 2008, p. 31)

Pensando nesse ponto, para que haja garantia dos direitos fundamentais, é necessário que o Estado possibilite aos indivíduos resposta jurisdicional efetivamente célere e que garanta, de fato, o acesso ao Poder Judiciário. Ou seja, o Estado deve perseguir, além do bem-comum ou do bem-estar social, a ampla garantia, proteção e promoção dos direitos fundamentais. O bem comum, a dignidade humana e os direitos fundamentais traduzem valores eleitos aprioristicamente, sem conexão com a realidade social. Os fins do Estado podem ser racionalmente compreendidos e definidos; não como um *a priori* teórico e dogmático, mas sim como um produto do desenvolvimento histórico. (RANIERI, 2013)

Com a afirmação dos direitos fundamentais, mostrou-se necessária a criação de dispositivos que efetivamente tutelem esses direitos contra os excessos e as opressões decorrentes do poder soberano do Estado. Entre os remédios mais contundentes para o resguardo dos direitos fundamentais contra as violações estatais está o mandado de segurança.

Para os objetivos desse trabalho, no primeiro tópico, busca-se estabelecer algumas considerações sobre o mandado de segurança, considerando o texto constitucional e a legislação específica correlata. No segundo tópico, destacam-se os direitos fundamentais, a partir de uma perspectiva teórica e crítica. Por último, aborda-se o mandado de segurança como uma possibilidade de efetivação dos direitos fundamentais, tomando-se como base uma breve análise jurisprudencial do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Para a execução do objetivo proposto, adotou-se, como método de procedimentos, a técnica de pesquisa bibliográfica em artigos científicos, documentos legislativos e entendimentos jurisprudenciais; e, como método de abordagem, adotou-se o dedutivo.

## **1 CONSIDERAÇÕES SOBRE O MANDADO DE SEGURANÇA**

O mandado de segurança (*mandamus* do latim) refere-se a um remédio de assento constitucional, estabelecido no artigo 5º, incisos LXIX e LXX; art. 102, inciso I, alínea “d”, e inciso II, alínea “a”; artigo 105, inciso I, alínea “b”, e inciso II, alínea “b”; artigo 108, inciso I, alínea “c”; e artigo 109, inciso VIII da Magna Carta, além de ser disciplinado pela Lei n.º 12.016 de 2009, para a proteção do cidadão contra atos ilegais e abusivos praticados por autoridade pública.

A concessão do mandado de segurança, de acordo com a legislação ordinária, em seu artigo 1º, visa a proteção do direito líquido e certo, desde que esse direito não seja amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica vier a sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade de qual categoria for ou de qualquer função que venha a desempenhar. (MELO FILHO; POLO; GODOI, 2017)

Antes de adentrar no aspecto material, importante tecer breves considerações históricas sobre o mandado de segurança e as inspirações para criação desse instituto.

## 1.1 Aspectos históricos e jurídicos do mandado de segurança

A semelhança dos demais povos, o Brasil inicia o regime político e jurídico do período imperial com a outorga da Constituição de 1824, com previsão de direitos individuais. O projeto constitucional foi elaborado por Andrada Machado e Silva, na Assembleia Geral Constitucional de 1823, com viés liberal e de manutenção do poder do monarca. (MENDES; BRANCO, 2011)

Importante dizer que na primeira Constituição do Império, delimitou-se a matéria constitucional, reduzindo-a apenas aos limites e atribuições dos poderes políticos e aos direitos individuais e políticos. Além do mais, a matéria constitucional não poderia ser alterada pela legislação ordinária, conferindo, assim, traços de rigidez<sup>2</sup> à Magna Carta Imperial. Sobre essa questão, José Duarte Neto (2009, p. 180) comenta que:

Em resumo, a Constituição Política do Império foi uma das mais estáveis de nossa história constitucional, não somente pela persistência das decisões políticas fundamentais, sua

---

<sup>2</sup> Diz-se que uma constituição é rígida quando ela é dotada de um procedimento solene e formal para a alteração das normas constitucionais, quando comparado com o procedimento e alteração das normas infraconstitucionais. A estabilidade constitucional é o fim perseguido pela rigidez, portanto, diz-se que a estabilidade é a capacidade de persistir e transformar-se no tempo, conservando suas características principais. De acordo com José Duarte Neto (2009, p. 6), “[...] as Constituições Rígidas são dotadas de uma imutabilidade relativa e de uma supremacia formal. Garantidas por um modelo de controle de constitucionalidade e de institutos de superação de crises.” As Constituições rígidas surgiram com o constitucionalismo moderno, sob o ideário do Iluminismo, durante as Revoluções Liberais. A estabilidade é uma característica importante e necessária, pois modifica-se de forma autônoma, sem perder sua essência e princípios para se aquedar a uma nova situação. “A instabilidade não pode ser interpretada como a ausência de mudança, porque as mudanças são instrumentos de atualização do próprio sistema, desde que preservadas suas principais características. Instabilidade estará mais próximo do sentido de crise”. (DUARTE NETO, 2009, p. 16)

vitalidade em atravessar as décadas com instituições aptas para superar as demandas sociais e políticas, como também porque foi um texto intocado, dado aos limites colocados à sua forma.

Nesse momento histórico, a inserção dos direitos individuais representa a prevalência dos ideais democráticos, liberais e jusnaturalistas que permeavam as sociedades europeias. Contudo, a Constituição do Império não previa mecanismo judicial capaz de “[...] obter a sua pronta e enérgica reparação perante os tribunais, quando ofendidos por ato ilegal do poder público”. (BUZAID, 1961, p. 212)

A Constituição de 24 de fevereiro de 1891 não apresentou evolução na proteção dos direitos constitucionais. A primeira manifestação, nesse sentido, deu-se com a promulgação da Lei n.º 221, de 20 de novembro de 1894<sup>3</sup>, que instituiu uma ação especial, de competência da Justiça Federal, cujo escopo era invalidar decisões ou atos emanados de autoridades administrativas federais, que implicassem em lesão aos direitos individuais. (BUZAID, 1961)

O artigo 13 da Lei n.º 221, de 20 de novembro de 1894, bem como seus parágrafos assim disciplinaram sobre o ajuizamento dessa ação especial em comento:

Art. 13. Os juizes e tribunaes federaes processarão e julgarão as causas que se fundarem na lesão de direitos individuaes por actos ou decisão das autoridades administrativas da União.

§ 1º As acções desta natureza sómente poderão ser propostas pelas pessoas offendidas em seus direitos ou por seus representantes ou successores.

§ 2º A autoridade administrativa, de quem emanou a medida impugnada, será representada no processo pelo ministerio publico. Poderão tomar parte no pleito os terceiros que tiverem um interesse juridico na decisão da causa.

[...]

§ 7º A requerimento do autor, a autoridade administrativa que expediu o acto ou medida em questão suspenderá a sua execução, si a isso não se oppuzerem razões de ordem publica.

[...]

<sup>3</sup> A Lei n.º 221, de 20 de novembro de 1894, foi de autoria de Rodrigo Octávio, cuja intenção era completar a organização da Justiça Federal da República. Na época, o Presidente Floriano Peixoto deixou transcorrer o prazo de sanção da lei e, por isso, o projeto foi devolvido para o Presidente do Senado, Manuel Victoriano Pereira, sendo promulgada e publicada pelo mesmo, no dia 20 de novembro de 1894.

§ 10. Os juizes e tribunaes apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos occurrentes as leis manifestamente inconstitucionaes e os regulamentos manifestamente incompativeis com as leis ou com a Constituição.

§ 11. As sentenças judiciaes passarão em julgado e obrigarão as partes e a administração em relação ao caso concreto que fez objecto da discussão.

§ 12. A violação do julgado por parte da autoridade administrativa induz em responsabilidade civil e criminal. (BRASIL, 1894)

Importante notar que o parágrafo 12 do comentado dispositivo prevê a responsabilidade civil e criminal da autoridade administrativa que violar a decisão proferido pelo tribunal no julgamento da ação protetiva.

Entretanto, a medida legislativa não surtiu efeitos concretos no pronto-atendimento da tutela dos direitos. A demora na solução das violações aos direitos constitucionalmente garantidos, e inexistindo medida judicial eficaz, os jurisdicionados procuraram se socorrer de outras medidas judiciais atípicas, não apenas para impedir a ameaça de violação aos direitos, mas também para restabelecer os direitos violados. Sobre essa situação, Alfredo Buzaid (1961, p. 214-215) comenta que:

Serviam-se então quer dos interditos, visando proteger a chamada “posse de direito”, quer do *habeas corpus*, consideravelmente ampliado em seu objeto, e já agora apto a abranger, além da liberdade de locomoção, ainda a liberdade de consciência, de pensamento e de reunião. Esta obra construtiva, para cujo triunfo cooperaram os mais distinguidos advogados, nomeadamente Rui Barbosa, realizou-a por algum tempo o Supremo Tribunal Federal, num esforço de adaptação de velhas formas de tutela jurídica às exigências da nova ordem, que reclamava medida mais pronta e eficaz para a proteção dos direitos do homem.

Não demorou para que os juriconsultos da época buscassem uma solução para a questão. Ao que indica, a primeira sugestão criada para regulamentar a tutela dos direitos constitucionais, que se diferenciava do *habeas corpus* e do interdito, foi elaborado por Aberto Torres<sup>4</sup>, na sua

<sup>4</sup> Alberto Torres nasceu em Itaboraí, no estado do Rio de Janeiro, em 1865. Formou-se em Direito pela faculdade de Direito do Recife, no ano de 1885. Foi deputado estadual na legislatura de 1892-1893; na sequência, foi deputado federal, no período de 1893-1896, pelo estado do Rio de Janeiro. Assumiu a pasta da Justiça, em 1896, a pedido do então Presidente da República Prudente de Moraes, permanecendo no cargo até 1897. Foi governador do estado do Rio de Janeiro no período de 1897 a 1900. Em abril de 1901,

obra intitulada “A Organização Nacional”, publicada pela primeira vez em meados 1914.

Em seu texto, o autor propõe a criação de um mandado de garantia, com o fito de proteger os direitos individuais e coletivos, públicos e privados, contra os atos do poder público ou de particulares, que não tivessem medidas judiciais expressamente previstas. Assim foi sua proposta para inserção do artigo 73 na Constituição Federal:

Accrescente-se: Art. 73. E' creado o mandato de garantia, destinado a fazer consagrar, respeitar, manter ou restaurar preventivamente os direitos, individuaes ou collectivos, publicos ou privados, lesados por acto do poder publico, ou de particulares, para os quaes não haja outro recurso especial. Paragrapho único. Este mandato só poderá ser expedido, depois de ouvido o Conselho Nacional ou outro órgão do Poder Coordenador, quando o direito lesado fôr de natureza essencialmente política, interessar directamente á independencia dos outros poderes publicas, ou quando a lesão resultar de actos daquelle poder. No exercicio desta attribuição, competirá ao órgão competente do Poder Coordenador decidir, sob criterio político e administrativo, o ponto de interesse publico ou governamental envolvido na causa. (TORRES, 1914 p. 381-382)

Apenas de promissoras, a proposta inicial elaborada por Alberto Torres não foi incorporada às alterações legislativas subsequentes.

No ano de 1922, durante a ocorrência do congresso jurídico, o então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Edmundo Muniz Barreto, propôs a criação de um remédio constitucional semelhante ao *juicio de amparo*<sup>5</sup> mexicano. (BUZUID, 1961)

---

foi nomeado para o cargo de ministro no Supremo Tribunal Federal. Alberto Torres era um defensor do pensamento ruralista, era nacionalista e defensor de um Poder Executivo forte. Faleceu em 1917. Para mais informações, acesse: [https://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas1/biografias/alberto\\_torres](https://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas1/biografias/alberto_torres). Acesso em: 12 jan. 2022.

<sup>5</sup> De acordo com José Luís Lazzarini (2000), o *juicio de amparo* é um remédio constitucional, exercido pelos órgãos jurisdicionais mexicano, cujo objetivo é proteger os particulares. Ou seja, trata-se de uma ação ajuizada pelos indivíduos com o fio de buscar proteção contra ato inconstitucional de alguma autoridade. Esse instituto surgiu como uma resposta às inúmeras arbitrariedades cometidas pelo governo mexicano contra os direitos fundamentais. Assim, a Constituição do Estado de Yucatán de 1840, elaborada por Manuel Crescencio Rejón, instituiu o *juicio de amparo*, como medida judicial de proteção contra violações constitucionais. A Supremo Corte Mexicana era competente para julgar as violações cometidas pelo Poder Executivo e Poder Legislativo, enquanto os demais juizes tinham a competência para conhecer as violações praticas pelos demais autoridades nacionais. Sobre os precedentes do instituto, o pesquisador comenta: “[...] Ante estos precedentes México era presa del desorden y la injusticia, la

Sobre essa importante inovação constitucional mexicana, que inspirou a criação do mandado de segurança brasileiro, o Alfredo Buzaid (1961, p. 203) comenta que:

Dez anos depois a aspiração [*juicio de amparo*] se convertia numa esplêndida realidade, incorporando-se na Constituição de 1857 a fórmula elaborada por Otero, que nunca mais se afastou do sistema mexicano; ao contrário, foi sendo aperfeiçoada, em sua evolução, para abranger, em seu alcance, não apenas a ofensa produzida pelo executivo e legislativo, mas também por autoridades judiciárias. Estava criado, pois, definitivamente, o juízo constitucional de amparo, instituto que tornou inolvidáveis os nomes de Rejón e Otero e revelou o espírito criador do direito mexicano, apresentando ao mundo um remédio jurídico idôneo à tutela jurisdicional dos direitos subjetivos ofendidos por ato de qualquer poder. Daí por diante, numa continuidade nunca interrompida, a cultura jurídica mexicana preservou sempre o instituto que conta mais de um século. Êle representa o triunfo do sistema federativo e o primado da constituição rígida, servindo para manter, como observou Emílio Rabasa, cada poder nos limites de sua competência em relação às pessoas que podem sofrer arbitrariedade, em relação aos poderes entre si, definidas as suas atribuições; e em relação à forma de governo, de modo a assegurar ação tanto do poder federal quanto do estadual.

As reformas constitucionais mexicanas aperfeiçoaram o instituto, delegando-o a importante missão de promoção da cidadania através da tutela dos direitos constitucionais em face de arbitrariedades cometidas

---

prisión, la tortura, la confiscación y la muerte eran corrientes en la sociedad mexicana. Los llamados y a veces invocados derechos del hombre eran pura ficción. Tal como lo expresa Fernández del Castillo: ‘En estas circunstancias, las declaraciones de derechos del hombre contenidas en las leyes constitucionales eran letra muerta cuando estaba en juego el interés de la gente que por imposición de las armas ejercía el Gobierno. Se hacía pues necesario dar al pueblo un procedimiento accesible y eficaz, por el cual los tribunales pudieran ampararlo, deteniendo la acción abusiva de las autoridades’” (LAZZARINI, 2000, p. 213). Entretanto, embora o projeto constitucional contivesse uma declaração de garantias fundamentais, tais direitos estavam restritos apenas ao estado de Yucatán. Foi no Congresso Constituinte de 1842, convocado para promulgar uma nova Constituição Federal, que Mariano Otero propôs a enumeração de garantias e direitos constitucionais, contudo, a proposta não prevaleceu. Em 1847, Otero desenvolveu a ideia de *juicio de ampara*, na *Acta de Reformas*, sugerindo três ideias centrais: (1) possibilidade de realizar queixa num juízo especial, e não como mero recurso; (2) restringir aos tribunais federais a competência jurisdicional para conhecer e julgar essas queixas e (3) proibir declaração geral sobre atos violadores da lei. A proposta ganhou adeptos sendo incorporado na Constituição Mexicana de 1857.

pelo Poder Público. Basicamente, *juicio de amparo* está fundamentado em três principais aspectos: (a) a medida é formulada pela parte prejudicada pelo ato considerado inconstitucional; (b) o proponente deve ser uma pessoa natural ou jurídica, porém, sempre particular; e (c) a sentença proferida no caso deve se limitar a resolver a lide, sem proferir declaração acerca do ato que gerou a violação do direito. (BUZAID, 1961)

Continuando, a “crise jurídica” que imperou no Brasil favoreceu os auspícios para uma reforma constitucional, que ocorreu nos anos seguintes. Em 1926, a Constituição Federal da época passou por uma revisão. Entre as principais alterações se deu a restrição do *habeas corpus* apenas para a garantia da liberdade de locomoção, eliminando a possibilidade de manejo desse remédio para a defesa de direitos civis. (MENDES; BRANCO, 2011)

No dia 11 de agosto de 1926, o deputado federal Gudesteu Pires, na sessão comemorativa de fundação do ensino jurídico no Brasil, apresentou o Projeto de Lei n.º 148, que previa a criação do mandado de segurança como ferramenta de efetivação dos direitos fundamentais violados pelo Poder Público. (BUZAID, 1961)

Nota-se que, nesse momento tornou-se evidente a necessidade para o desenvolvimento de uma ferramenta jurídica adequada para a proteção judicial em face de lesões a direitos subjetivos públicos, não resguardado pelo *habeas corpus*. (MENDES; BRANCO, 2011)

A ciência jurídica brasileira já ansiava, nesse momento, para o desenvolvimento de uma instrumento processual-constitucional eficaz e célere, capaz de resguardar os direitos individuais. Somado a isso, ao longo da Primeira República<sup>6</sup>, as experiências empíricas empreendidas por meio dos interditos e do *habeas corpus* e o desenvolvimento doutrinário

---

<sup>6</sup> Segundo o historiador Boris Fausto (2011), a Primeira República (1889-1930) teve início com as disputas entre os grupos políticos rivais, que dominavam as principais províncias (São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul), após o desgaste político, econômico e social do sistema monárquico. Em 15 de novembro de 1889, o marechal Deodoro da Fonseca, apoiado pelo Exército Brasileiro, proclamou a República dos Estados Unidos do Brasil, instituindo um Governo Provisório, do qual era chefe. A primeira constituição do período republicano foi promulgada em fevereiro de 1891, com inspiração no modelo estadunidense, instituindo uma república liberal, de sistema presidencialista de governo. Fixou-se um sistema de voto direto e universal a todos os cidadãos (maiores de 21 anos), exceto os analfabetos, mendigos e praças militares. “É comum denominada Primeira República como ‘república dos coronéis’, em uma referência aos coronéis da antiga Guarda Nacional, que eram em sua maioria proprietários rurais, como uma base local de poder.” (FAUSTO, 2011, p. 149). A Primeira República teve fim com a Revolução de 1930, liderada por Getúlio Vargas, após o assassinato de seu parceiro político e candidato a Vice-Presidente da República.

contribuíram para a eclosão de uma nova revisão constitucional.<sup>7</sup> (BUZAID, 1961)

Foi com o desenvolvimento da Constituição Federal de 1934 que o mandado de segurança ganhou assento constitucional, com previsão no artigo 113, parágrafo 33<sup>8</sup>. Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Branco (2011, p. 480) ensina que:

Assim, a Constituição de 1934 consagrou, ao lado do *habeas corpus*, e com o mesmo processo deste, o mandado de segurança para a proteção de “direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade” (art. 113, 33).

Ainda que o dispositivo constitucional fosse autoexecutável<sup>9</sup>, foi necessária a criação de uma norma infraconstitucional, capaz de dar base e substância para a medida. Assim, foi promulgada a Lei n.º 191, de 16 de janeiro de 1936, responsável por regulamentar material e processualmente o mandado de segurança. O artigo 1º e 2º da referida lei assim definiu:

Art. 1º Dar-se-á mandado de segurança, para defesa de direito certo e incontestavel, ameaçado, ou violado, por acto

<sup>7</sup> Alfredo Buzaid (1961, p. 215) ensina que, depois de 1931, o Brasil adentra numa fase de intensa reelaboração legislativa, com objetivo de atualizar as instituições políticas e abrir “novos horizontes no domínio do direito constitucional”. Esse progresso pode ser verificado pela a criação do mandado de segurança, cujo objetivo era tutelar os direitos fundamentais; e o desenvolvimento da ação direta de declaração de inconstitucionalidade, com o fito de proteger a Constituição Federal. “[...] O primeiro está impregnado ainda do acentuado individualismo jurídico do século XIX, a segunda é uma legítima conquista da política contemporânea de racionalização do poder. Esta é defesa direta, aquela defesa indireta da Constituição. Cada qual, partindo de pontos distintos, concorre para um objetivo comum: a tutela da ordem jurídica constitucional.”

<sup>8</sup> O instituto do mandado de segurança estava positivado na Constituição Federal de 1934 nos seguintes termos: “Art. 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] 33) Dar-se-á mandado de segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitórias competentes.” (BRASIL, 1934)

<sup>9</sup> José Afonso da Silva (1998) classifica as normas constitucionais conforme sua eficácia e aplicabilidade. As normas de eficácia plena possuem aplicabilidade direta, imediata e integral, ou seja, estão aptas a produzir todos os efeitos esperados, sem a necessidade de norma infraconstitucional regulamentar, por isso, são chamadas de normas autoaplicáveis ou autoexecutáveis. As normas de eficácia contida são aquelas que possuem aplicabilidade direta e imediata, contudo, não integral; ou seja, a eficácia da norma constitucional pode sofrer limitação por norma infraconstitucional. Já as normas constitucionais de eficácia limitada possuem aplicabilidade mediata e reduzida, pois, para surtir os efeitos esperados, carece de norma infraconstitucional regulamentar.

manifestamente inconstitucional, ou ilegal, de qualquer autoridade.

Paragrapho unico. Consideram-se actos de autoridades os das entidades autarchicas e de pessoas naturaes ou juridicas, no desempenho de serviços publicos, em virtude de delegação ou de contracto exclusivo, ainda quando transgridam o mesmo contracto.

Art. 2º O mandado não prejudica as acções petitorias competentes.

§ 1º A decisão do mandado de segurança não impede que a parte reitere a defesa de seu direito por acção competente, nem por esta pleiteie efeitos patrimoniaes não obtidos.

§ 2º Poderá renovar-se o pedido do mandado sómente quando a decisão denegatoria lhe não houver apreciado o merecimento.

§ 3º Cabe o mandado de segurança contra quem executar, mandar ou tentar executar o acto que o tenha provocado. (BRASIL, 1936)

Porém, o Estado Democrático sofreu abalos com o golpe de estado emplacado por Getúlio Vargas, que outorgou uma nova Constituição Federal em 10 de novembro de 1937. A nova Magna Carta não trazia assento constitucional para o mandado de segurança, mas, o Decreto-Lei n.º 6, de 16 de novembro de 1937, manteve o instituto, limitando seus efeitos e extensão (BUZAID, 1961). Isso se deu em razão do regime político autoritário adotado pelo “Novo Estado”, com aspirações fascistas e supressão de direitos políticos e civis. Como o mandado de segurança tinha por principal objetivo tutelar direitos e garantias fundamentais, sendo um instrumento da cidadania, o “Governo Vargasista” buscou abolir essa ferramenta da seara constitucional. (FAUSTO, 2011)

Com a queda dos regimes ditatoriais, o Estado Novo ruiu, dando espaço novamente para a democracia. Então, em 18 de setembro de 1946, foi promulgada uma nova Constituição Federal. O artigo 141, n.º 24, da Carta Política de 1946 trouxe novamente o instituto do mandado de segurança, nos seguintes termos:

Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...] § 24 - Para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, conceder-se-á mandado de segurança,

seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder. (BRASIL, 1946)

Posteriormente, foi editada a Lei n.º 1.533, de 31 de dezembro de 1951, com o objetivo de regulamentar os aspectos materiais e processuais do mandado de segurança.

Ao longo dos demais períodos constitucionais, o mandado de segurança sempre teve assento constitucional, incluindo no regime ditatorial. (MENDES; BRANCO, 2011)

Atualmente, o mandado de segurança está positivado no artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal de 1988, integrando o rol de direitos e garantias fundamentais, o que o torna um importante instrumento para a efetivação da cidadania. A Lei n.º 1553, de 31 de dezembro de 1951, foi revogada pela atual e vigente Lei n.º 12.016, de 7 de agosto de 2009, cuja a intenção é regulamentar os aspectos processuais e materiais do mandado de segurança. (MENDES; BRANCO, 2011)

## 1.2 Aspectos materiais e processuais do mandado de segurança

Em linhas gerais, pode-se dizer que o mandado de segurança é um remédio heroico, destinado a proteger direito individual ou coletivo, que seja líquido e certo, contra ato ou omissão de autoridade pública, desde que não seja amparado por *habeas corpus* nem *habeas data*. Segundo Hely Lopes Meirelles (1996), essa ferramenta constitucional tem ampla utilização, abrange todo e qualquer direito subjetivo público que não tenha proteção específica, e desde que seja demonstrada a liquidez e certeza desse direito, isto é, que seja um direito materialmente inquestionável, com extensão e aptidão para ser exercido.

Neste contexto, pode-se dizer que o mandado de segurança possui natureza jurídica de verdadeira ação, essa por sua vez caracterizada como mandamental, de modo que:

a sentença proferida nessa ação é uma ordem a ser observada pela autoridade coatora. De fato, a sentença proferida no mandado de segurança ordena, manda, não se limitando a condenar. Não existe a necessidade de um procedimento para obter a execução da ordem, bastando ao juiz oficiar a autoridade impetrada, transmitindo-lhe a ordem de fazer ou não fazer. Caso a autoridade impetrada a descumpra, cometerá crime de desobediência e/ou de responsabilidade. Além disso, no mandado de segurança proporciona-se,

ao impetrante, a garantia *in natura* do direito pleiteado. Veja-se que não há possibilidade de substituir o direito pela indenização por perdas e danos. De fato, não se abre à administração outra alternativa que não a de dar estrito cumprimento à ordem emanada da sentença concessiva da segurança, sob pena de infração penal. O cumprimento da ordem é ato que somente a autoridade coatora pode praticar. Não há como obter o resultado prático equivalente. (AURELLI, 2021, p. 35)

Sobre os aspectos jurídicos inovadores, Alfredo Buzaid (1961, p. 218) comenta que esse remédio constitucional rompeu com a tradição pátria, pois possibilitou ao impetrante obter uma prestação *in natura*, mais vantajosa de suspender o ato impugnado:

A sua característica fundamental consiste na possibilidade de compelir a administração pública a praticar ou deixar de praticar algum ato. Esta solução rompeu com a tradição do direito brasileiro, segundo a qual o inadimplemento das obrigações de fazer ou de não fazer se resolve em reparação pecuniária, isto é, na condenação em perdas e danos<sup>84</sup>. Anteriormente não se negava ao Poder Judiciário a competência para decretar a nulidade dos atos administrativos, violadores da lei ou da Constituição. Mas a sanção daí decorrente dava lugar, de ordinário, a uma indenização, não podendo o juiz substituir-se à administração. O mandado de segurança é, ao contrário, uma ação que confere ao titular do direito a possibilidade de obter a prestação *in natura*; mais vigorosa que todas as outras, esta ação judicial consegue não só a suspensão liminar do ato impugnado, como também a execução específica, repondo as coisas no estado anterior à ofensa.

No que tange à apresentação, o mandado de segurança pode ser preventivo ou repressivo. O preventivo se instrumentaliza por meio da prática do ato coator, ou quando esse ato ainda não ocorreu ou não foi concretizado, tendo como “cerne de propositura a impetração preventiva a partir da existência de uma ameaça, sendo então o suficiente para a admissibilidade, podendo ser exigido somente a existência dela ou a identificação de omissão.” (OLIVEIRA, 2010, p. 232)

Por outro lado, o mandado de segurança repressivo consubstancia quando a autoridade coatora pratica o ato e, conseqüentemente, atinge a esfera dos direitos de uma pessoa. Por conseguinte, a instrumentalização do *mandamus* constitucional objetiva cessar a ocorrência e os efeitos gerados ou que ainda surgirão.

Para efeitos da lei, considera-se autoridade todos os (a) representantes ou órgão de partidos políticos; (b) os administradores de entidades autárquicas; (c) os dirigentes de pessoas jurídicas públicas; e (d) pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público. (MENDES; BRANCO, 2011)

Importante ressaltar que não é possível impetrar mandado de segurança contra atos de gestão comercial<sup>10</sup> praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista ou de concessionárias de serviços públicos, como previsto no parágrafo 2º do art. 1º da Lei n.º 12.016 de 2009.

O parágrafo 3º do artigo 1º da Lei n.º 12.016 de 2009 prevê que se a violação de direito prejudicar várias pessoas qualquer uma delas pode requerer o mandado de segurança em benefício dos demais sujeitos. Nota-se que o dispositivo expressa a possibilidade de um dos prejudicados manejar o remédio constitucional em proveito dos demais, justamente em razão do seu caráter protetivo e de promoção dos direitos fundamentais. (PACHECO, 2008)

Também como mecanismo para auxiliar na proteção os direitos, em caso de urgência e observando-se os requisitos legais, é possível impetrar o mandado de segurança por telegrama, radiograma, fax ou qualquer outro meio eletrônico de autenticidade comprovada, como fixado pelo artigo 4º da Lei n.º 12.016 de 2009. Por sua vez, o parágrafo 2º do artigo dispõe que, após impetrar o mandado em vias de urgência, o impetrante deve apresentar a petição original em até 5 dias úteis seguintes. (MENDES; BRANCO, 2011)

O artigo 5º da Lei n.º 12.016 de 2009 trata sobre os casos que não comportam o mandado de segurança, sendo eles: (a) de ato do qual caiba recurso administrativo com efeitos suspensivo, independente de caução; (b) de decisão judicial que caiba recurso com efeito suspensivo; e (c) de decisão judicial transitada em julgada. O dispositivo possui lógica jurídica: se os atos administrativos ou as decisões judiciais permitem a interposição de recursos com possibilidade de efeito suspensivo, não há a necessidade de medida extra para coibir o ato ou a decisão, pois poderão

<sup>10</sup> Segundo Hely Lopes Meirelles (2016), os atos de gestão são atos praticados pela Administração Pública sem usar de sua supremacia sobre os administrados, ou seja, trata-se de atos puramente de administração e gestão de bens e serviços públicos em relações negociais estabelecidos com particulares, que não necessitam de coerção sobre os interessados. Como os atos de gestão não apresentam requisitos de supremacia, são considerados meros atos da administração e não atos administrativos em sentido estrito, por isso, como não há manifestação de supremacia da Administração Pública, os atos de gestão não estão sujeitos ao mandado de segurança.

ser suspensos por recurso. De igual modo, não cabe mandado de segurança contra decisão judicial transitada em julgada justamente em respeito ao princípio constitucional da segurança jurídica e da coisa julgada<sup>11</sup>, previsto no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal de 1988.

Apresentadas essas breves considerações e especificidades sobre o mandado de segurança, importa destacar que o preventivo pode assumir uma função inibitória, a fim de impossibilitar a realização do dano. Ainda, no mandado de segurança preventivo pode ocorrer a convolação em repressivo no deslinde processual, particularmente, em decorrência da ausência de esgotamento do objeto.

O mandado de segurança também deve ser visto e entendido como tutela jurisdicional diferenciada, possibilitando um processo mais célere e efetivo, capaz de proporcionar a plenitude dessa tutela, e a eficácia dessa garantia. Sob esse aspecto, o mandado de segurança tem a função de ser o instrumento por meio do qual se assegura a efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal e na legislação ordinária, havendo a possibilidade de se obter a tutela efetiva, assegurando a plenitude do direito pretendido. Destarte, como garantia constitucional, é preciso que se proporcione o acesso aos meios que possibilitem a efetividade dessa garantia. (AURELLI, 2021, p. 36)

O mandado de segurança, repisa-se, é o meio constitucional à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção do direito individual líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça. (MEIRELLES, 1996)

Dessa forma, a concretização dos direitos fundamentais torna-se uma tarefa necessária e urgente, por isso no segundo item esmerar-se-á para analisar esses direitos dispostos na Constituição da República Federativa do Brasil.

---

<sup>11</sup> Segundo Candido Rangel Dinamarco (2007, p. 222), o princípio da segurança jurídica na coisa julgada tem por objetivo promover a paz social, pois permite a estabilidade nas relações jurídicas. Portanto, “[...] sua utilidade consiste em assegurar estabilidade a esses efeitos, impedido que voltem a ser questionados depois de definitivamente estabelecidos por sentença não mais sujeito a recurso. A garantia constitucional é a disciplina legal da coisa julgada e recebe legitimidade política e social, que tem de conferir segurança às relações jurídicas atingidas pelos efeitos da sentença.”

### 1.3 Aspectos gerais sobre o mandado de segurança coletivo

Justamente pensando na promoção da cidadania e efetivação dos direitos fundamentais é que foi criado o mandado de segurança coletivo, conferindo aos partidos políticos com representação no Congresso, aos sindicatos, às entidades de classe e às associações legalmente constituídas, e em funcionamento há pelo menos um ano, a legitimidade para o manejo desse remédio constitucional para a defesa, no todo ou em partes, dos direitos de seus membros ou associados (PACHECO, 2008). Assim, a ação constitucional de mandado de segurança coletivo, inédito no Brasil até então<sup>12</sup>, [...] está destinada tanto à proteção de direitos individuais como à tutela coletiva de direitos individuais e coletivos. (MENDES; BRANCO, 2011, p. 482)

Segundo Teori Zavascki (2005, p. 193), a principal, e essencial, diferença entre o mandado de segurança individual e o mandado de segurança coletivo reside na questão da legitimidade ativa. Permitiu-se ao substituto processual buscar, numa única ação, a tutela de direitos de vários indivíduos, intitulados de “interesses dos seus membros ou associados”. Assim, Teori Zavascki ressalta que:

[...] Conferiu-se ao mandado de segurança a excepcional virtualidade de ensejar proteção coletiva a um conjunto de direitos líquidos e certos, violados ou ameaçados por ato de autoridade. Em outras palavras: transformou-se o mandado de segurança em instrumento para tutela coletiva de direitos. Assim, o mandado de segurança coletivo é um mandado de segurança, mas também uma ação coletiva, e isso faz uma enorme diferença [...].

Em relação à natureza dos direitos tuteláveis pelo mandado de segurança coletivo, há certa divergência entre os estudiosos. Há uma corrente que defende que se trata de uma ação legítima para resguardar direitos coletivos e individuais, indistintamente (NERY JÚNIOR, 1990). Por outro lado, há uma corrente que defende a ideia de que o mandado de segurança coletivo se trata apenas de instrumento para tutela de direitos subjetivos individuais. (ZAVASCKI, 2005)

---

<sup>12</sup> Segundo Teori Zavascki (2005), traços do mandado de segurança coletivo podem ser observados antes da Constituição Federal de 1988. Como exemplo, cita-se a Lei n.º 4215, de 1963, que criou o Estatuto da Ordem dos Advogados, conferindo a essa instituição a legitimidade para representar em juízo, ou fora deles, os interesses gerais e individuais dos advogados, relacionados ao exercício da profissão. A Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), em seu artigo 513, também conferiu aos sindicatos a legitimidade para representar perante às autoridades judiciárias e administrativas os interesses gerais da categoria.

No tocante aos partidos políticos, Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Branco (2011, p. 482) afirmam que o mandado de segurança coletivo apenas pode ser manejado para a defesa de direitos de seus filiados, “[...] observada a correlação com as finalidades institucionais e objetivas da agremiação”.<sup>13</sup> Por outro lado, Teori Zavascki (2005, p. 196) defende, com base numa hermenêutica constitucional abrangente e compreensiva, que o texto constitucional não impõe limites quando à natureza dos direitos tuteláveis, desse modo, “[...] não se pode considerar excluída dessa tutela os direitos transindividuais, desde que, obviamente, se tratam de direitos líquidos e certos e que estejam presentes os pressupostos de legitimação [...]”.

Portanto, pode-se concluir que o mandado de segurança coletivo é, em essência, uma ação de tutela de direitos coletivos, sendo, dessa forma, um importante instrumento de proteção de direitos coletivos e de promoção da cidadania.

#### **1.4 Considerações sobre “direito líquido e certo”**

Nas primeiras manifestações do mandado de segurança no ordenamento jurídico brasileiro, o direito líquido e certo era entendimento como sendo aquele direito sobre o qual não pairava dúvidas jurídicas, que não comportava discussões para seu reconhecimento, com fácil verificação. (FERRAZ, 1986)

Na Constituição Federal de 1934, que foi a primeira aparição do mandado de segurança na história constitucional brasileira, o instituto faz referência a “direito certo e incontestável”. A terminologia foi excluída pela Constituição Federal de 1946, sendo substituída pela noção de “direito líquido e certo”. Isso se deu pois, segundo José da Silva Pacheco (2008), a princípio, todo direito é passível de contestação.

Posteriormente, todas as demais Constituições Federais mantiveram a expressão “direito líquido e certo” como pressuposto para a impetração do mandado de segurança. Atualmente, a legislação pátria não traz a definição do conceito.

De acordo com Hely Lopes Meirelles (1996), a definição de “direito líquido e certo” enfrenta debates no meio jurídico, sendo um conceito impróprio, haja vista que a liquidez e a certeza se referem

<sup>13</sup> Essa corrente está presente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como é possível verificar no julgamento RE 196.184/AM, em 27 de outubro de 2004, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, que consignou: “[...] 2. O partido político não está, pois, autorizado a valer-se do mandado de segurança coletivo para, substituindo todos os cidadãos na defesa de interesse individuais, impugnar majoração de tributo. [...]”

aos fatos que já devem estar evidenciados com as provas no momento da impetração do mandado de segurança, em razão da ausência de fase probatória. “Quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração”. (MEIRELLES, 1996, p. 39)

No mesmo sentido, Maria Sylvia di Pietro (2016) ensina que o “direito líquido e certo” se refere aos fatos, que se apresenta no momento inaugural, comprovado por meio de provas que instruem a petição inicial.

Para Celso Agrícola Barbi (2009, p. 56), conceito é tipicamente processual porque diz respeito ao modo de ser de um direito subjetivo no processo: “[...] a circunstância de um determinado direito subjetivo realmente existir não lhe dá a caracterização de liquidez e certeza; esta só lhe é atribuída se os fatos em que fundar puderem ser provados de forma incontestável, certa, no processo [...]” e isto somente é possível por prova documental.

Em oposição, Alfredo Buzaid (1956) entende que o conceito é pré-processual, relacionado ao aspecto material, pois sua existência é o fundamento para a impetração do mandado de segurança, ou seja, é um pressuposto processual.<sup>14</sup>

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal adota a tese de que o conceito “líquido e certo” é eminentemente processual, pois diz respeito aos fatos que devem ser comprovados no momento da impetração.

Daí o incensurável magistério de Celso Ribeiro Bastos (“Do Mandado de Segurança”, p. 15, 978, Saraiva), para quem “[...] o direito líquido e certo é conceito de ordem processual, que exige a comprovação dos pressupostos fáticos da situação jurídica a preservar. Consequentemente, direito líquido e certo é ‘conditio sine qua non’ do conhecimento do mandado de segurança, mas não é ‘conditio per quem’ para a concessão da providência judicial”. Registra-se que esta Corte, em sucessivas decisões, deixou assinalado que o direito líquido e certo, apto a autorizar o ajuizamento da ação de mandado de segurança, é, tão-somente, aquele que concerne a fatos incontroversos, constatáveis de plano, mediante prova literal inequívoca (Re 26999999.464/DF, Rel. Min. Celso de Mello) [...]. (BRASIL, 2002, p. 152-153)

---

<sup>14</sup> Alfredo Buzaid (1956, p. 33) considera que a simplicidade não é um requisito da liquidez e certeza: “[...] a característica do direito líquido e certo não é assim a sua simplicidade, em contraposição a um direito complicado, que comporta questões de alta indagação. O direito, por ser menos singelo, não se torna por isso mais incerto. Complexidade não é sinônimo de incerteza”.

Em apertada síntese, pode-se dizer, então, que o direito líquido e certo é aquele quando o fato constitutivo desse direito é comprovado documentalmente por prova pré-constituída – a petição inicial deve estar acompanhada de documentos indispensáveis para a comprovação. Afirmção da existência do direito deve ser provado de logo, de modo irrefutável, inquestionável. (MELO FILHO; POLO; GODOI, 2017)

## **2 CONSIDERAÇÕES SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Os estudos sobre a concepção e evolução dos direitos fundamentais tornam-se relevantes para que haja uma noção de tempo e espaço, além de contribuir para a importância desses direitos, especialmente para o Estado Constitucional, consubstanciado no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem.

Nesse sentido, em busca dessa noção histórica, a fim de que haja uma real compreensão do conceito que se pretende discutir, quais sejam os direitos fundamentais e, conseqüentemente, o princípio da dignidade da pessoa humana, Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 24) leciona que:

Sintetizando o devir histórico dos direitos fundamentais até o seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, K. Stern, conhecido mestre de Colônia, destaca três etapas: a) uma pré-história, que se estende até o século XVI; b) uma fase intermediária, que corresponde ao período de elaboração da doutrina jusnaturalista e da afirmação dos direitos naturais do homem; c) a fase da constitucionalização, iniciada em 1776, com as sucessivas declarações de direitos dos novos Estados americanos.

A partir disso, importa destacar a contribuição da religião e da filosofia como influenciadoras na concepção jusnaturalista e do ser humano. Sustentam que, pelo simples fato de existir, a pessoa seria titular de alguns direitos naturais e inalienáveis.

Na Idade Média, especial destaque a São Tomás de Aquino, que propagava a existência de concepções distintas, uma formada pelo direito natural e a outra pelo direito positivo. Em comentário, Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 24) ensina:

[...] duas ordens distintas, formadas, respectivamente, pelo direito natural, como expressão da natureza racional do homem, e pelo direito positivo sustentando que a

desobediência ao direito natural por parte dos governantes poderia, em casos extremos, justificar até mesmo o exercício do direito de resistência da população.

As teorias contratualistas, nos séculos XVII e XVIII, atingem seu ápice de desenvolvimento com o reconhecimento dos direitos naturais individuais e as expressões de liberdade e dignidade da pessoa humana, como destaca Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 27) no trecho: “Cumprer ressaltar que foi justamente na Inglaterra do século XVII que a concepção contratualista da sociedade e a ideia de direitos naturais do homem adquirem particular relevância, e isto não apenas no plano teórico.”

O pensamento kantiano marca, conclusivamente, a fase histórica dos direitos humanos. Neste sentido, descreve Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 28):

[...] todos os direitos são abrangidos pelo direito de liberdade, direito natural por excelência, que cabe a todo homem em virtude de sua própria humanidade, encontrando-se limitado apenas pela liberdade coexistente dos demais homens.

Segundo o filósofo alemão Robert Alexy (2008), o conceito de direito fundamental pode ser interpretado através do aspecto formal e material. No primeiro critério, considera-se direito fundamental como aquele elaborado conforme os parâmetros das normas constitucionais, isto é, quando criados através do procedimento legislativo fixado pela Constituição. Já o segundo aspecto utilizar um critério intrínseco e significativo do próprio direito, ou seja, de garantir e efetiva a dignidade da pessoa humana.

Norberto Bobbio (2004) afirma que os direitos fundamentais possuem posição de destaque na sociedade quando ocorre a inversão da relação entre indivíduo e Estado com reconhecimento, em primeiro lugar, dos direitos dos indivíduos e, depois, dos deveres para com o Estado. Esses direitos que o Estado tem por obrigação de tutelar e assegurar, o livre exercício se destina a cuidar das necessidades dos cidadãos, assegurando-lhes a dignidade e a qualidade de vida. Além do mais, Norberto Bobbio (2004) aduz que o rol de direitos fundamentais se amplia conforme as exigências sociais de cada momento histórico, não sendo homogêneo e estático; pelo contrário, os direitos fundamentais são evolutivos, dinâmico e heterogêneos.

Em resumo, pode-se afirmar que os direitos fundamentais são os direitos básicos de qualquer indivíduo, independentemente de sua condição ou qualidade pessoal. Compõe um núcleo intangível de direitos, cujas funções exordiaais são de limitar o poder do Estado, tutelando os sujeitos contra as arbitrariedades estatais, e de garantir um mínimo

existencial aos seres humanos, por meio de direitos materiais, acesso à prestação jurisdicional e de participação na formação da vontade pública. (MENDES; BRANCO, 2011)

No contexto brasileiro, os direitos fundamentais podem ser compreendidos como os direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional, concernentes às pessoas como membros de um ente público concreto.

Para exemplificação, o artigo 6º da Constituição Federal de 1988 estabelece os direitos sociais consagrados no texto constitucional hodierno, no seu Título II:

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.

Urge salientar que a Constituição Federal de 1988 foi escrita sob o ímpeto de um ideal transformador e de uma concepção de constituição dirigente que pugnava modificar, de fato, as mazelas sociais do país.

Para fins didáticos, constituição dirigente, segundo José Joaquim Gomes Canotilho (1998, p. 257), pode ser compreendida como:

o que de (e pode) uma constituição ordenar aos órgãos legiferante e o que deve (como e quando deve) fazer o legislador para cumprir, de forma regular, adequada e oportuna, as imposições constitucionais. [...] a constituição [...] tem a função de propor um programa racional e um plano de realização da sociedade; a lei fundamental [...] tem a função de garantir os princípios jurídicos ou regras de jogo da sociedade estabelecida.

Dessa forma, o “homem e a sua dignidade são a razão de ser da sociedade, do Estado e do Direito” (OTERO, 2003, p. 254) e, incumbe ao Poder Público a efetivação desses direitos essenciais que possuem como núcleo central e irradiador o princípio da dignidade da pessoa humana.

Em relação ao entendimento sobre dignidade da pessoa humana, Luís Roberto Barroso (2012) afirma que a dignidade da pessoa humana constitui, em primeiro lugar, um valor (conceito axiológico), ligado a ideia de justo, bom e virtuoso. Nessa posição ela se coloca ao lado de outros valores centrais do Direito, como a justiça, segurança e solidariedade. É nesse plano que a dignidade se torna a base moral dos direitos fundamentais e dos direitos humanos.

No âmbito político, ela passa a integrar documentos internacionais e constitucionais, tornando-se um princípio fundamental para o estabelecimento do estado democrático. Em primeiro momento a dignidade, porém, a concretização desse princípio era tarefa exclusiva do Executivo e do Legislativo. No final século XX, a dignidade humana se aproxima do Direito e torna-se um conceito jurídico (odontológico), assim passa a gravitar na órbita do Judiciário. Portanto, a dignidade, sem deixar de ser um valor moral fundamental, ganha definição de princípio jurídico. (BARROSO, 2012)

Ao longo do tempo, convencionou-se de que nos casos difíceis – para os quais os Direito não oferecem soluções prontas – os juízes devem empregar elementos extrajudiciais, como a filosofia política e a filosofia moral, nas quais gravita o princípio da dignidade humana. Portanto, mesmo antes de ser de ingressar no universo jurídico (ser positivada em texto jurídicos ou consagrada pela jurisprudência), a dignidade já desempenhava papel relevante nos processos interpretativos. (BARROSO, 2012)

Assim, a dignidade é um valor fundamental, convertido em princípio jurídico de estatura constitucional. Serve tanto como justificativa moral quanto como fundamento normativo dos direitos fundamentais.

Luís Barroso (2012) define princípios como: normas jurídicas (com certa carga axiológica) que consagram valores ou indicam fins a serem realizados, sem explicitar comportamentos específicos, possuindo dimensão de peso ou importância. São mandados de otimização e sua realização deve ser dada na maior medida possível, levando-se em conta outros princípios, bem como a realidade fática subjacente (realidade do cotidiano). Sua aplicação poderá se dar por subsunção, mediante extração de uma regra concreta de seu enunciado abstrato, mas também mediante ponderação, em caso de colisão com outras normas de igual hierarquia (sujeito à ponderação e à proporcionalidade), e sua pretensão normativa pode ceder, conforme as circunstâncias, a elementos contrapostos. Seu papel no sistema jurídico difere nas regras, na medida em que eles irradiam por outras normas (são mais genéricos), condicionando seu sentido e alcance.

Luís Roberto Barroso (2012) finaliza fazendo três importantes observações:

a) a dignidade da pessoa humana é parte do conteúdo dos direitos materialmente fundamentais, não se confundido com nenhum deles. A dignidade também não é um direito fundamental em si. Portanto, a dignidade é o parâmetro da ponderação em caso de concorrência ou conflito entre os direitos fundamentais.

b) Embora a dignidade humana seja considerada como um valor ou princípio fundamental, ela não tem caráter absoluto. É certo que ela deve ter eficiência na maior parte das situações quando há colisão de outros princípios. Entretanto, em alguns casos especialmente relevantes, a dignidade poderá ser sacrificada em prol de outros valores individuais ou sociais. São exemplos de caso: a pena de prisão; expulsão do estrangeiro; e a proibição de certas formas de expressão.

c) A dignidade da pessoa humana se aplica tanto nas relações entre indivíduos e Estado como nas relações privadas.

### **3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A APLICAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA EM SUA EFETIVAÇÃO**

A positivação do princípio da dignidade da pessoa humana é, em termos históricos, consideravelmente recente. Foi a partir da Segunda Guerra Mundial que o valor fundamental da dignidade da pessoa humana passou a ser reconhecido expressamente nas constituições, especialmente após ter sido consagrado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) de 1948.

No contexto brasileiro, a Constituição da República Federativa de 1988, em seu artigo 1º, *caput* e inciso III, expressamente prevê esse preceito:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, o Estado existe em função da pessoa humana, de acordo com o dispositivo legal acima mencionado, que constitui um dos seus fundamentos. Em complemento, quando a dignidade da pessoa humana é considerada como condição de princípio constitucional estruturante do Estado Democrático de Direito, conforme disposto na Constituição Federal 1988, “é o Estado que passa a servir como instrumento para a garantia e a promoção da dignidade das pessoas individual e coletivamente consideradas.” (SARLET, 2012, p. 75)

Primordial salientar a criticidade trazida por Daniel Sarmiento (2016, p. 92) na pertinente questão sobre a dignidade da pessoa humana,

relacionando-a com o valor intrínseco da pessoa, a igualdade, a autonomia, o mínimo existencial e o reconhecimento, expressa da seguinte maneira:

Considero que o princípio da dignidade da pessoa humana deve guardar uma necessária conexão com compreensão de pessoa humana, que deriva de uma leitura de ordem constitucional brasileira guiada pela moralidade crítica. [...] trata-se, em resumo, da pessoa vista como fim em si, e não como mero instrumento a serviço do Estado, da comunidade ou de terceiros; como merecedora do mesmo respeito e considerações que todas as demais, e não como parte de um estamento na hierarquia social; como agente autônomo, e não como ovelha a ser conduzida por qualquer pastor, como ser racional, mas que também tem corpo e sentimentos e, por isso, experimenta necessidades materiais e psíquicas; como ser social, imerso em relações intersubjetivas fundamentais para a sua identidade, e não como indivíduo atomizado e desenraizado.

José Luís Lazzarini (2000, p. 212) advoga pela necessidade de um instituto jurídico eficaz, capaz de fazer prevalecer os direitos fundamentais:

El derecho no es siempre suficiente para su efectiva vigencia, precisa muchas veces para su cumplimiento un medio que lo haga posible, y éste es la garantía constitucional. Las garantías constitucionales son los medios conducentes para hacer cumplir los derechos constitucionales. El término garantía viene del derecho privado y es el acto mediante el cual se asegura el cumplimiento de lo pactado, como cuando se hipoteca o se prenda un bien inmueble o mueble. Pero una cosa es un derecho constitucional y otra es la garantía constitucional. No obstante, se confunde derecho con garantía y por ello, se suele llamar garantías constitucionales a los derechos constitucionales.

A Ministra Rosa Weber, integrante do Supremo Tribunal Federal, exemplifica a instrumentalização da vida humana com base no princípio da dignidade da pessoa humana, conforme trecho da decisão:

A “escravidão moderna” é mais sutil do que a do século 19 e o cerceamento à liberdade pode decorrer de diversos constrangimentos econômicos e não necessariamente físicos. Priva-se alguém de sua liberdade e de sua dignidade tratando-o como coisa, e não como pessoa humana, o que pode ser feito não só mediante coação, mas também pela violação intensa e persistente de seus direitos básicos,

inclusive do direito ao trabalho digno. Isso também significa “reduzir alguém a condição análoga à de escravo”. [...] Como é cediço, a escravatura foi abolida do ordenamento pátrio através da Lei Áurea, datada de 13 de maio de 1888. Dessa forma, não existem mais escravos propriamente ditos, mas cidadãos rebaixados à condição de escravo, em ofensa grave a um dos principais fundamentos do Estado Democrático de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana. (BRASIL, 2012, p. 1)

A partir desta perspectiva, o mandado de segurança, como descrito no tópico inicial do artigo, é uma ação civil individual ou coletiva que possui como objetivo tutelar os direitos relativos a direito líquido e certo, que não seja amparado pelo *habeas corpus* ou *habeas data*.

Logo, esse remédio constitucional busca por meio da intervenção judicial obrigar o Estado a efetivar e assegurar direitos, tanto individuais como coletivos, que tenham sido, injustificadamente, não efetivados, para que assim seja garantida a dignidade da pessoa humana. (SILVA; GUIMARÃES, 2014)

Em se tratando de educação, por ser um direito fundamental, o poder público não possui discricionariedade para optar entre garanti-la ou não. Está obrigado ao seu cumprimento, conforme decisão do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo:

Reexame Necessário. Educação. Fornecimento de vaga em creche. Mandado de Segurança. Possibilidade. Obrigação do Poder Público. Direito assegurado pela Constituição Federal e pelo ECA. Aplicação das Súmulas 63, 64, 65 e 68 do E. TJSP. Ausência de violação ao princípio da separação dos poderes. Inaplicabilidade da cláusula da reserva do possível. Fornecimento de vaga em creche em período integral. Possibilidade. Necessidade demonstrada. Administrador que deve se pautar pelo princípio da máxima efetividade da Constituição. Ausência de direito a escolha de escola específica. Administração que deve providenciar a vaga à criança em unidade escolar localizada em até dois quilômetros de sua residência. (SÃO PAULO, 2021a)

No mesmo sentido da jurisprudência citada acima, insere-se o direito à saúde e à vida. A dignidade da pessoa humana é o conjunto de direitos fundamentais que inclui o acesso a tratamentos de saúde que garantam o bem-estar, tipificada dentre os fundamentos, e não dentre os objetivos da Constituição Federal, não devendo, por isso, ser tratada como um simples dever-ser sem qualquer eficácia imediata:

O direito à saúde é direito constitucional basilar e de atendimento impostergável, refletido em norma de que a saúde é direito universal e de responsabilidade do Poder Público, em todos os seus níveis, e com vistas não somente à redução da incidência de doenças, como também à melhora das condições e qualidade de vida dos cidadãos em geral e, sobretudo, do direito à vida e sua preservação. Inteligência do art. 196 da CF/88. Desnecessidade de dilação probatória ante a documentação colacionada (receituário médico e histórico hospitalar), não se podendo exigir um verdadeiro tratado científico sob pena de ofensa à razoabilidade e proporcionalidade, além de obstar direito com entraves que constituem excessivo formalismo. Requisitos estabelecidos pelo Resp. nº 1.657.156/RJ (TEMA 06) atendidos. Decisão que, ademais, não afronta a autonomia estatal ou o princípio da separação dos poderes, pois cabe ao Poder Judiciário prestar a tutela jurisdicional quando direitos prioritários não são observados. Remessa Necessária e recurso do Município desprovidos. (SÃO PAULO, 2021b)

Por conseguinte, destaca-se a importância do mandado de segurança na proteção e promoção de direitos fundamentais, com fundamento da dignidade humana, conforme decisões alhures mencionadas.

## CONCLUSÃO

O mandado de segurança é conceituado como um mecanismo constitucional que pode ser impetrado por qualquer pessoa natural ou jurídica, incluindo os órgãos ou as universalidades com capacidade processual reconhecida por lei, com objetivo de proteger um direito individual ou coletivo, que seja líquido e certo e que não seja amparado pelos remédios constitucionais *habeas data* ou *habeas corpus*, que foi lesado ou está sob ameaça de lesão por um ato de autoridade de qualquer esfera governamental (MEIRELLES, 1996). Ou seja, trata-se de uma ferramenta importante no combate às arbitrariedades e ilegalidades cometidas pelas autoridades.

Este remédio constitucional oferece meios para que ocorra a dupla efetivação constitucional, isto é, efetivação dos direitos fundamentais e, como consequência, o princípio da dignidade da pessoa humana. O princípio da dignidade da pessoa humana, no presente estudo, é entendido como condição de princípio constitucional estruturante do Estado Democrático de Direito, conforme disposto na Constituição Federal de

1988, o que o torna núcleo básico, irradiador e de sustentação para outros direitos previstos no ordenamento jurídico. (REALE, 2010)

A dignidade da pessoa humana é uma condição intrínseca e inalienável do ser humano. O ser humano é considerado um sujeito titular de direitos devendo ser respeitado pela sociedade e, principalmente, pelo Estado. Dessa forma, a dignidade da pessoa humana não é dada a ninguém e, justamente, por isso, não pode ser retirada pela sociedade ou pela ação estatal.

O presente estudo também permite compreender a definição do conceito “direito líquido e certo”, como sendo aquele direito demonstrado de plano, sem a necessidade de fase probatório, sendo pressuposto essencial para a impetração do mandado de segurança.

Assim, o mandado de segurança se consubstancia como importante instrumento para a concretização dos direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana e, indubitavelmente, alinhado ao Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, verifica-se que o surgimento desse instrumento está relacionado com a afirmação dos direitos fundamentais, pois sua criação tem como base a proteção dos direitos não resguardados por *habeas corpus* (direito de locomoção) nem por *habeas data* (direito à informação).

Portanto, conclui-se que o mandado de segurança (individual e coletivo) é um remédio constitucional presente no ordenamento jurídico brasileiro, cujo objetivo primordial é a tutela de direitos líquidos e certos, servindo, dessa forma, como ferramenta de limitação do poder das autoridades públicas e, conseqüentemente, de promoção da cidadania.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AURELLI, Arlete Inês. Mandado de Segurança. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (Coords.). **Tomo: Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/464/edicao-2/mandado-de-seguranca>. Acesso em: 05 jun. 2021.

BARBI, Celso Agrícola. **Do mandado de segurança**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. **Interesse Público**, v.14. n.76, nov./dez. 2012. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/4461>. Acesso em: 14 jan. 2022.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 16 de julho de 1934. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Rio de Janeiro, 16 jul. 1934. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em: 02 jan. 2022.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, 18 de setembro de 1946. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Rio de Janeiro, 18 set. 1946. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm). Acesso em: 02 jan. 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 02 jan. 2022.

BRASIL. Lei n.º 191, de 16 de janeiro de 1936. Regula o processo do mandado de segurança. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Rio de Janeiro, 1936. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1930-1939/lei-191-16-janeiro-1936-543259-publicacaooriginal-53414-pl.html>. Acesso em: 12 jan. 2022.

BRASIL. Lei n.º 221, de 20 de novembro de 1984. Completa a organização da Justiça Federal da República. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Rio de Janeiro, 1894. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1851-1900/L0221-1894.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1851-1900/L0221-1894.htm). Acesso em: 12 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito de investigação a redução a condição análogo a de escravo. Escravidão moderna. Desnecessidade de coação direta contra a liberdade de ir e vir. Denúncia recebida. Inquérito 3.412/Alagoas. Ministério Público Federal, Adriano Costa Avelino e Antônio José Pereira de Lyra. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Diário de Justiça eletrônico**, 12 nov. 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3076256>. Acesso em 12 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. MS 24.307/DF. José Geraldo Uchôa Vieira, Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello, **Diário de Justiça**, v. 2263-01, p. 136-155, 21 nov. 2002. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur91787/false>. Acesso em: 17 jan. 2022.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BUZAID, Alfredo. “Juicio de amparo” e mandado de segurança: contrastes e confrontos. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, [s.l.], v.56, n.1, p. 172-231, 1961. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66387>. Acesso em: 12 jan. 2022.

BUZAID, Alfredo. Do mandado de segurança. **Revista de Direito Administrativo**. [s.l.], v.44, p. 26-44, 1956. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/15594>. Acesso em: 17 jan. 2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DI PIETRO, Mari Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do Processo Civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

DUARTE NETO, José. **Rigidez e estabilidade constitucional: Estudo da organização constitucional brasileira**. 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade do Estado de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-06102010-154809/pt-br.php>. Acesso em: 12 jan. 2022.

FAUSTO, Boris. **História concisa do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2011.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FERRAZ, Sérgio. **Cinquenta anos do mandado de segurança**. Porto Alegre: Fabris, 1986.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LAZZARINI, José Luis. **El juicio de amparo. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**. [s.l.], n.4, p. 211-220, 2000. Disponível em: <https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/50228>. Acesso em: 12 jan. 2022.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**, 17. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MELO FILHO, João Aurino de; POLO, Marcelo; GODOI, Marilei Fortuna. Mandado de segurança em matéria fiscal. *In*: MELO FILHO, João Aurino de (coord.). **Execução Fiscal aplicada: análise pragmática do processo de execução fiscal**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, p. 1.019-1.075, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NERY JÚNIOR, Nelson. Mandado de segurança coletivo. *Revista de Processo*. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, v.15, n.57, p. 150-158, jan./mar. 1990.

OLIVEIRA, Renata Alice B. Serafim de. O mandado de segurança, após o advento da Lei nº 12.016/09. **Revista da SJRJ**, Rio de Janeiro, n.27 p. 231-243, 2010. Disponível em: <https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrij/arquivo/132-425-1-pb.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2021.

OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2003.

PACHECO, José da Silva. **Mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. **Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito**. Barueri, SP: Manole, 2013.

REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Remessa Necessária Cível 1002008-37.2020.8.26.0161. Relator: Renato Genzani Filho, Câmara Especial, Foro de Diadema, **Diário de Justiça**, 18 jun. 2021a. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=14733853&cdForo=0>. Acesso em: 12 jan. 2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Remessa Necessária Cível 1058653-18.2020.8.26.0053. Relator: Sidney Romano dos Reis, 6ª Câmara de Direito Público, Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes, **Diário de Justiça**, 17 jun. 2021b. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=14730285&cdForo=0>. Acesso em: 12 jan. 2022.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Lucas do Monte; GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar. O mandado de segurança e seu papel na efetivação dos direitos fundamentais. **Direito e Desenvolvimento**, v.5, n.10, p. 187-204, 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.26843/direitoedesenvolvimento.v5i10.266>. Acesso em: 12 jan. 2022.

TORRES, Alberto. **A Organização Nacional**: Primeira Parte, a Constituição. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1914. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/34619>. Acesso em 12 jan. 2022.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 2005. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10183/4574>. Acesso em: 14 jan. 2022.

# PERIGO DA HISTÓRIA ÚNICA E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL: CRÍTICAS DECOLONIAIS ACERCA DA (RE) CONSTRUÇÃO DO CONCEITO PLURAL DAS FAMÍLIAS

## DANGER OF THE SINGLE HISTORY, DECOLONIALITY AND THE EPISTEMOLOGICAL CONSTRUCTION OF THE CONCEPT OF FAMILIES IN THE BRAZILIAN STATE

Rainer Bomfim\*

Maria Carolina Souza de Lima\*\*

Luísa Marques Reis\*\*\*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 Perspectiva da História Única, Pensamento Decolonial e a relação com o Direito. 2 O Direito de Família sob a ótica do Código Civil de 1916: a preponderância do núcleo familiar e o viés patrimonialista. 3 A constitucionalização do Direito Civil e seus efeitos na (re) construção do conceito de família(s). Conclusão. Referências.

**RESUMO:** Sob a vertente jurídico-sociológica, com o objetivo de investigar a constitucionalização do Direito Privado, analisa-se a construção do conceito de famílias ao longo da história recente. Dessa maneira, justifica-se o trabalho para demonstrar que existe uma centralidade da família burguesa, monogâmica e patrimonialista dentro da norma jurídica. Como referencial teórico se tem o pensamento decolonial e os escritos da autora Chimamanda Adichie para mostrar o quão perigoso é incorporação da versão dos colonizadores como única forma possível para o conceito de famílias. Por fim, conclui-se expansão do conceito de famílias é limitada e parcial.

**Palavras-chave:** Direito Privado. Direito das Famílias. Decolonialidade. Perigo da História Única.

**ABSTRACT:** Under the legal-sociological aspect, with the objective of investigating the constitutionalization of Private Law, the construction of the concept of families throughout recent history is analyzed. In this way, the work is justified to demonstrate that there is a centrality of the monogamous bourgeois family within the legal norm. As a theoretical reference, there is the decolonial thought and also the writings of the author Chimamanda Adichie to show how dangerous is the incorporation of the colonizers' version as the only possible way for the concept of families. Finally, it is concluded that expansion of the concept of families is limited and partial

**Keywords:** Private Law. Family Law. Decoloniality. Danger of Unique History.

\* Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito pela UFOP. Professor de Direito na Rede Doctum de Ensino – Unidade João Monlevade.

\*\* Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

\*\*\* Bacharela em Direito pela Pontifícia Universidade Católica.

Artigo recebido em 26/07/2021 e aceito em 27/10/2022.

Como citar: BOMFIM, Rainer; LIMA, Maria Carolina Souza de; REIS, Luísa Marques. Perigo da história única e constitucionalização do Direito Civil: críticas decoloniais acerca da (re)construção do conceito plural das famílias. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 25, n. 42, p. 193, jul./dez. 2021. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

## INTRODUÇÃO

Sob uma perspectiva decolonial, através da vertente metodológica jurídico-sociológica (GUSTIN, DIAS, 2015, p. 22), aborda-se como a lógica binária, cisgênera, colonial e patrimonialista do direito privado impede outras formas de reconhecimento jurídico ao longo da história recente<sup>1</sup>. A análise proposta está circunscrita a realidade epistemológica da construção do direito das famílias no Brasil.

Adverte-se que o texto escolhe e elege a vertente jurídico-sociológica ao invés da jurídico-histórica, visto que não se faz uma retomada histórica e sim uma análise sociológica da história pertinente às legislações que disciplinam as relações familiares dos códigos civis brasileiros de 1916 e 2002, visto que são levadas em consideração quais foram e quais são as implicações sociais para aqueles indivíduos que não são considerados como família pela legislação.

Dessa maneira, em uma perspectiva redutora da complexidade das possibilidades de leitura da história<sup>2</sup>, tem-se que o direito é um instrumento para demonstrar e delimitar quais são as histórias dignas ou não de serem contadas, de tal forma que essa construção é feita numa perspectiva binária e se apresenta como um delimitador do que pode ou não estar dentro do campo dessa história oficial. Diante disso, questiona-se: quantas/os e quem são aquelas/es que a norma jurídica reconhece como membro das famílias?

Para responder essas questões são utilizados os escritos de Chimamanda Adichie (2009). A autora trabalha o quão perigoso é uma história contada apenas pela perspectiva das/os vencedoras/es, estando estes sempre localizados no norte hegemônico. Este conceito da perspectiva da história única é adotado como referencial teórico para o presente trabalho e, acrescido do suporte crítico oferecido pelos estudos decoloniais, será demonstrado como o sistema jurídico reproduz uma visão parcial como única, com enfoque na legislação brasileira que trata das famílias.

Para essa investigação o trabalho é dividido em três partes. A primeira delas é estudada a perspectiva da história única e da decolonialidade dentro do direito. Em seguida, estuda-se a visão patrimonialista do Código

---

<sup>1</sup>A análise das autoras e do autor se limita ao Código Civil de 1916 e do Código Civil de 2002, bem como as normas constitucionais vigentes dentro da conjuntura realizada.

<sup>2</sup>Afirma-se isso pois existem diversas formas que são produtoras de história, como a história oral, pinturas e mesmo manifestações diversas, que não serão levadas ao cabo neste ensaio pela forma como é feita pelo direito.

Civil de 1916, demonstrando os seus artigos e, por fim, estuda-se o Código Civil de 2002, demonstrando a reinauguração do direito das famílias.

## **1 PERSPECTIVA DA HISTÓRIA ÚNICA, PENSAMENTO DECOLONIAL E A RELAÇÃO COM O DIREITO**

Nesta seção pretende-se apresentar o escopo da teoria decolonial, que é utilizado como marco teórico crítico para apresentar e desmistificar essa narrativa hegemônica feita pelo Direito e a relação com o marco teórico do trabalho cunhado por Chimamanda Adichie.

O pensamento decolonial, em uma primeira definição, trata-se de uma valorização das teorias e conhecimentos produzidas pelas/os pensadoras/es do sul-global<sup>3</sup>, sendo que essas pesquisas reconhecem a existência do padrão histórico de poder da colonialidade/modernidade.

Diante disso, busca-se, com enfoque no pensamento de autoras/es latino-americanos, principalmente aqueles integrantes do grupo de pesquisa Colonialidade/Modernidade<sup>4</sup>, apresentar perspectivas e formas que possam construir uma decolonização epistemológica (BALLESTRIN, 2003). Este conceito trabalha com a eleição de outra(s) forma(s) de resistência(s) para desocultar aquelas/es que estão na realidade latino-americana.

Para isso, constrói-se uma lógica plural e diversa e com conceitos próprios de sua produção para acessar várias e outras formas de (re)

<sup>3</sup> As/os pensadores do sul-global são todos aqueles que não se localizam no norte hegemônico da produção intelectual do conhecimento científico. Em termos históricos, a colonialidade do saber, sendo uma decorrência da Colonialidade do Poder (QUIJANO, 2005), permitiu ao homem europeu, branco, elitista, heterossexual e cisgênero se impor como sujeito universal de direitos, além de apresentar o seu conhecimento como o único científico. Consequentemente, em uma lógica binária-redutivista, o conhecimento “não-europeu” foi subalternizado, considerado particularístico e místico e, portanto, incapaz de alcançar a verdade e a universalidade inerentes ao conhecimento do colonizador (GROSFOGUEL, 2008, p. 120). Grosfoguel (2008, p. 120) apresenta o processo epistêmico de silenciamento de subjetividades e histórias do Sul, sendo que para combater isso utiliza-se aqueles que não estão neste centro de conhecimento para uma remodelação dos conhecimentos produzidos na América Latina.

<sup>4</sup> O Grupo Modernidade/Colonialidade construídos por diversos autores em suas publicações e eventos (BALLESTRIN, 2013, p. 99). É definido como sendo “Formado por intelectuais latino-americanos situados em diversas universidades das Américas, o coletivo realizou um movimento epistemológico fundamental para a renovação crítica e utópica das ciências sociais na América Latina no século XXI: a radicalização do argumento pós-colonial no continente por meio da noção de “giro decolonial”. Assumindo uma miríade ampla de influências teóricas, o M/C atualiza a tradição crítica de pensamento latino-americano, oferece releituras históricas e problematiza velhas e novas questões para o continente. Defende a “opção decolonial” - epistêmica, teórica e política - para compreender e atuar no mundo, marcado pela permanência da colonialidade global nos diferentes níveis da vida pessoal e coletiva.” (BALLESTRIN, 2013, p. 89)

descobrir os saberes de forma. Esta vertente de estudo objetiva redefinir os focos das questões sociais com várias centralidades, sem a necessária lógica dual da modernidade (SEGATO, 2012). Como acrescenta Natália de Souza Lisbôa:

O conceito de decolonialidade está posto na necessidade de ir além da pressuposição de certos discursos acadêmicos de que estaríamos vivendo agora em um mundo descolonizado e pós-colonial, partindo assim dos referenciais do fim das administrações coloniais e da formação de Estados-Nação nas periferias, o que de fato não ocorre, pois ainda pode ser verificada a continuação da divisão internacional do trabalho entre centro e periferia, bem como a hierarquização das populações por critérios étnico-raciais surgidos com a expansão colonial europeia (LISBÔA, 2018, p. 201).

É neste ramo que se funda a dimensão da Colonialidade do Poder, elaborado por Aníbal Quijano (2005), que ocupa uma centralidade nos estudos da decolonialidade. Para a construção deste conceito articula-se as questões de raça<sup>5</sup>, trabalho, pessoas e espaço que obedecem às necessidades do capital dentro do contexto colonial. É demonstrado a intencionalidade da subalternização da população indígena e das negras/os escravizados com a finalidade de exploração.

Este conceito de Colonialidade do Poder permite compreender a imposição do padrão de controle do trabalho<sup>6</sup> pelo sistema capitalista, com base da divisão internacional racial do trabalho, atribuindo padrões de trabalhos de acordo com os traços fenotípicos (QUIJANO, 2005, p. 4). Explica-se, ainda, o controle e forma de autoridade coletiva eleita pela Modernidade, em que urge como elemento central o Estado-nação, que foi (e ainda é) forjado em muitas localidades; para o controle do sexo, se tem a centralidade da família branca-burguesa; e, por último, para a produção do conhecimento se elege o paradigma eurocêntrico

<sup>5</sup> O conceito de colonialidade do poder do autor foca na criação da identidade cultural raça pelo colonizador, sendo esta modalidade ligada à cor da pele (QUIJANO, 2005). Ele apresenta ainda este como um fenômeno originário da colonização das Américas para efetivar a dominação e a expansão do capitalismo mundial (QUIJANO, 2005).

<sup>6</sup> Tem-se uma institucionalização do trabalho produtivo como aquele que deve ser valorizado e protegido dentro do sistema capitalista, tendo em vista a sua inserção de um bem ou produto no mercado (CARRASCO, 2005). Isso acaba por geral uma desvalorização dos trabalhos de cuidado (gratuitos ou remunerado) por ser um trabalho que não insere bens no mercado (CARRASCO, 2005). Essa concepção é redutora da complexidade e feministas economistas se insurgem contra essa visão, questionando que este trabalho libera a força masculina para o trabalho produtivo, como também onera as mulheres na sua dimensão produtiva, reprodutiva e subjetiva (CARRASCO, 2005).

da ciência moderna (QUIJANO, 2005, p. 4). Esses quatro elementos (divisão fenotípica do trabalho, autoridade coletiva, controle das relações sociais e forma de produção de conhecimento) se mostram como elementos estruturantes do que foi chamada a Modernidade/Colonialidade.

No desenvolvimento dos seus estudos, Quijano (2005) afirma que a Colonialidade do Poder não se exauriu com fim das relações coloniais (e do Colonialismo) e se encontra presente até os dias de hoje por meio de mecanismos de dominação, sendo reconhecido como o padrão histórico do poder (QUIJANO, 2005, p. 4). Essa é a contribuição acadêmica que permite a conclusão de que as estruturas sociais ainda refletem e espelham a existência de uma constância de exploração.

Quijano (2005) apresenta centralidade da questão racial nesta conceituação no contexto da decolonialidade, visto que as relações econômico-sociais-existenciais da América Latina foram marcadas pelas servidões e pela Escravatura, que por sua vez possuem características fenotípicas bem definidas (QUIJANO, 2005). É preciso demarcar esta centralidade quando se trata dessas análises, pois reflete quem são aquelas/es que são incluídos pela norma jurídica.

Rita Segato (2012) afirma que quando se trata dos sujeitos<sup>7</sup> - dentro desse padrão colonial, europeu e binário acima descrito - para se chegar ao que se chama de completude ontológica, que é a plenitude do ser<sup>8</sup>, passa-se por um processo de equalização dos indivíduos com um equivalente universal pré-estabelecido<sup>9</sup> de conceitos, em que só se satisfaz pelo enquadramento a esses termos. Portanto, a(s) diversidade(s) e a(s)

---

<sup>7</sup> Em relação aos sujeitos, se utilizará “sujeito/s” ao invés de “sujeitas/os” devido às multiplicidades linguísticas que o termo pode apresentar dentro da chave de leitura das subjetividades, mas em todas as outras oportunidades são utilizadas no masculino e feminino.

<sup>8</sup> Essa construção de plenitude do ser pode ser questionada dentro das próprias construções modernas, pois o que seria essa plenitude do ser? Qual ser? Esse ser é limitado por padrões de raça, gênero, classe, religião? Parte-se da visão de que essa perspectiva de plenitude do ser, como questão filosófica, também deveria ser abandonada numa perspectiva única, sendo que deve se trabalhar com as diversas plenitudes das diversas pessoas nos seus contextos globais-regionais.

<sup>9</sup> O padrão de sujeito estabelecido pela colonialidade é masculino, hétero, branco, europeu, católico, capacitista, burguês, cisgênero. Isso exclui todas/todos que não estão no norte global hegemônico ou não se enquadram dentro dessa perspectiva de sujeitos e os transforma em minorias subalternizadas a um ideal de sujeito – sempre assujeitado – (muitas vezes) idealizado.

pluralidade(s)<sup>10</sup> dos sujeitos são enxergadas como um problema<sup>11</sup> (LISBÔA, 2018, p. 199), excluindo aquele que não se encaixa nesta lógica pré-definida. O processo de padronização exclui o diferente e mesmo quando se pensa uma diversidade deve se atentar ao padrão histórico da colonialidade.

Dessa forma, acaba-se por subalternizar pessoas, conhecimentos advindos desses sujeitos ou mesmo saberes que não passam pela lógica dual (dura) do colonizador moderno<sup>12</sup>, mostrando que não importa quem está falando, mas sim quem é o sujeito que está produzindo essa fala (SPIVAK, 2010). Então, tem-se que esses não-sujeitos produzem apenas ruídos ininteligíveis aos grandes centros (SPIVAK, 2010). É essa lógica que determina que o conhecimento válido está no norte e tudo aquilo produzido no Sul se trata de estudo de caso da aplicação daquelas teorias. As matrizes hegemônicas não reconhecem a produção do Sul como válidas e iguais. Esse é um dos desafios da decolonialidade: valorizar o conhecimento e as relações sociais produzidas no Sul.

Ressalta-se que no decorrer do processo de colonialização os sujeitos colonizados foram ensinados a se comunicar a partir da língua do colonializador. Assim, são estabelecidos e formados por um léxico que deve ser estável para que, então, o direito possa ter espaço para se desenvolver. Cuida-se de um processo duplo que consiste em ensinar a língua e, com ela, interpretar aquilo que se apresenta por meio dela. Durante o período colonial foram as diversas tentativas de se frear novas línguas no continente colonizado. Essa padronização era feita pelo direito a partir da instituição de um idioma oficial integrantes (CASTRO-GOMEZ, 2005, p. 93).

Afirma-se que tal fato é essencial para que o direito possa se fazer dominante, pois nomear as coisas é definir e delimitar o sistema-mundo dos seus integrantes (CASTRO-GOMEZ, 2005, p. 93). Isso é feito por um vocabulário excludente, de modo que, ainda que se possa entender a língua,

---

<sup>10</sup> Opta-se por trazer na perspectiva de mais de uma diversidade ou pluralidade para que seja possível a construção aberta do que sejam esses conceitos, e não fechá-los em leituras conceituais precisas e, assim excluir, de alguma forma, expressões de diversidade e pluralidade existentes. Dessa maneira, o que se objetiva é construir uma chave de leitura aberta e ressignificada a todo instante para não repetir a lógica colonial da binariedade.

<sup>11</sup> Dentro de uma construção crítica, especialmente a *queer*, a perpetuação desses sujeitos dissidentes podem ser (res)significada por uma perspectiva de construção de uma sociedade pelas margens e ressignificação constante até implosão das categorias que se mostram como elitistas, assimilacionistas e higienistas. Questiona-se também até essa própria construção de uma perspectiva que não seja assimilacionista, visto que as classificações são uma forma redutora das complexidades e também são formas de acessar e reduzir aquelas subjetividades traduzidas.

<sup>12</sup> Esses saberes podem ser dos povos tradicionais ou mesmo dos africanos, asiáticos ou orientais.

não se entende os jargões existentes dentro do direito. Este, que defende e dá acesso a um grupo de pessoas elitizadas, pela sua institucionalização, acirra as opressões/dominações. Essa construção também traz que

O direito é uma categoria essencial para questionar a “colonialidade do poder”, não apenas pela poderosa influência da linguagem jurídica presente na legislação, na Constituição e na prática dos operadores legais do sistema legal dominante, mas porque projeta um conjunto de normas, valores, princípios e raciocínios padronizados pela cultura jurídica dominante (LOPEZ, 2018, p. 207, grifos nossos)<sup>13</sup>

Adiciona-se, ainda, que àquelas/es que não se adequam a esse padrão, acima definido como hegemônico, são definidos como “outro(s)”, como já adiantava Dussel (1993), podendo ser taxado de louca/o, doente, ou criminosa/o, num processo de outrificação dos sujeitos dissidentes. Esse processo de exclusão dos diferentes é estudado por autoras/es do Norte, mas a contribuição decolonial é demonstrar que isso é feito a partir do padrão histórico da colonialidade do poder. Assim, o conhecimento produzido por pessoas negras, mulheres e pessoas do Sul não são tratados como válidos e científicos.

A lógica é da exclusão. Aquilo o que não se conhece, não se aceita, não faz parte do conhecimento inteligível (daquele racionalismo estabelecido como único) e será excluída/o, segregada/o ou apagada/o de documentos, do convívio social e das memórias.

Assim, pode-se dizer que o instrumento eleito para fazer isso é o direito. Este constrói uma narrativa oficial e/ou legítima a perspectiva da história única com a institucionalização/promoção desses locais de exclusão, alinhados a um discurso oficial por parte do Estado, sendo que àqueles conhecimentos não produzidos ou contados pela história oficial atribui-se o status de infra-jurídicos<sup>14</sup> (LOPEZ, 2018, p. 211).

Deste modo, ao estruturar e definir essa lógica binária de estruturação social da colonialidade, que se inicia com a emergência colonial do circuito comercial do atlântico (MIGNOLLO, 2005), o colonizador

<sup>13</sup> No original no Espanhol: “el derecho es una categoría imprescindible en el cuestionamiento de la “colonialidad del poder”, no sólo por la potente influencia del lenguaje jurídico presente en la legislación, en la Constitución y en la práctica de los operadores jurídicos del sistema jurídico dominante, sino porque proyecta un conjunto de normas, valores, principios y razonamientos que han sido normalizados por la cultura jurídica dominante. (LOPEZ, 2018, p. 207)

<sup>14</sup> Um exemplo que pode ser dado são os saberes indígenas ou mesmo costumes dos povos tradicionais que não são considerados na construção da prática legislativa que afetam diretamente estes indivíduos (LOPEZ, 2018, p. 211).

ditos padrões a serem seguidos, controlando, assim, a forma da construção dessa sociedade por meio da imposição da língua, da sexualidade, da fé (exclusivamente católica), do controle da espiritualidade, da acentuação das opressões de gênero, da imposição de uma forma de racionalidade específica (racionalismo) (DUSSEL, 1993) e do estabelecimento de um padrão de “raças” e suas destinações específicas para a atividade laboratorial (QUIJANO, 2005).

É nesse contexto de legitimação de um modelo de família institucional e espacializado que é fundada a história do direito e que, por muito tempo, foi estatalmente institucionalizado como único e legítimo. O direito, através da família europeia, burguesa, hétero, cristã e patrimonialista delimitou qual era a forma que seria aceita dentro do ordenamento jurídico como única. Inclusive conferindo a mulher um papel subalternizado dentro dessa lógica. Isso leva a uma centralidade de um modelo único e, por consequente, excludente.

Esse modelo é marcadamente advindo do Norte pela sua estrutura, comportamentos sociais dadas aos membros e hierarquias criadas. Este modelo de família está ligado às coroas e as formas como aconteciam as transmissões do poder institucional dentro da Europa.

As relações estabelecidas pela população indígena eram imensamente diversas e sobre outros marcadores que não a família mononuclear. Por sua vez as populações africanas, em sua pluralidade e diversidade, formavam diversos marcadores se não a família patriarcal (OYEWÙMÍ, 2005). Oyèronke Oyewùmí (2005) apresenta como são as construções relativas à ideia de gênero nas famílias Iorubás. A estruturação de gênero não eram atribuídas as proles e a sua designação é feita individualmente a partir da ordem de nascimento.

Essas estruturas já marcam e denunciam a colonialidade dentro da estrutura jurídica. A centralidade da família ser composta por homem, mulher e seus filhos se mostra como uma escolha feita pelo colonizador que não pode ser traduzida como a única possível.

Chimamanda Adichie<sup>15</sup> (2009) apresenta esse questionamento quanto a naturalização de um único modelo. Adichie (2009) afirma as suas referências construídas durante a infância remetiam a uma pseudo-

---

<sup>15</sup> Entende-se que frente a sua origem a autora se insere dentro de uma vertente Pós-colonial de maneira que pretende denunciar tais questões dentro da sua realidade africana. Assim, com responsabilidade uma responsabilidade epistêmica e atentando-se a geopolítica do conhecimento traz-se esse conceito para a realidade e história brasileira, sendo que reflete e incorpora aquilo que é pertinente a cada contexto para trabalharmos a realidade mensurada.

imagem romântica europeia de sujeitos e não de sua realidade, uma vez que as/os autoras/es lidas por ela não eram da mesma origem que a sua e a África era sempre designada como um submundo e/ou a pobreza extrema. A perspectiva do colonizador refletia tanto a sua colonialidade, que a própria autora também acreditava naquela visão deturpada do seu próprio povo, por mais plural e diverso que ele fosse, tecendo, assim, diversas ideias e imagens muitas vezes preconceituosas do seu próprio contexto (ADICHIE, 2009). A dominação colonial possui uma estrutura psicológica e epistêmica de dominação.

Assim, dentro da perspectiva desse texto, e considerando a origem geográfica da autora, entende-se que as críticas por Adichie apontadas se inserem dentro de uma vertente pós-colonial, de maneira que se pretende denunciar tais questões dentro da sua realidade africana. Desta forma, com responsabilidade epistêmica e atentando-se à geopolítica do conhecimento<sup>16</sup>, utiliza-se desse conceito elaborado por ela para a construção da história legislativa brasileira. Esta, por sua vez, reflete e incorpora aquilo que é pertinente a cada contexto para se trabalhar a questão do direito enquanto produtor de registros oficiais.

A hipótese levantada, a partir de uma leitura decolonial, é que o direito se mostra como uma história que é incorporada pelo Estado como parcial e única. Foram escolhidas a visão europeia como a única possível para ser reconhecida como família. As outras construções sociais das populações africanas e das população indígena foram estabelecidas como “outras” e não eram reconhecidas como válidas ou possíveis.

Nesta construção textual, esclarece-se que não se objetiva trazer um “equilíbrio das histórias”, em que se deve contar a perspectiva dos dois lados, mas sim esclarecer e exemplificar como apenas uma história é tradicionalmente documentada pelo direito como sendo verdadeira (ADICHIE, 2009).

É preciso pensar em outras possibilidades e outros modelos de famílias além daquele(s) reconhecido(s) pelo direito. Como será demonstrado, o ramo do direito das famílias por muito tempo legitimou a

---

<sup>16</sup> A geopolítica do conhecimento é traduzida como uma método de repensar aquela conceito de acordo com a realidade local, visto que as/os autoras/es pensam a sua realidade para introduzir no pensamento acadêmico aquele conceito. Diante disso, faz-se importante refletir sobre concepção devido ao pensamento decolonial, pois não se pode levar os conceitos europeizados para dentro desse pensamento sem a sua adaptação e digestão se não está caindo em uma das vertentes da Colonialidade do Saber. A aplicação e reprodução do conceito de forma universalista (como se fosse aplicado a todos os sujeitos) é uma marca da colonialidade na academia. Então, o presente conceito da geopolítica do conhecimento reflete e dá a possibilidade da antropofagia do conceito para depois aplicarmos no contexto brasileiro.

família constituída apenas por um homem e uma mulher e seus filhos como legítima. Esse conceito sofre uma alteração, mas, ainda se percebe que é uma reconstrução parcial por partir de concepções de gênero e limitação do número dos seus membros.

Existe uma sacralidade do que se trata das formas das famílias que deve ser problematizada e ser estabelecido outros marcos que podem conduzir essa discussão. Essa sacralidade é cristã, burguesa e patrimonialista.

Feitas as considerações acima, tem-se que a construção da história brasileira pelo meio jurídico é limitada e violenta. Isso porque, ao tentar encaixar em moldes abstratos e pré-definidos pelos europeus uma realidade das colônias o meio jurídico acaba por reduzir e limitar a diversidade de formas existentes dentro desta realidade plural. A colonização produz um padrão de dominação – inclusive pelo léxico – que não se pode simplesmente excluir da sua realidade. É preciso pensar a partir dele, enquanto constitutivo daquela sociedade.

Além disso, denota-se que essa construção, em discussão, do conceito de família pelo direito também reflete a tradução de valores econômicos, sociais, existenciais e morais que estão presentes na sociedade, sendo estes valores muitas vezes excludentes, uma vez que deixam de abranger a diversidade de formas que emergem de uma sociedade plural e complexa. Como trazem Romina Lerussi e Romina Sckmunk:

Pensar em uma episteme colonial baseada nos legados coloniais do Estado implica desconstruir as estratégias narrativas de poder através das quais a lei estadual instituído como discurso legítimo e legitimador sem igual (Santos 2009) nos processos constituição dos Estados latino-americanos. Então, essa tarefa também envolve investigar os dispositivos que produziram um sistema jurídico ocidental que estabeleceu modalidades e instrumentos (normativos, legais, fiscais, políticos) muito particular à relação colonial. Mas, ao mesmo tempo, pensar o Estado a partir de uma episteme colonial, supõe reconhecer e tornar visíveis esses processos e mecanismos de negação de outras jurisdições não ocidentais (Virosta 2011), simplesmente porque “não” poder é exercido sem a extração, apropriação, distribuição ou retenção de certos conhecimentos” (García 2015, p. 96). E com isso não queremos dizer que exista algo como um e outro da legalidade ocidental, ou que existe uma legalidade ocidental. (LERUSSI, SCKMUNCK, 2016, p. 74) (tradução nossa)

Neste sentido, o direito se mostra como um sistema que escolhe quais são as histórias que devem ser contadas e isso é legitimado através dos textos legais. A legislação dita quais são os modelos de família que devem ser seguidos. Em uma análise macro, a norma dita quais são as relações sociais que são reconhecidas e protegidas pelo Estado, por sua vez, determina quais são possíveis (BOMFIM, BAHIA, 2022).

Sob essa ótica, será feita neste trabalho uma análise acerca da predeterminação legislativa do conceito de famílias, o qual até os dias atuais ainda é marcado pela estrutura patriarcal culturalmente reproduzida.

Além disso, considerando que nem todas/os podem acessar os ambientes legislativos para a produção de normas que as/os contemplem, e aquelas/es que ocupam esses ambientes acabam por proteger seus próprios interesses e percepções, evidente que nem todos os grupos são legitimados quando da delimitação conceitual construída por esses legisladores. Por esse motivo, retorna-se sempre à usual reflexão: para quem é pensado o direito ocidental?

Diante disso, como forma de delimitar as questões de direito relacionadas à construção da perspectiva de uma história única, será feita uma análise do direito privado brasileiro, com ênfase no ramo do direito das famílias, a fim de se demonstrar que, malgrado os avanços já ocorridos, ainda perdura neste ramo a existência de uma perspectiva limitada e formal para o conceito de famílias.

## **2 O DIREITO DE FAMÍLIA SOB A ÓTICA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916: A PREPONDERÂNCIA DO NÚCLEO FAMILIAR E O VIÉS PATRIMONIALISTA**

Feita essa (re)construção e crítica sobre a forma como foi e ainda é construído o direito, pontua-se que a análise de legislações pretéritas permite identificar qual era a narrativa hegemônica que estava (de) limitando os arranjos e as construções sociais, sendo possível compreender o que era permitido ou proibido à época da vigência do texto legal, ou ainda, como mencionado no tópico anterior, o que ou quem gozava do status de jurídico ou infra-jurídico (LOPEZ, 2018), contribuindo para uma produção da narrativa oficial e redutora de complexidades.

Dessa maneira, para compor essa construção, escolheu-se traçar uma análise do Código Civil de 1916 (CC/16), o qual possuía um viés marcadamente patrimonial e patriarcal.

O Código Civil, diploma basilar – mas não único – que rege o direito privado, disciplina as relações jurídicas estabelecidas no âmbito da autonomia da vontade dos indivíduos e, portanto, assim como o direito em sua integralidade, deve refletir as práticas e os costumes da sociedade a qual regula, buscando acompanhar os avanços destas. Nesse sentido, afirma Francisco Amaral que

(...) o Código Civil é uma síntese científica e cultural e uma decisão de política legislativa que somente a sua circunstância histórica justifica e permite compreender. O Código Civil é produto do seu tempo e da sociedade em que nasce, merecendo um debate que envolva os seus operadores profissionais, como os advogados, os magistrados, os procuradores, promotores, defensores, tabeliões, etc., já que o direito, mais do que ciência, é uma prática social em permanente realização. (AMARAL, 1997, p. 32).

Desse modo, como produto da história e da cultura que são contadas hegemonicamente por um povo<sup>17</sup>, as considerações trazidas pelo Código Civil delineiam as formas de relação estabelecidas entre os indivíduos, ocasionando, a depender, a legitimação ou a deslegitimação de determinadas condutas, tornando-as, assim, aprováveis ou reprováveis pelo conjunto de leis.

O referido instrumento legislativo foi instituído pela Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, quase 100 anos depois da independência, e entrou em vigor um ano após, tendo permanecido vigente no país até janeiro de 2003. Da leitura geral da referida legislação, nota-se que o Direito de Família ganhou destaque no Livro II da Parte Especial, sendo regulado pelos artigos 180 a 484 (BRASIL, 1916).

Ao analisar os dispositivos supramencionados, percebe-se que o Código Civil de 1916 transpassa a ideia de um “direito mais preocupado com o círculo social da família do que com os círculos sociais da nação” (PONTES DE MIRANDA, 1928, p. 489). São vários os artigos que evidenciam essa “preponderância do círculo da família, ainda despoticamente patriarcal”<sup>18</sup>, conforme salientado pelo mesmo jurista (PONTES DE MIRANDA, 1928).

Cumprе apresentar aqui que a ideia de família, abarcada e protegida pelo Código Civil de 1916, baseava-se na ideia de família romana, que, por sua vez, tinha como principal característica o patriarcalismo, sendo

<sup>17</sup> O conceito de povo aqui é considerado aqueles que são reconhecidos pelo direito enquanto produtores de subjetividades.

<sup>18</sup> Arts. 315, parágrafo único, 331, 447, 460, 461, 464, 470, 477, 744, 186, 233, 329, 380, 384, 393, 407.

o pai uma figura superior a sua esposa, filhos e escravos. Neste sentido, explica Orlando Gomes:

A família romana assentava-se no poder incontestável do pater famílias, “sacerdote, senhor e magistrado”, em sua casa – que se exercia sobre os filhos, a mulher e os escravos, multiformemente, permitindo-lhe dispor livremente das pessoas e bens, a ponto de se lhe reconhecer o *ius vitae et neci*. [...] A figura singular do pater famílias absorve inteiramente a dos outros membros do grupo. A esposa está *in manu*, perdurando o vínculo conjugal enquanto existisse a *affectio maritalis*. Os filhos são incapazes. Bens que adquirissem, pertenciam-lhe, salvo os que podiam constituir determinados pecúlios, ampliados no direito pós-clássico. Sobre os escravos exercia da *domenica potestas*. Monogamia e exogamia, a família romana traduz o patriarcado na sua expressão mais alta (GOMES, 1998, p. 39).

No mesmo sentido afirma Caio Mário da Silva Pereira (2018), ao retratar a família romana como tipo institucional desse organismo no ocidente, particularmente tendo em vista que a família brasileira no século XIX muito se assemelhava a ela:

Em Roma, a família era organizada sob o princípio da autoridade e abrangia quantos a ela estavam submetidos. [...] O pater era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comandava, oficiava o culto dos deuses domésticos (*penates*) e distribuía justiça. Exercia sobre os filhos direito de vida e de morte (*ius vitae ac necis*), podia impor-lhes pena corporal, vendê-los, tirar-lhes a vida. A mulher *vivia in loco filiae*, totalmente subordinada à autoridade marital (*in manu mariti*), nunca adquirindo autonomia, pois que passava da condição de filha à de esposa, sem alteração na sua capacidade; não tinha direitos próprios, era atingida por *capitis deminutio* perpétua que se justificava *propter sexus infirmitatem et ignorantiam rerum forensium*. Podia ser repudiada por ato unilateral do marido.

Somente o pater adquiria bens, exercendo a *domenica potestas* (poder sobre o patrimônio familiar) ao lado e como consequência da *patria potestas* (poder sobre a pessoa dos filhos) e da *manus* (poder sobre a mulher) (PEREIRA, 2018, p. 42-43).

Diante das considerações acima, pode-se afirmar que a concepção de família, no século XIX, encontrava-se umbilicalmente vinculada a

preceitos morais e religiosos, sendo um instituto rigorosamente fechado e fortemente marcado pelo patriarcalismo (PEREIRA, 2018), reforçando, assim, a ideia de um modelo de família protegido pelo Estado, superior a qualquer outro. Todavia, como já dito anteriormente, o direito é uma das formas de colonialidade eleitas pela modernidade, o que reflete na narrativa de construção hegemônica e única (LERUSSI, SCKMUNCK, 2016).

Dito isso, destaca-se, ainda, que o posicionamento legal incorporado pelo Código Civil de 1916 a favor do privatismo doméstico, o qual caracterizou o estilo de vida da sociedade colonial e, à época da elaboração da referida legislação civil, ainda se mostrava predominante (GOMES, 2003), acarretou diversas situações fáticas, que, por sua vez, se prolongaram por muito tempo na sociedade brasileira.

A título de exemplo, pode-se afirmar, em primeiro lugar, a posição privilegiada do homem na sociedade conjugal. Nos termos do que prescrevia o artigo 233 do Código Civil, o marido era o chefe da sociedade conjugal, incumbindo-lhe a representação legal da família (233, I), a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher (233, II), fixar e mudar o domicílio da família (233, III), autorizar a profissão da mulher e sua residência fora do teto conjugal (233, IV) e prover a manutenção da família (233, V) (BRASIL, 1916). Ademais, conforme prescreviam os artigos 185 e 186 do mesmo diploma legal, para que uma pessoa menor que vinte e um anos de idade pudesse se casar, se fazia necessário o consentimento de ambos os pais, porém, caso não houvesse consenso a respeito da decisão, deveria prevalecer a vontade paterna.

Inclusive, saliente-se que o poder decisório dentro do núcleo familiar era atribuído exclusivamente ao marido, enquanto chefe da família, nos termos que prescrevia o art. 380 do CC/16. Por isso, inclusive, era denominado pátrio poder.

Para além dos exemplos acima, destaca-se que o direito de nomear tutor competia ao pai, de acordo com o artigo 407. Pontua-se também que a mulher viúva e que se casava novamente perdia, quanto às/aos filhas/os do leito anterior, os direitos do pátrio poder, conforme previsão expressa do artigo 393. Cabe destacar, ainda, o artigo 329, o qual autorizava o juiz a retirar as/os filhas/os do convívio da mãe – mas nunca do pai – caso restasse comprovado que essa, ou o padrasto, não os tratassem convenientemente.

Oportuno salientar neste contexto a grande repercussão social existente sobre a mulher casada, na medida em que o Código Civil de 1916 reserva os artigos 240 a 255 para dispor acerca dos direitos e deveres

da mulher que contraía núpcias. Pontua-se que, àquela época, o status de casada implicava necessariamente a sua situação de incapacidade relativa a certos atos da vida civil<sup>19</sup>, sendo necessária a autorização do marido para que esses pudessem ser considerados válidos<sup>20</sup>.

Indiscutível, portanto, a posição superior e beneficiada do homem na sociedade conjugal.

Além da situação fática detalhada acima, também se pode apontar uma verdadeira indisposição para com o divórcio no Brasil. Da leitura da redação original do parágrafo único do artigo 315 do Código Civil de 1916, extrai-se que a única hipótese de dissolução do casamento àquela época seria a morte de um dos cônjuges, não sendo possível desfazer o vínculo matrimonial por outros meios.

A este respeito, Coelho Rodrigues relatou ter cogitado a possibilidade de admissão da dissolução do vínculo, mas recuou ao maliciosamente ponderar o seguinte:

Se não estou muito enganado, no dia da exequibilidade da lei, que o fizer, noventa por cento, pelo menos, das senhoras casadas da nossa sociedade poderão propor a dissolução de seu casamento, o que equivaleria à dissolução da própria sociedade. (RODRIGUES, 1897, s/n)

Aproveita-se para mencionar, ainda, no que tange à dissolução do vínculo matrimonial, o entendimento externado por Clóvis Beviláqua, responsável pela elaboração do projeto do Código Civil de 1916, no sentido de que a admissão do divórcio instauraria o regime de poligamia sucessiva (BEVILÁQUA, 1906). Neste sentido, argumenta o seguinte:

Se for concedido o divórcio a vínculo, facilitar-se-á o incremento das paixões animais, enfraquecer-se-ão os laços da família, e essa fraqueza repercutirá desastrosamente na organização social. Teremos recuado da situação moral da monogamia para o regímen da poligamia sucessiva, que,

<sup>19</sup> “Art. 6. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer: (...) II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal.” (BRASIL, 1916)

<sup>20</sup> “Art. 242. A mulher não pode, sem autorização do marido (art. 251): I. Praticar os atos que este não poderia sem o consentimento da mulher (art. 235). II. Alienar, ou gravar de onus real, os imóveis de seu domínio particular, qualquer que seja o regime dos bens (arts. 263, nº II, III, VIII, 269, 275 e 310). III. Alienar os seus direitos reais sobre imóveis de outra. IV. Aceitar ou repudiar herança ou legado. V. Aceitar tutela, curatela ou outro munus público. VI. Litigiar em juízo civil ou comercial, anão ser nos casos indicados nos arts. 248 e 251. VII. Exercer profissão (art. 233, nº IV). VIII. Contrair obrigações, que possam importar em alheação de bens do casal. IX. Aceitar mandato (art. 1.299).” (BRASIL 1916)

sob a forma de poliandria, é particularmente repugnante aos olhos do homem culto.

[...]

Sendo assim, não parece duvidosa a escolha entre um remédio que se acomoda perfeitamente a esses fins e um que os contraria, entre um recurso que não transforma os casais infelizes em seres ditosos, mas evita a propagação da úlcera, circunscrevendo-lhe a ação corrosiva, e um expediente que, sobre as ruínas de uma família, ergue a possibilidade de outras ruínas, formando uma triste cadeia de matrimônios efêmeros, na qual se vai a dignidade ensombrando, a noção do dever apagando e a organização da família dissolvendo (BEVILÁQUA, 1906, p. 97-98).

Destarte, diante da redação legal supra apresentada e do pensamento predominante à época, inclusive externado por Clóvis Beviláqua (1906), evidente o conservadorismo da legislação civil vigente no século XIX, na medida em que essa, como reflexo da sociedade, desaprovava a dissolução do vínculo matrimonial por outros meios que não a morte de um dos cônjuges.

Ainda no que tange às consequências provocadas pela influência do privatismo doméstico na elaboração do Código Civil de 1916, pode-se mencionar a diferenciação entre filhas/os legítimas/os e ilegítimas/os e os consequentes tratamentos desiguais previstos na legislação civil.

Em primeiro lugar, o legislador fez-se objetivamente nítido ao estabelecer que os filhas/os legítimas/os seriam aqueles concebidos na constância do casamento, ainda que anulado, ou nulo, se contraído de boa-fé, nos termos do artigo 337. Ou seja, percebe-se, a partir deste ponto, uma evidente discriminação entre as/os filhas/os, baseada tão somente na forma de sua concepção.

A antipatia exteriorizada pelo Código Civil de 1916 também era cristalina quanto ao tratamento em relação às/aos filhas/os incestuosos e adúlteros, os quais, conforme a dura redação do artigo 358, não poderiam, em hipótese alguma, ser reconhecidos pelos pais, sendo considerados, portanto, para fins legais, ilegítimas/os<sup>21</sup>.

Para além dos distintos tratamentos acima apontados, a legislação civil aqui discutida também estabelece que a/o filha/o ilegítima/o, reconhecido por um dos cônjuges, não poderia residir no lar conjugal sem o consentimento do outro, conforme se extrai da redação do artigo 359.

<sup>21</sup>“Art. 358. Os filhos incestuosos e os adúlteros não podem ser reconhecidos.” (BRASIL, 1916)

É possível, ainda, mencionar uma relevante diferenciação no tratamento sucessório dado às/aos filhas/os, a depender de sua classificação como legítima/o ou ilegítima/o. Ressalta-se que tal distinção possui influência das famílias pertencentes à classe burguesa, as quais objetivavam manter o *status quo* entre seus membros e transmitir, sem deixar de concentrar, seu patrimônio em seu núcleo familiar. Todavia, tal apontamento é digno de uma abordagem própria, haja vista sua tamanha extensão, motivo pelo qual não será discutido no presente texto.

Deste modo, considerando os exemplos aqui mencionados – posição privilegiada do homem na sociedade conjugal, repulsa à ideia do divórcio e a diferenciação entre filhas/os legítimas/os e ilegítimas/os –, juntamente com os respectivos dispositivos legais previstos na legislação civil, não restam dúvidas quanto à preocupação do legislador para com a constância e imutabilidade do núcleo familiar, o qual, por meio dos dispositivos legais, objetivou ao máximo a manutenção da estrutura patriarcal familiar, priorizando o enlace de pessoas por meio do casamento e a formação da família provinda de um único tronco, sem descender de outro. Neste sentido, concluiu Orlando Gomes:

No período de elaboração do Código Civil, o divórcio entre a elite letrada e a massa inculta perdurava quase inalterado. A despeito de sua ilustração, a aristocracia de anel representava e racionalizava os interesses básicos de uma sociedade ainda patriarcal, que não perdera o seu teor privatista, nem se libertara da estreiteza do arcabouço econômico (...). Natural que o Código refletisse as aspirações dessa elite e se contivesse, do mesmo passo, no círculo da realidade subjacente que cristalizara costumes, convertendo-os em instituições jurídicas tradicionais. Devido a essa contensão, o Código Civil, sem embargo de ter aproveitado frutos da experiência jurídica de outros povos, não se liberta daquela preocupação com o círculo social, que o distingue, incorporando à disciplina das instituições básicas, como a propriedade, a família, a herança e a produção (contrato de trabalho), a filosofia e os sentimentos da classe senhorial (GOMES, 2003, p. 22).

Para além disso, também resta evidente o viés patrimonialista conferido pelo Código Civil de 1916 (LEAL, BORGES, 2017), na medida em que essa preocupação pela estabilidade do grupo familiar – por meio do instituto do casamento – visava, naturalmente, a facilitar a conservação do patrimônio adquirido pelo chefe de família e atender à preocupação de garantir

financeiramente o futuro das/os filhas/os, preservando-as/os de situações adversas ou prevenindo-lhes de uma suposta loucura (GOMES, 2003).

Feitas essas considerações acerca da legislação civil anterior, percebe-se como o direito foi e ainda é capaz de produzir uma narrativa única a partir do seu núcleo protetivo legal, determinando, assim, um tipo específico não só de sociedade, mas também de família a ser protegido pelo Estado.

Para dar continuidade a essa ideia, passa-se, agora, à análise do Código Civil de 2002, o qual veio a substituir a legislação neste tópico estudada.

### **3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E SEUS EFEITOS NA (RE)CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA(S)**

À medida que a sociedade se torna mais complexa e plural, muito daquilo que anteriormente era condizente com as formas de pensar e interagir desta sociedade e que, portanto, fora positivado pelo Código Civil de 1916, deixa de fazer sentido, surgindo a necessidade de alterações do diploma vigente para evitar a sua obsolescência.

Ante a breve leitura do *códex* realizada no tópico anterior, é possível inferir como este diploma se tornou desatualizado e retrógrado se consideradas as evoluções, lutas e mudanças sociais ocorridas ao longo dos anos em que esteve vigente, pois evidente a incompatibilidade de suas disposições face à sociedade multicêntrica e diversa existentes na atualidade<sup>22</sup>.

Frente a isso, depois de muitas lutas sociais e mortes, conquistou-se por meio de tratados internacionais, como a Declaração Do Homem e do Cidadão (1789) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a elevação da pessoa como núcleo protetivo das relações entre o Estado e particulares e também entre estes.

Nessa esteira, na busca por adequação às novas demandas sociais, o Código Civil de 2002, ao encontro da nova principiologia inserida no ordenamento jurídico brasileiro por meio da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CFRB/88), importou em uma nova contextualização do direito privado, ocasionando o giro axiológico deste diploma (NAVES, SÁ, 2017). Ressalta-se, ainda, que o anteprojeto do CC/02 era de 1975 num período em que o Brasil ainda estava sob a ditadura militar, o que importa em algumas limitações e necessidades de

---

<sup>22</sup>Esta sociedade ainda é marcada por contextos específicos (sociais, políticos, econômicos e existenciais) que ainda reproduz mecanismos de dominação pelo direito que são base para os estudos relacionadas a colonialidade.

adaptações quanto ao paradigma axiológico à normativa constitucional (NAVES, SÁ, 2017).

Com efeito, a CRFB/88, responsável por inaugurar o Estado Democrático de Direito (art. 1º), trouxe em seu cerne princípios fundantes da proteção da pessoa humana, tais como a dignidade, o livre desenvolvimento da família e da personalidade, bem como os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, colocando, assim, a pessoa humana como o ponto central do ordenamento jurídico (RODRIGUES JÚNIOR, ALMEIDA, 2009). E, por esse motivo, impeliu-se a necessidade de alteração do antigo Código Civil de 1916, tendo em vista o seu viés predominantemente patrimonialista, o qual se tornou incompatível com a nova principiologia promulgada pela CRFB/88 (RODRIGUES JÚNIOR, ALMEIDA, 2009). A propósito, sintetiza Maria Celina B. Moraes:

Correta parece, então, a elaboração hermenêutica que entende ultrapassada a *summa divisio* e reclama a incidência dos valores constitucionais na normativa civilística, operando uma espécie de despatrimonialização do direito privado, em razão da prioridade atribuída, pela Constituição, a pessoa humana, sua dignidade, sua personalidade e seu livre desenvolvimento. (MORAES, 1991, p. 7)

Assim, a promulgação do Código Civil de 2002 importou em verdadeira tentativa de constitucionalização do direito privado, uma vez que os princípios constantes da Constituição de 1988 se tornaram o novo cerne do diploma civilista (MORAES, 1991). Nesse sentido, o ter abre lugar para o ser, e a visão patrimonializada do direito civil é substituída pelo novo núcleo axiológico regente do *códex*: a proteção da pessoa humana. (NAVES, SÁ, 2017).

Esta proteção se materializa no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CFRB/88)<sup>23</sup>, essencial à preservação da integridade e do bem-estar dos indivíduos. Nesse sentido, conceitua-se:

O princípio jurídico da dignidade fundamenta-se na pessoa humana e a pessoa humana pressupõe, antes de mais nada, uma condição objetiva, a vida. A dignidade impõe, portanto, um primeiro dever, um dever básico, o de reconhecer a intangibilidade da vida humana. Esse pressuposto, conforme veremos adiante, é um preceito jurídico absoluto; é um *imperativo jurídico categórico*. Em seguida, numa ordem

---

<sup>23</sup> Existe a discussão filosófica sobre a natureza deste princípio, se teria ou não um valor superior aos outros. Parte-se da natureza de princípio como normas de Direito Fundamentais que é construída por Ronald Dworkin (2001).

lógica, e como consequência do respeito à vida, a dignidade dá base jurídica à exigência do respeito à integridade física e psíquica (condições naturais) e aos meios mínimos para o exercício da vida (condições materiais). Finalmente, a mesma dignidade prescreve, agora como consequência da especificidade do homem, isto é, de ser apto ao diálogo com o próximo e aberto ao amor, o respeito aos pressupostos mínimos de liberdade e convivência igualitária (condições culturais). Os três últimos preceitos (respeito à integridade física e psíquica, às condições mínimas de vida e aos pressupostos mínimos de liberdade e igualdade), como é próprio dos preceitos deduzidos dos princípios jurídicos, não são imperativos categóricos; embora fundamentais, na sua qualidade de requisitos mínimos para o desenvolvimento da personalidade e procura da felicidade, não são imperativos radicais, são *imperativos jurídicos relativos*. Além disso, devem ser obedecidos segundo sua hierarquia. (AZEVEDO, 2002, p. 95) (destaques no original, grifo nosso).

Dessa forma, com o advento do Código Civil de 2002, passou-se a priorizar os valores existenciais em detrimento dos valores patrimoniais, ou seja, a tutela do indivíduo em sobreposição à tutela de seu patrimônio (AZEVEDO, 2002; MORAES, 1991). Esta proteção não se limita ao ínterim físico-biológico, mas corresponde à proteção de todo o conjunto biopsicosocial dos sujeitos pelo Estado (NAVES, SÁ, 2017). Assim, também é conceituada a dignidade da pessoa humana:

*[...] qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SÁ, MOREIRA 2013, p. 15)*

A constitucionalização do direito privado, especialmente do direito civil, representou uma mudança de paradigma, uma vez que instituiu uma nova hermenêutica aplicada às relações privadas, na qual se tem como objetivo a despatrimonialização das relações privadas para uma maior proteção da pessoa humana (MORAES, 1991, p. 7). O que se observa,

portanto, é a existência de um bloco de constitucionalidade que estabelece a progressão dos direitos e a vedação ao retrocesso em se tratando dos direitos humanos/fundamentais que estão dentro do ordenamento jurídico brasileiro (REIS, 2010).

Ante esta mudança, fundado o chamado direito civil constitucionalizado, verifica-se a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, alterando o foco das proteções (MORAES, 1991). Nesse sentido, apresenta Maria Celina B. Moraes que

Ampliando ainda a importância dos princípios constitucionais na interpretação e aplicação do direito, pode-se afirmar que a leitura da legislação infraconstitucional deve ser feita sob a ótica dos valores constitucionais. Assim, mesmo em presença de aparentemente perfeita subsunção a uma norma de um caso concreto, é necessário buscar a justificativa constitucional daquele resultado hermenêutico. (MORAES, 1991, p. 12)

Portanto, o giro axiológico promovido pelo Código Civil de 2002, em que se observou a instituição do princípio da dignidade da pessoa humana como o pilar para a aplicação e a interpretação das normas privadas, foi de extrema importância para a releitura de diversos institutos dentro do direito privado (SÁ, MOREIRA, 2013; NAVES, SÁ, 2017), dentre eles, em especial, as famílias.

Conforme já explanado, pode-se dizer que a família anterior à Constituição de 1988, regida pelo Código Civil de 1916, era matrimonializada, patrimonializada e hierarquizada, tendo como sustentáculo destas características a proteção do patrimônio da família (MORAES, 1991). Assim, a estrutura familiar que se legitimava era aquela que promovia a proteção e a adequada sucessão do patrimônio da família, pois era esta a preocupação primordial do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, como foi trazido anteriormente, reconhecia-se como família apenas aquela formada por meio do casamento (matrimonializada), celebrado entre um homem e uma mulher, seguindo um modelo burguês e elitizado (frente ao custo financeiro desta união), pois era este o modelo legitimado, admitido e idealizado pelo Estado, em uma falha redução de uma realidade muito mais complexa. Por esse motivo, tinha-se diversas classificações para as/os filhas/os – legítimas/os, ilegítimas/os, adúlteras/os etc. –, com o objetivo de classificar quais eram os/as filhos/filhas que teriam, ou não, direito à sucessão do patrimônio dos genitores, sendo certo que às/aos filhas/os fora do casamento não eram concedidos direitos

familiares e patrimoniais. Isso demonstra como o direito, em sua lógica de produção de uma história única e oficial, tentava encaixotar a pluralidade de famílias existentes em uma concepção única e estatizada.

Como se percebe, a família estruturada sob a ótica patrimonializada e patriarcalizada se apresentava como instrumento de proteção patrimonial, colocando em segundo plano o bem-estar e o desenvolvimento biopsicossocial dos seus próprios membros. A hierarquização deste instituto também reafirmava esta lógica, uma vez que, como decorrência do pátrio poder – hoje, poder familiar<sup>24</sup> –, o homem era considerado o chefe de família, sendo os demais membros, inclusive a mulher, subordinados a ele.

Todavia, com o advento da CRFB/88 e, posteriormente, do Código Civil de 2002, que por sua vez trouxe a aplicação dos princípios constitucionais no direito privado, o conceito de família sofreu relevante transformação, pois, partindo-se de uma ótica humanizada, os indivíduos, no lugar de seu patrimônio, passaram a representar os sujeitos de proteção do ordenamento jurídico.

Assim, a família passou a ser vista como um lugar de afeto, respeito e solidariedade mútuos, propício para o desenvolvimento da livre personalidade de seus membros. Seus pilares norteadores perpassam agora pelos princípios da liberdade, igualdade, livre desenvolvimento e pluralidade.

Na atualidade, não há hierarquia nem diferenciação entre cônjuges/companheiros<sup>25</sup>, de modo que todos participam, com o mesmo poder decisório, das deliberações inerentes ao ambiente familiar. Por esse motivo, não se fala mais em pátrio poder, mas sim em poder familiar, já que agora ambos os genitores o exercem sem hierarquias. Do mesmo modo, todas/os as/os filhas/os são iguais, possuindo os mesmos direitos e deveres, restando vedada a classificação ou diferenciação da prole.

Ademais disso, passou-se a admitir uma pluralidade de arranjos familiares, possibilitando aos indivíduos a liberdade de escolher o tipo de família que desejam construir. Isso porque, para além do casamento, a CRFB/88 passou a conferir status jurídico a união estável e a família monoparental, consoante disposto em seu art. 226, parágrafos 2º, 3º e

<sup>24</sup> “A troca do termo ‘pátrio’ – relativo ao pai – por ‘familiar’, embora sirva a demonstrar a ampliação da titularidade, não é precisa. Se, por decorrência da igualdade constitucional entre homens e mulheres, não mais no pai se concentra o poder e sim nos pais, talvez melhor fosse o vocábulo ‘parental’, dada a amplitude que a ideia de familiar sugere, não condizente com os resumos titulares.” (RODRIGUES JÚNIOR, ALMEIDA, 2009)

<sup>25</sup> Recurso Extraordinário Nº 878.694, julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em maio de 2017, em que se decidiu pela inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, que sustentava a diferenciação entre cônjuge e companheiro para fins sucessórios. Assim, atualmente, nem para fins sucessórios se tem essa diferenciação e é possível afirmar tal relação.

4º, ocasionando, portanto, ainda que de forma limitada, a ampliação do conceito de família, antes restrito ao matrimônio.

Ocorre que, malgrado seja inegável o avanço proporcionado pela redação constitucional, importante refletir sobre a ainda existente falta de efetivação jurídica, social e cultural de entidades familiares que fogem à regra geral e que talvez, exatamente por este motivo, não foram expressamente mencionadas no texto constitucional (POLI, POLI, 2013). Portanto,

(...) ainda que louvável a recepção expressa da CF/88 destas famílias, sua inclusão no texto constitucional ensejou o entendimento equivocado, como já analisado neste trabalho, que as famílias se encerrariam no tríplice modelo: casamento, união estável e família monoparental”. (POLI, POLI, 2013, p. 176)

É de se pontuar que, apesar de a enumeração constante do dispositivo constitucional ser meramente exemplificativa (RODRIGUES JUNIOR, ALMEIDA, 2009), de tal modo que a ausência de tipicidade não poderia implicar a ilegitimidade dos arranjos familiares atípicos, estes acabam sendo discriminados, já que o reconhecimento jurídico dos modelos familiares se limitou a apenas três tipos de arranjo (POLI, POLI, 2013). Conforme sintetizam Luciana Costa Poli e Leonardo Macedo Poli,

(...) não se nega que o fato social tenha força normativa, mas o seu reconhecimento de forma limitada demonstra a discriminação deste fato social em base valorativa. Em outras palavras, o que impede o reconhecimento das entidades familiares atípicas não é a impossibilidade ou a negativa de atribuição de força normativa dos fatos, mas o padrão de moralidade existente nos tribunais que não reconhece dignidade a estas entidades. (POLI, POLI, 2013, p.184)

Assim, o que se vislumbra é a falta da efetivação integral do núcleo axiológico trazido pela CRFB/88 na aplicação do direito privado, o que também se torna um obstáculo à plena concretização do Estado Democrático de Direito, já que o princípio da dignidade da pessoa humana, assegurado do livre desenvolvimento da personalidade e da autonomia privada, é fragilizado à medida que os indivíduos que optam por viver em modelos familiares diversos dos previstos pela CRFB/88 ainda enfrentam restrições e obstáculos à livre efetivação desta escolha (POLI, POLI, 2013). Com efeito,

A proteção da personalidade pressupõe a liberdade para o seu desenvolvimento segundo seu próprio projeto, de acordo com a situação e possibilidade, independentemente de qualquer modelo, vinculado a uma visão particular do mundo. Liberdade, como diz Bobbio, pode ser autodeterminação, possibilidade de agir sem obstrução, bem como liberdade de não agir, sem que seja exigido o contrário. (POLI, POLI, 2013, p. 175)

O que ora se expõe é facilmente visualizado em se tratando de outras entidades familiares, tais como as famílias paralelas e poliafetivas, por exemplo. Conforme demonstrado, ainda que não haja restrição normativa para a existência destas entidades familiares não tipificadas no ordenamento, o que se observa é a dificuldade de garantir a essas o direito do livre desenvolvimento dentro de uma sociedade estruturada sob uma ótica burguesa, colonial e patriarcal.

Em se tratando da CRFB/88, é importante ressaltar o seu caráter plural, já que dispõe de normas abrangentes e com o rol aberto, possibilitando outros formatos de famílias que extrapolam as entidades tradicionalmente matrimoniais apresentadas pela legislação civil de 1916.

Ressalta-se, ainda, que, a definição de família adotada pela CRFB/88 não define a forma como esta instituição deve ser, o gênero dos seus integrantes ou a quantidade de pessoas necessárias para a sua existência. Exemplificando, o STF, em 2011, na ADPF 132 e na ADI 427, reconheceu a possibilidade da União Estável entre pessoas do mesmo sexo.

Decerto, em uma sociedade complexa e plural como a brasileira, observa-se múltiplas formas de se constituir famílias. Entretanto, o obstáculo que se apresenta é o de que algumas formas de família encontram óbices morais, culturais, sociais etc., que ainda impedem o seu reconhecimento jurídico. Isso acontece ainda pela existência de uma matriz epistemológica colonial que mantém a formação das famílias como aquelas definidas pelas coloniais. É preciso repensar as estruturações e as formas como são válidas esses membros dentro da autonomia privada de cada indivíduo. O direito das famílias hoje ainda enfrentou uma franca expansão com o reconhecimento de diversos eixos de famílias e uma primeira diversidade, contudo, ainda se concentra sob uma ótica de famílias centralizadas naquelas concepções coloniais.

Nesse sentido, destacam-se as famílias poliafetivas, formadas por mais de duas pessoas que têm por finalidade estabelecer uma vida conjugal (MADALENO, 2012). Essas famílias podem ser formadas por membros

exclusivamente do mesmo sexo ou de sexos diferentes, sendo que também não existe nenhuma limitação de orientação sexual, identidade de gênero ou mesmo exclusividade entre seus membros nesse arranjo familiar.

Trata-se de uma concepção que desafia a monogamia<sup>26</sup> e a concepção tradicional de família burguesa, já que na construção das famílias poliamorosas tem-se a ampliação dos membros fixos de uma família, numa concepção da pluralização do sujeito epistêmico das famílias e também uma desestabilização da instituição heterocisnormativa higienista.

Por sua vez, pode-se citar também as famílias paralelas, ou simultâneas, como sendo a existência de dois núcleos familiares com um membro em comum. Nesse sentido,

(...) enquanto no poliamor haveria um único núcleo familiar, semelhante ao casamento e à união estável, porém com três ou mais membros, nas famílias simultâneas formam-se diversos núcleos familiares, autônomos e independentes entre si, mas compostos com membro comum unido a esses núcleos pelo casamento ou união estável. Porém, esses membros não comuns, como a própria nomenclatura indica, não se relacionam. (SANTOS, 2018, p. 79)

Esse modelo familiar é ainda matéria conflituosa para a doutrina e jurisprudência brasileiras, uma vez que ora é reconhecida como tal, ora é negada, de modo que a sua existência traz incertezas quanto à produção de efeitos no mundo jurídico.

De toda forma, não se pretende tratar extensivamente dos tipos de modelos familiares, com determinação de formas ou membros, pois estaria caindo no mesmo erro da modernidade: tentar criar caixas conceituais para absorver as pessoas e delimitá-las àqueles formatos. O que se objetiva é demonstrar que, no paradigma do Estado Democrático de Direito, o instituto das famílias deve ser um ambiente propício à formação individual, social e de ao bem-estar daqueles/as envolvidos/as, garantindo-lhes o direito ao livre desenvolvimento para constituírem o modelo de família que melhor lhes aprouver. É preciso decolonizar as formas aceitas pelo Estado de famílias para poder contar outras histórias de famílias como institucionais, como alerta Adichie. Outros paradigmas de construção das famílias precisam ser estudados e incorporados pelo Estado.

Frente a isso, a óbice de reconhecimento das diversas concepções plurais de famílias não se trata apenas de uma motivação jurídica, mas

<sup>26</sup>Entende-se a monogamia apenas como um valor jurídico e não um princípio dentro do ordenamento jurídico brasileiro (RODRIGUES JÚNIOR, ALMEIDA, 2009).

sim moral, econômica ou mesmo colonial que ainda utiliza o direito como um instrumento de (re)produção dos padrões que foram definidos e institucionalizados como o único produtor de uma única verdade.

É preciso que o direito se abra a novas epistemologias para se reconhecer novos sujeitos como pertencentes dentro da sua estrutura e que isso cause reflexos institucionais. O viés europeu-colonial-moderno-burguês de famílias deve ser problematizado e criticado.

## CONCLUSÃO

Diante das concepções apresentadas neste ensaio, desvelou-se o direito como um instrumento catalizador da produção de uma história oficial como sendo única possível.

Desta feita, ao trazer a concepção do pensamento decolonial sobre o direito, se desocultou algumas formas que são tidas como naturais e entendidas como verdades, para, então, mostrar que existe uma naturalização pela sociedade. Foram problematizados os mecanismos de produção de verdades para se ter um discurso hegemônico, os quais são utilizados de forma limitadora e violenta. Esse discurso precisa ser localizado como uma escolha e não uma visão natural daquela sociedade.

A existência do e pelo direito ainda se dá por uma lógica de assimilação dentro de seus padrões para reconhecer, seja na legislação ou mesmo pelo julgamento no âmbito do Poder Judiciário. Frente a isso, existe um *locus* de produção de histórias oficiais que repetem esses padrões higienistas para poder existir.

Mais especificamente, para demonstrar essa narrativa, analisou-se em um primeiro momento o direito civil brasileiro dentro da ótica da concepção de família legítima, quando a proteção axiológica do direito era voltada para o patrimônio e, em seguida, abordou-se o direito civil brasileiro após a promulgação da CRFB/88, quando a proteção passou a ser voltada ao indivíduo, sob a ótica da Dignidade da Pessoa Humana.

Assim, pode-se concluir que, na construção atual de uma família, se tem como núcleo principiológico a proteção à pessoa, o que reflete diretamente no direito das famílias (numa percepção já plural). Diante disso, vislumbra-se que as construções e reconhecimento das famílias devem se atentar ao desenvolvimento biopsicossocial daqueles indivíduos, sendo que esta concepção não comporta a limitação de número de integrantes, origem desses integrantes, filiação, orientação sexual ou identidade de gênero.

Todavia, por fatores exógenos ao direito, observa-se, ainda, que não predomina uma proteção jurídica sobre todas as famílias que são constituídas dentro dessa lógica acima descrita, o que ocorre, por exemplo, diante do não reconhecimento das famílias paralelas e das poliamorosas<sup>27</sup>.

O direito precisa ser pensado a partir das bases epistêmicas plurais do Sul. As formações e construções sociais que são bases dessas construções precisam ser incorporadas à sistemática jurídica como válidas. É preciso, então, redefinir os focos das questões sociais com várias centralidades, sem a necessária lógica dual da modernidade.

Isto posto, tem-se que a interpretação são consideradas famílias devem ser ampliadas e novas epistemologias precisam ser incorporadas, concretizando os princípios da dignidade da pessoa humana, do pluralismo, da autonomia privada e do livre desenvolvimento pessoal, a fim de que se reconheçam várias possibilidades de famílias dentro do arcabouço jurídico.

## REFERÊNCIAS

ADICHIE, Chimamanda. **O perigo de uma única história**. [S. l.: s. n.], 2009. 1 vídeo (18min e 33seg). Publicado por *TED: Ideas worth spreading*. Tradução e legendas por Erika Rodrigues. Disponível em: [https://www.ted.com/talks/chimamanda\\_ngozi\\_adichie\\_the\\_danger\\_of\\_a\\_single\\_story?subtitle=pt-br](https://www.ted.com/talks/chimamanda_ngozi_adichie_the_danger_of_a_single_story?subtitle=pt-br). Acesso em: 17 fev. 2022

AMARAL, Francisco. Transformação dos sistemas positivos a descodificação do direito civil brasileiro. **Revista O Direito**. Lisboa, 1997, Ano 129 I-II.

ASCENSÃO, José Oliveira. O “fundamento do direito”: entre o direito natural e a dignidade da pessoa. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOREIRA, Diogo Luno; ALMEIDA, Renata Barbosa. **Direito Privado: Revisitações**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista USP**, n. 53, p. 90-101, março/maio 2002.

---

<sup>27</sup> As autores e o autor debatem sobre o tema de famílias poliamorosas em outra oportunidade: **BOMFIM, RAINER; MARQUES REIS, LUÍSA; SOUZA DE LIMA, MARIA CAROLINA**. Julgamento do pedido de providência no Conselho Nacional De Justiça (CNJ) sobre a possibilidade de registro via cartório das uniões poliafetivas conceituações, famílias e poliamor. In: III Congresso de Diversidade Sexual e de Gênero, 2019, Ouro Preto. Críticas feministas, LGBTs e queers. Belo Horizonte: Initia Via, 2018. v. 1. p. 218.

BALLESTRIN, Luciana. América Latina e o giro decolonial. **Revista Brasileira de Ciência Política**, v.1, n.11. Brasília, maio - agosto de 2013, pp. 89-117.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Em defesa do projecto de Código civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Liv. Francisco Alves, 1906. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/224223>. Acesso em: 02 abr. 2020.

BOMFIM, Rainer; BAHIA, Alexandre. Coloniality of law: a historical-institutional pattern of power. **Videre**, v. 14, n. 29, 2022.

CASTRO-GOMEZ, Santiago. Ciências sociais, violência epistêmica e o problema da ‘invenção do outro’. In: LANDER, Eduardo (org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

DUSSEL, Enrique. 1492: **O encobrimento do outro**. Petrópolis: Vozes, 1993.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GROSGOUEL, Ramón. Para descolonizar os estudos de economia política e os estudos pós-coloniais: Transmodernidade, pensamento de fronteira e colonialidade global. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, v. 1, n. 80, 2008.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re) Pensando a Pesquisa Jurídica**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

LEAL, Adisson; BORGES, João Paulo. O código civil de 1916: tão liberal quanto era lhe permitido ser. **Revista Brasileira de História do Direito**, v. 3, n. 1, 2017.

LISBÔA, Natália de Souza. Perspectivas Decoloniais do Novo Constitucionalismo Latinoamericano. **Conpedi Law Review**. v. 4, n.2. 2018, p. 199

LOPÉZ, Pedro Garzón. Colonialidad jurídica. Eunomía. **Revista en Cultura de la Legalidad**. n°. 14, abril – septiembre 2018.

MADALENO, Rolf. Acesso em: 10 de maio de 2018 Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/escritura-de-uniao-polia-fetivaimpossibilidade/9754>.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista Estado, Direito e Sociedade**, vol. I, 1991.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima de Freire de. **Direitos da Personalidade**. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

POLI, Luciana Costa; POLI, Leonardo Macedo. A família contemporânea: reflexões sobre o casamento homoafetivo à luz dos princípios constitucionais. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, v. 33.1, jan./jun 2013.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidad do poder, eurocentrismo e América Latina. *In*: LANDER, Eduardo (org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

REIS, Daniela Muradas. **O princípio da vedação do retrocesso no Direito do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2010.

RODRIGUES, Coelho. **O projeto do código civil**. Tip. Jornal do comércio. Rio, 1897.

RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson; ALMEIDA, Renata Barbosa de. **Direito Civil: Famílias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOREIRA, Diogo Luna. O direito da pessoa humana à identidade de gênero autoconstruída: mais uma possibilidade da pessoalidade. *In*: SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luno; ALMEIDA, Renata Barbosa. **Direito Privado: Revisitações**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

SANTOS, Marina Alice de Souza. **Famílias simultâneas no ordenamento jurídico brasileiro: a boa-fé no reconhecimento e partilha de bens**. 2018. Tese (Doutorado em Programa de Pós-Graduação em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2014.

SEGATO, Rita Laura. Gênero e colonialidade: em busca de chaves de leitura e de um vocabulário estratégico descolonial. **e-cadernos CES [Online]**, n. 18, 2012. Disponível em: <http://journals.openedition.org/eces/1533>; DOI: <https://doi.org/10.4000/eces.1533>. Acesso em: 27 out. 2022.

SPIVAK, Gayatri Chakravorty. **Pode o subalterno falar?** Tradução do original em inglês: Sandra Regina Goulart Almeida, Marcos Pereira Feitosa e André Pereira Feitosa. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

# PRINCÍPIOS E DIRETRIZES DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A PRIMEIRA INFÂNCIA: SISTEMATIZAÇÃO DO MARCO LEGAL DA PRIMEIRA INFÂNCIA

## PRINCIPLES AND GUIDELINES TO EARLY CHILDHOOD PUBLIC POLICIES: SYSTEMATIZATION OF THE LEGAL FRAMEWORK FOR EARLY CHILDHOOD

Elmer da Silva Marques\*

**SUMÁRIO.** Introdução; 1 Caracterização da primeira infância e a curva de Heckman; 2 Princípios e diretrizes das políticas públicas para a primeira infância; 3 Prioridade absoluta do desenvolvimento integral da criança na primeira infância; 4 O direito de participação da criança na formulação de políticas públicas; 5 Intersetorialidade: princípio e diretriz da Política Nacional Integrada para a Primeira Infância; 6 Política Nacional Integrada para a Primeira Infância; 7 Políticas e programas de apoio à família; 8 Direito à educação e à cultura: a criança como produtora de cultura; Considerações Finais; Referências

**RESUMO.** O presente artigo tem por objetivo promover uma sistematização dos princípios e diretrizes do Marco Legal da Primeira Infância que configuram as políticas públicas para a primeira infância. Apresenta os fundamentos que levaram à necessidade de aprovação de um marco legal específico para a criança na primeira infância. Analisa os princípios fundamentais do microsistema de proteção à criança na primeira infância, a saber: a) a intersetorialidade; b) a atuação integrada entre os três níveis governamentais e a sociedade civil; e c) o reconhecimento da criança na primeira infância enquanto sujeito titular do direito de desenvolver-se integralmente como prioridade absoluta das políticas públicas. Sistematiza as diretrizes para a formulação da Política Nacional Integrada para a Primeira Infância e para as políticas e programas de apoio à família. Utilizou-se de metodologia descritiva-normativa, com a exposição das normas jurídicas que regulam o objeto de estudo, acompanhada das devidas propostas de sistematização normativa.

**Palavras-chave.** Criança. Primeira infância. Desenvolvimento integral.

**ABSTRACT.** This paper aims to promote a systematization of the principles and guidelines of the Early Childhood's Legal Framework for Early Childhood that shape public policies for early childhood. It presents the fundamentals that led to the need to approve a specific legal framework for children in early childhood. It analyzes the fundamental principles of the microsystem of child protection in early childhood, namely: a) intersectoriality; b) integrated action between the three government levels and civil society; and c) the recognition of children in early childhood as a

\* Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. Professor Adjunto do curso de Direito da Universidade Estadual do Oeste do Paraná.

Artigo recebido em 16/06/2021 e aceito em 18/02/2022.

Como citar: MARQUES, Elmer da Silva. Princípios e diretrizes das políticas públicas para a primeira infância: sistematização do marco legal da primeira infância. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 25, n. 42, p. 223, jul./dez. 2021. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

subjects with the right to develop fully as an absolute priority of public policies. It systematizes the guidelines for the formulation of the Integrated National Policy for Early Childhood and for family support policies and programs. A descriptive-normative methodology was used, presenting the legal norms that regulate the object of study, accompanied by the appropriate proposals for normative systematization.

**Key-words.** Children. Early childhood. Comprehensive development.

## INTRODUÇÃO

As crianças constituem-se em um grupo de pessoas que não possuem atuação direta na esfera política: elas não podem votar nem ser eleitas. Constituem-se, portanto, em um grupo de pessoas literalmente sem atuação política própria, dependendo sempre da atuação dos adultos para que estes atuem no interesse daquelas. Se as crianças se constituem em um grupo vulnerável, a criança na primeira infância caracteriza-se pela hipervulnerabilidade, seja pela sua maior fragilidade, seja pela importância de que seus direitos sejam concretizados, pois disto dependerá todo o restante de sua evolução enquanto ser humano e cidadão.

A Lei nº 13.257/2016 (BRASIL, 2016) estabeleceu o chamado Marco Legal da Primeira Infância (doravante, para facilidade de exposição e leitura, denominado e referenciado como “MLPI”), dispondo sobre os princípios e diretrizes para a formulação e implementação de políticas públicas para a primeira infância.

O objetivo do presente artigo é promover uma análise sistematizada do MLPI, tendo em vista a dificuldade em se encontrar estudos da área jurídica destinados a realizar esta análise. Em geral, tem-se encontrado referências teóricas ao MLPI como capítulos ou partes de outros estudos referentes à criança e ao adolescente ou, na melhor das hipóteses, promovendo a análise teórica ou empírica de uma ou algumas das questões objetos do MLPI. É possível encontrar, com certa facilidade, manuais formulados por órgãos municipais, estaduais e federais sobre o MLPI, principalmente voltados para gestores públicos encarregados da formulação de políticas públicas para a primeira infância. Assim, o objetivo do presente estudo é promover uma sistematização do MLPI que permita um estudo mais compreensivo e abrangente, bem como que aborde questões específicas como a caracterização e/ou diferenciação entre princípios e diretrizes, a adoção da intersetorialidade como fundamento das políticas públicas para a primeira infância e o papel dos Comitês Intersetoriais para articulação daquelas políticas.

Com esse objetivo, ousamos dar nossa contribuição de modo a aumentar a oferta de conteúdo teórico-jurídico que facilite a compreensão e a problematização das questões referentes às políticas públicas para a primeira infância.

Ressalte-se, de início, que o MLPI não é um diploma que estabelece, prioritariamente, quais são os direitos da criança na primeira infância: estes direitos estão, primeiramente, estabelecidos na Constituição Federal, de forma ampla e pormenorizada no Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990) (doravante, para facilidade de exposição e leitura, denominado e referenciado “ECA”), bem como em outros diplomas legislativos (v. g., no Código Civil, no Código de Processo Penal e no Código de Defesa do Consumidor). O objetivo do MLPI é dispor “sobre as políticas públicas para a primeira infância”, conforme consta de sua epígrafe.

O objeto deste estudo, portanto, é a sistematização dos princípios e diretrizes estabelecidos pelo MLPI para configuração das políticas públicas para a primeira infância, conforme constam nos arts. 1º a 17 do MLPI. Os demais dispositivos do Marco Legal promoveram substanciais alterações em outros diplomas legislativos que, entretanto, não foram objeto deste estudo pois transbordam do corte metodológico realizado.

Utilizou-se de metodologia descritiva-normativa, com a exposição das normas jurídicas que regulam o objeto de estudo, acompanhada das devidas propostas de sistematização normativa (modelo normativo de proposição de soluções para as questões problemáticas abordadas).

As linhas aqui delineadas estão sujeitas à apreciação e crítica de todos aqueles que se interessem pela temática. Constituem-se, como acima afirmado, em uma contribuição para o estudo do marco legal estabelecido para a formulação e implementação das políticas públicas para a primeira infância.

## **1 CARACTERIZAÇÃO DA PRIMEIRA INFÂNCIA E A CURVA DE HECKMAN**

Por primeira infância compreende-se a faixa etária desde o nascimento até os 6 (seis) anos completos, o correspondente a 72 (setenta e dois) meses (art. 2º do MLPI). A primeira infância abrange, portanto, metade da infância de uma criança: considera-se criança a pessoa desde o nascimento até os 12 (doze) anos incompletos (art. 2º do ECA). A primeira metade da infância corresponde à primeira infância.

Quando se refere aos termos “completo” ou “incompleto”, deve-se considerar, respectivamente, a data em que a criança atinge determinada idade (completo) ou o dia imediatamente anterior em que ela completa determinada idade (incompleto).

Assim, se por primeira infância compreende-se a faixa etária desde o nascimento até os 6 (seis) anos completos, a primeira infância estende-se até o exato dia em que a criança completa 6 (seis) anos de idade. Por sua vez, considera-se criança a pessoa desde o nascimento até os 12 (doze) anos incompletos, i. e., até o dia imediatamente anterior à data em que ela irá completar 12 (doze) anos.

Tabela 1: Caracterização da primeira infância

Criança	. do nascimento até 12 anos incompletos (até o dia imediatamente anterior à data de aniversário em que a criança irá completar 12 anos).
Primeira infância	. do nascimento até 6 anos completos (até o exato dia do aniversário no qual a criança completa 6 anos).
Adolescente	. entre 12 anos completos (desde o dia no qual o adolescente completa 12 anos) até 18 anos incompletos (até o dia imediatamente anterior à data em que a criança irá completar 18 anos).

Faz-se ainda menção à chamada primeiríssima infância, correspondente ao primeiro quarto de vida da criança ou metade da primeira infância: desde o nascimento até completar 3 anos completos. Nem o ECA nem o MLPI fazem referência à primeiríssima infância. Há, entretanto, dispositivos específicos à criança entre o nascimento e os três anos, como o art. 16, parágrafo único do MLPI e o art. 92, § 7º do ECA. Embora sem respaldo legal, a expressão vem ganhando força no meio doutrinário e nos Planos Municipais para a Primeira Infância.

O art. 1º do MLPI apresenta as razões pelas quais é necessário o estabelecimento de políticas públicas específicas para a faixa etária da primeira infância: sua necessidade decorre da especificidade e da relevância dos primeiros anos de vida no desenvolvimento infantil e no desenvolvimento do ser humano.

A especificidade e a relevância dos primeiros anos de vida no desenvolvimento infantil e no desenvolvimento do ser humano foram bens demonstrados por James Heckman no chamado *The Heckman Equation Project*.

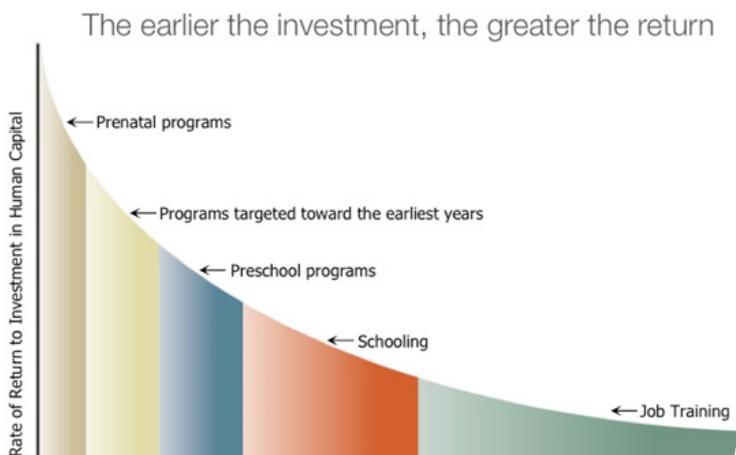
James J. Heckman é professor de Economia na Universidade de Chicago e ganhador do Prêmio Nobel de Economia no ano 2000. Heckman,

juntamente com economistas, psicólogos, sociólogos, estatísticos e neurocientistas, demonstrou que a qualidade da primeira infância influencia fortemente a saúde, a economia e os resultados sociais do indivíduo e da sociedade em geral. Haveria, assim, grandes ganhos sociais e econômicos decorrentes dos investimentos feitos no desenvolvimento da primeira infância (HECKMAN, 2013, *online*).

Heckman elaborou um gráfico que passou a ser conhecido como “A curva de Heckman” (*The Heckman Curve*). O gráfico mostra os investimentos feitos na primeira infância proporcionalmente às maiores taxas de retorno econômico. O investimento no desenvolvimento da primeira infância ajudaria na criação de habilidades individuais iniciais que, por sua vez, são a base para a criação de novas habilidades, o que evitaria o surgimento de diferenças nos resultados alcançados entre os indivíduos, promovendo maior igualdade de renda por meio das habilidades e iniciativas pessoais (HECKMAN, 2013, *online*).

O gráfico “Quanto mais cedo o investimento, maior o retorno” (HECKMAN, 2013, *online*), procura demonstrar visualmente a taxa de retorno dos investimentos feitos no indivíduo de acordo com a faixa etária: a. pré-natal: atendimento pré-natal; b. 0-3 anos: programas direcionados aos primeiros anos; c. 4-5 anos: pré-escola; d. idade escolar: educação escolar; e. idade pós-escolar: educação profissional.

Gráfico 1: “Retorno anual para cada dólar investido” – A Curva de Heckman (HECKMAN, 2013, *online*)



O raciocínio é, de certa forma, simples: as habilidades adquiridas na primeira infância serão o fundamento que possibilita a aquisição

de habilidades mais complexas pelo indivíduo. Sem o desenvolvimento das habilidades fundamentais na primeira infância, diminui a possibilidade de o indivíduo desenvolver habilidades mais complexas que garantam seu pleno desenvolvimento, criando uma diferença de resultados alcançáveis entre ele e os demais indivíduos (HECKMAN, 2006, p. 1902).

Mas não se trata apenas de combater a situação de vulnerabilidade do indivíduo em si, mas sim de combater o círculo de herança de pobreza que se retroalimenta:

Crianças que nascem em situação de pobreza, vivem em condições de falta de saneamento, recebem pouco cuidado ou pouca estimulação mental e uma nutrição empobrecida nos primeiros anos de vida têm maior probabilidade que seus contemporâneos ricos de crescerem com defasagem corporal e mental. Estas crianças tendem a ter um desempenho fraco em sala de aula, repetir séries escolares e não alcançarem bons índices de desenvolvimento. No campo profissional, eles são capazes de desempenhar apenas trabalhos que requerem menos habilidades e obter salários mais baixos. Quando eles têm filhos, um ciclo de herança de pobreza recomeça – e isso se repete pelas gerações (YOUNG, 2016, p. 21).

Esta é, em apertada síntese, a especificidade e a relevância dos primeiros anos de vida no desenvolvimento infantil e no desenvolvimento do ser humano a que se refere o art. 1º do MLPI e que é o fundamento da aprovação deste marco legal. O MLPI estabelece princípios e diretrizes das políticas públicas para a primeira infância. Vejamos a seguir o que são aqueles princípios e diretrizes.

## **2 PRINCÍPIOS E DIRETRIZES DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A PRIMEIRA INFÂNCIA**

Segundo o art. 1º do MLPI, este Estatuto estabelece princípios e diretrizes para a formulação e a implementação de políticas públicas para a primeira infância.

O primeiro ponto a merecer atenção refere-se à necessidade de implementação das políticas públicas para a primeira infância. O dispositivo faz referência não só à “formulação”, mas também à “implementação” das políticas públicas para a primeira infância, a indicar a obrigatoriedade de se retirar a lei “do papel”, concretizando as políticas públicas elaboradas.

O segundo ponto a merecer atenção diz respeito à referência feita aos princípios e diretrizes que devem nortear a elaboração e implementação das políticas públicas para a primeira infância.

No âmbito jurídico, há uma variedade de conceitos para o termo “princípio”.<sup>1</sup> Mais recentemente, vem ganhando destaque o conceito alexyano de princípio como “mandado de otimização”, algo a ser obtido na maior medida do possível (ALEXY, 2015, p. 91-102). No confronto com outros princípios, faz-se necessário um exercício de ponderação, de modo que um princípio pode relativizar ou diminuir o âmbito de aplicação do outro princípio com o qual está em conflito.

Entretanto, no MLPI, entendemos que a referência a princípio adota o conceito de “norma fundamental de um sistema”.<sup>2</sup> Os princípios estabelecidos pelo MLPI são, portanto, as normas fundamentais que estruturam o microsistema jurídico de proteção à primeira infância. O MLPI não adotou, em nosso sentir, o conceito alexyano de princípio.

Por sua vez, diretriz é a norma jurídica que estabelece, em linhas gerais, um caminho a ser seguido, as direções, atitudes, condutas que o legislador espera sejam seguidas pelos administradores públicos.

Há de se considerar, ainda, que o legislador nem sempre elabora leis com a acuidade técnica devida. A título de exemplo, o art. 198 da Constituição Federal estabelece como diretriz do SUS a descentralização, o atendimento integral e a participação da comunidade. Por sua vez, a Lei nº 8.080/1990 estabelece que a descentralização, o atendimento integral e a participação da comunidade são princípios do SUS (MATTA, 2007, p. 63). Além da falta de tecnicidade, pode-se verificar uma sobreposição classificatória entre aqueles termos: por exemplo, uma norma fundamental do microsistema jurídico de proteção à primeira infância pode-se constituir, ao mesmo tempo, em uma diretriz. As classificações não são excludentes.

Assim, v. g., a determinação contida no art. 6º do MLPI de que “a Política Nacional Integrada para a primeira infância será formulada e implementada mediante abordagem e coordenação intersetorial que articule as diversas políticas setoriais a partir de uma visão abrangente de todos os

<sup>1</sup> Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista latino-americana de estudos constitucionais*, Belo Horizonte, nº 1, p. 607-630, 2003.

<sup>2</sup> Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico” (MELLO, 2009, p. 53).

direitos da criança na primeira infância”. Trata-se de diretriz determinando uma conduta ao administrador público: a criação de uma Política Nacional Integrada mediante abordagem e coordenação intersetorial. Por sua vez, a intersetorialidade é um princípio do microsistema jurídico de proteção à primeira infância: a determinação de intersetorialidade perpassa todo o MLPI, constituindo-se em norma fundamental do microsistema.

Feitas estas considerações, este estudo não se preocupa em estabelecer uma classificação de quais seriam os princípios e quais seriam as diretrizes das políticas públicas de proteção à primeira infância. Embora possuam conceitos diferentes, a falta de tecnicidade do legislador, bem como a possível sobreposição classificatória, torna desnecessária, para os fins aqui propostos, aquela diferenciação. Todavia, podemos identificar como normas jurídicas fundamentais do microsistema jurídico de proteção à criança na primeira infância: a) a intersetorialidade; b) a atuação integrada entre os três níveis governamentais e a sociedade civil; e c) o reconhecimento da criança na primeira infância enquanto sujeito titular do direito de desenvolver-se integralmente como prioridade absoluta das políticas públicas. Este último princípio é o objeto do próximo capítulo.

### **3 PRIORIDADE ABSOLUTA DO DESENVOLVIMENTO INTEGRAL DA CRIANÇA NA PRIMEIRA INFÂNCIA**

A prioridade absoluta do desenvolvimento integral da criança e do adolescente é norma fundamental do microsistema de proteção à criança e ao adolescente. Da mesma forma, é norma fundamental do microsistema de proteção à criança na primeira infância. Vem prevista no art. 227 da CF, no art. 4º do ECA e no art. 3º do MLPI. Por este princípio – entendido como norma fundamental do microsistema – é dever da família, da sociedade e do Estado elevar o desenvolvimento integral da criança e do adolescente como prioridade absoluta de sua atuação:

Em verdade, o art. 227 representa o *metaprincípio da prioridade absoluta dos direitos da criança e do adolescente*, tendo como destinatários da norma a família, a sociedade e o Estado. Pretende, pois, que a família se responsabilize pela manutenção da integridade física e psíquica, a sociedade pela convivência coletiva harmônica, e o Estado pelo constante incentivo à criação de políticas públicas. Trata-se de uma responsabilidade que, para ser realizada, necessita de uma integração, de um conjunto devidamente articulado de

políticas públicas. Essa competência difusa, que responsabiliza uma diversidade de agentes pela promoção da política de atendimento à criança e ao adolescente, tem por objetivo ampliar o próprio alcance da proteção dos direitos infanto-juvenis (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2019, p. 47).

Por desenvolvimento integral entende-se que à criança na primeira infância (corte metodológico do presente estudo) devam ser dadas condições para que desenvolvam as habilidades necessárias para alcançarem pleno desenvolvimento nas mais variadas esferas da sua existência - desenvolvimento físico, mental, intelectual, profissional – de modo a permitir a sua constituição enquanto ser humano e garantir-lhe existência digna. O desenvolvimento integral deve garantir que a criança na primeira infância se desenvolva enquanto ser humano capaz de alcançar sua independência e liberdade para escolher e percorrer o melhor caminho para sua existência. Para isso é necessário que a criança na primeira infância tenha, desde a gestação, as garantias necessárias para que obtenha plena saúde física e mental, bem como os meios necessários para desenvolver suas habilidades intelectuais e profissionais, tudo visando a garantir a sua digna existência enquanto ser humano livre e senhor de si.<sup>3</sup>

Tanto a prioridade absoluta quanto o direito ao desenvolvimento integral são postos em posição central no microsistema jurídico de proteção à criança e ao adolescente e, portanto, também à criança na primeira infância, sendo considerados metaprincípios: extraídos dos dispositivos da Constituição Federal, a proteção integral e a prioridade absoluta, devido à sua posição axiológica (valorativa) e à densidade de conteúdo, “ocupam uma posição de destaque dentro dos princípios do direito da criança e do adolescente, denominando-se *metaprincípios*” (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2019, p. 51).

No âmbito familiar, a família deve sobrepor o desenvolvimento integral da criança na primeira infância acima dos interesses dos demais membros familiares: a família deve se organizar para agir de forma a garantir o desenvolvimento integral da criança na primeira infância acima dos demais interesses, alterando o destino da renda familiar, postergando ou cancelando outros projetos familiares (como viagem durante o período escolar), modificando hábitos sociais e culturais (modificação da audiência

---

<sup>3</sup> Ver interessante análise da teoria do desenvolvimento como liberdade de Amartya Sen e sua interlocução com a primeira infância em ZILLOTTO, Bruna Antunes; FERRAZ, Miriam Olívia Knopik; MARQUES, Camila Salgueiro da Purificação. O Marco Legal da Primeira Infância como ferramenta fundamental ao alcance do desenvolvimento socioeconômico no Brasil. *Revista Jurídica Luso-Brasileira - RJLB*, ano 6, nº 3, p. 371-400.

a determinados programas televisivos, abstenção de participação em determinados eventos sociais não adequados à presença da criança na primeira infância), apenas para citarmos alguns exemplos.

No âmbito social, a sociedade civil deve adotar as práticas necessárias que visem ao desenvolvimento integral da criança na primeira infância como prioridade absoluta: as sociedades empresárias e civis devem permitir que as mães trabalhadoras promovam o aleitamento materno e que mães e pais trabalhadores possam acompanhar seus filhos a atendimento médico; familiares e vizinhos devem estar atento a qualquer sinal de violência física, psicológica, sexual ou econômica a que esteja submetida a criança na primeira infância, informando imediatamente o Conselho Tutelar (o art. 13 do ECA determina esta obrigação inclusive em casos de mera suspeita); comerciantes devem zelar para não venderem produtos cuja venda é proibida para crianças e adolescentes (o art. 81 do ECA, que estabelece os produtos cuja venda é proibida para crianças e adolescentes, é reflexo da prioridade absoluta do desenvolvimento integral da criança e do adolescente sobre o lucro do comerciante); o número de exemplos possíveis é indefinido.

De maneira inédita, o art. 12 do MLPI apresenta um rol exemplificativo das formas de participação da sociedade – enquanto obrigação solidária com a família e o Estado – especificamente para a proteção e promoção da criança na primeira infância:

- I - formulando políticas e controlando ações, por meio de organizações representativas;
- II - integrando conselhos, de forma paritária com representantes governamentais, com funções de planejamento, acompanhamento, controle social e avaliação;
- III - executando ações diretamente ou em parceria com o poder público;
- IV - desenvolvendo programas, projetos e ações compreendidos no conceito de responsabilidade social e de investimento social privado;
- V - criando, apoiando e participando de redes de proteção e cuidado à criança nas comunidades;
- VI - promovendo ou participando de campanhas e ações que visem a aprofundar a consciência social sobre o significado da primeira infância no desenvolvimento do ser humano.

No âmbito público, o Estado deve priorizar a destinação de verbas para os programas voltados ao desenvolvimento integral da criança na primeira infância. É sabido que não há verbas públicas suficientes

para satisfação de todas as necessidades sociais (mormente em países de desenvolvimento tardio, como o Brasil, cujas mazelas sociais são profundas e amplamente disseminadas). No confronto entre as diversas necessidades sociais, as verbas orçamentárias devem ter destinação preferencial às políticas públicas voltadas ao desenvolvimento integral da criança na primeira infância. Trata-se de mandamento constitucional. Chega-se até mesmo a falar em limitação da discricionariedade do Poder Público pelo princípio da prioridade absoluta: “a discricionariedade do Poder Público também estará limitada na formulação e na execução das políticas sociais públicas, pois há determinação legal em se assegurar primazia para políticas públicas destinadas direta ou indiretamente à população infanto-juvenil” (AMIN, 2019, p. 78).

A prioridade do investimento público vem expressamente prevista no art. 4º, IV do MLPI, ao estabelecer que as políticas públicas voltadas ao atendimento dos direitos da criança na primeira infância serão elaboradas e executadas de forma a reduzir as desigualdades no acesso aos bens e serviços que atendam aos direitos da criança na primeira infância, priorizando o investimento público na promoção da justiça social, da equidade e da inclusão sem discriminação da criança.

A sociedade civil pode participar como garantidora da prioridade absoluta do orçamento público voltado ao desenvolvimento integral da criança e do adolescente de três formas:

a) mediante atuação política, votando em candidatos comprometidos com políticas públicas de proteção e promoção dos direitos da criança na primeira infância e, após as eleições, mediante atuação política ativa de cobrança dos eleitos para que cumpram o mandamento constitucional de prioridade absoluta;

b) mediante destinação de até 6% (seis por cento) do imposto sobre renda apurado pelas pessoas físicas em suas respectivas Declaração de Ajuste Anual, cujos valores serão doados aos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente nacional, distrital, estaduais ou municipais; em se tratando de pessoas jurídica, o valor destinado é de até 1% do imposto sobre a renda devido desde que a tributação se dê com base no lucro real (ECA, art. 260). Trata-se de uma das maiores garantias de que o imposto recolhido será aplicado em políticas públicas de proteção e promoção dos direitos da criança e do adolescente, uma vez que o valor dos impostos irá diretamente para os Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente;

c) mediante controle social, pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública e por associações que possuam como sua finalidade a defesa dos direitos da criança na primeira infância, de que o orçamento público está cumprindo com o dever de prioridade absoluta. Para viabilizar este controle social, estabelece o art. 11, § 2º do MLPI que a União deverá informar à sociedade a soma dos recursos aplicados anualmente no conjunto dos programas e serviços para a primeira infância e o percentual que os valores representam em relação ao respectivo orçamento realizado, bem como colherá informações sobre os valores aplicados pelos demais entes da Federação.

Em conjunto, a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Marco Legal da Primeira Infância estabelecem uma cultura do cuidado, envolvendo a família, a sociedade e o Estado como obrigados solidários a estabelecerem no país uma cultura voltada a garantir, como prioridade absoluta, o desenvolvimento integral da criança na primeira infância.

O titular do direito ao desenvolvimento integral é a criança na primeira infância. Nada mais justo e lógico que os titulares de um direito sejam ouvidos e possam influenciar na elaboração e implementação das políticas públicas que visam a concretizar um direito que lhes pertence. Neste sentido é que o MLPI estabeleceu o direito de participação da criança na formulação de políticas públicas. Vejamos como foi estabelecido este direito a seguir.

#### **4 O DIREITO DE PARTICIPAÇÃO DA CRIANÇA NA FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

O art. 4º do MLPI estabelece que as políticas públicas voltadas ao atendimento dos direitos da criança na primeira infância serão elaboradas e executadas de forma a incluir a participação da criança na definição das ações que lhe digam respeito, em conformidade com suas características etárias e de desenvolvimento. Este dispositivo está em consonância com a Convenção sobre os Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas - ONU, cujo art. 12 estabelece o direito da criança e do adolescente de serem ouvidos e participarem das decisões que lhes digam respeito de acordo com a sua idade e maturidade (ONU, 1990, *online*).

O dispositivo visa ao combate daquilo que a historiografia da infância denomina de invisibilização política da criança: a criança foi

excluída do mundo dos adultos e confinada a um espaço social condicionado e controlado pelos adultos, privando, dentre outras consequências, as crianças do exercício de poderes políticos. As crianças constituem-se o único grupo social verdadeiramente excluído de direitos políticos expressos (SARMENTO; FERNANDES; TOMÁS, 2007, p. 184).

Os dispositivos legais referem-se expressamente ao direito de a criança e o adolescente serem ouvidos, de forma que a criança – até 12 anos incompletos - deve ter possibilidade de participação na formulação das políticas públicas que lhe são destinadas, de acordo com sua idade e maturidade.

Poder-se-ia perguntar como a criança na primeira infância poderia participar na formulação de políticas públicas. Professores do Instituto de Estudos da Criança da Universidade do Minho em Braga, Portugal, apresentam três âmbitos relevantes de ação política das crianças: a participação em movimentos sociais que envolvam crianças (como exemplo, apresentam o Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua, do Brasil), a intervenção no espaço local (e exemplificam com a iniciativa denominada “Rede Social”, desenvolvida na cidade de Braga, Portugal) e a ação político-educacional na escola pública (e apresentam as ações desenvolvidas na Escola do Ensino Básico de Abação, Paraíso nº 1, em Guimarães, Portugal) (SARMENTO; FERNANDES; TOMÁS, 2007, p. 183-206). Não seria cabível a descrição das atividades exemplificadas pelos Autores portugueses neste artigo, razão pela qual remetemos o leitor ao estudo original referenciado ao final, mas pode-se afirmar que aquela participação deve ocorrer mediante instrumentos apropriados à idade e à maturidade da criança.

Deve-se atentar para que não seja promovida uma mera escuta simbólica: a participação da criança deve ser efetiva, suas ideias e anseios devem ser levados em séria consideração. Nesse sentido:

Depreende-se dos documentos citados que os responsáveis pelo planejamento e pela gestão das políticas públicas, aí incluídos os membros dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente, devem estar preparados para fazer uma escuta qualificada e para estabelecer uma nova forma de diálogo com as crianças e os adolescentes. Coloca-se aqui um instigante desafio conceitual e prático de desenvolvimento de um processo de ação comunicativa intergeracional, que agregue valor às políticas públicas e ao processo de democracia participativa. Para tanto, os adultos deverão ter capacidade de descentração relativa em relação aos seus próprios interesses e convicções, abrindo mão do egocentrismo ou da onisciência, para tentar compreender

interesses e posicionamentos expressos por crianças e adolescentes. Esse modo de interação comunicativa não pode ser exercido de maneira vertical, na qual o agente busca apenas convencer ou persuadir seu interlocutor, ou no qual a assimetria das relações de poder gera, na melhor hipótese, uma relação paternalista, mas deve ser exercida de forma horizontal, buscando-se entendimentos compartilhados e formação de consensos (RIBAS, 2017, *online*).

Cuide-se, a propósito, que “a participação política das crianças não pode ser pensada através de modos de imitação ‘macaqueada’ dos comportados adultos”, da mesma forma que se deve evitar que a “tentação da colonização das crianças em determinadas ações políticas se exprime frequentemente em formas não infantis de ação” (SARMENTO; FERNANDES; TOMÁS, 2007, p. 204).

A escuta participativa da criança vem - dentre outras consequências benéficas – auxiliar a cumprir com os objetivos previstos no art. 4º do MLPI, promovendo o respeito à individualidade da criança, os ritmos de seu desenvolvimento, bem como valorizar a diversidade da infância brasileira e as diferenças entre as crianças em seus diferentes contextos sociais e culturais. Ninguém melhor que a própria criança para externalizar sua individualidade, expressar as especificidades de seu contexto social e cultural.

Vimos que as políticas públicas para a primeira infância devem ser elaboradas e concretizadas com prioridade absoluta, de forma a garantir o desenvolvimento integral da criança na primeira infância. O MLPI estabelece diretrizes de como aquelas políticas públicas devem ser estruturadas. Entre a principal diretriz - e que também se configura como norma fundamental do microsistema - está a intersetorialidade. No próximo capítulo, procuramos demonstrar seus fundamentos e como a intersetorialidade foi pensada pelo MLPI.

## **5 INTERSETORIALIDADE: PRINCÍPIO E DIRETRIZ DA POLÍTICA NACIONAL INTEGRADA PARA A PRIMEIRA INFÂNCIA**

O MLPI, art. 6º, determina a formulação de uma Política Nacional Integrada para a Primeira Infância. Sua formulação e implementação devem seguir as seguintes diretrizes:

- a. abordagem e coordenação intersetorial;
- b. articulação das diversas políticas setoriais;

c. visão abrangente de todos os direitos da criança na primeira infância.

A intersetorialidade é uma das grandes balizas do MLPI, constituindo-se em princípio do microssistema de proteção à primeira infância, mas constitui-se igualmente em diretriz daquele microssistema, constituindo-se em diretriz a ser seguida pelo gestor público. Mas o que é a intersetorialidade?

Vimos anteriormente que a criança na primeira infância deve ter garantida, como prioridade absoluta, o seu desenvolvimento integral. A integralidade do desenvolvimento demanda ações nas áreas da saúde física e mental, da educação, da segurança, do desenvolvimento profissional, da cultura, da moradia etc.

Como decorrência da tradição da ciência moderna, houve uma especialização e fragmentação do conhecimento: este passou a ser dividido em diversos ramos separados, compartimentados, cada um deles promovendo o aprofundamento de sua respectiva área. Esta fragmentação pode ser vista na divisão temática das secretarias e ministérios: saúde, educação, meio ambiente, esporte, turismo, cultura, economia, desenvolvimento social etc., diversas áreas separadas e com pouca comunicação entre si, atuando separadamente no combate aos problemas sociais.

A intersetorialidade promove uma nova visão na forma de as políticas públicas lidarem com os problemas sociais: os problemas passam a ser analisados a partir de uma apreciação global, elaborando-se estratégias que envolvem diversos setores e áreas de conhecimento para que, em uma ação conjunta - portanto, não fragmentada - possam-se executar políticas de enfrentamento mais eficazes. Nesse sentido:

Com base neste entendimento, identifica-se que um dos grandes desafios é romper com a tradição da ciência moderna, que opera com uma lógica parcializada de organização e produção do saber, tendo como consequência uma intensa especialização disciplinar e práticas sociais fragmentadas. Nesta direção, diversos autores assinalam a importância de buscar no paradigma da interdisciplinaridade uma análise global dos problemas e na estratégia de gestão intersetorial a promoção de práticas sociais mais eficazes em relação à questão social atual (MONNERAT; SOUZA, 2009, p. 203).

A situação de vulnerabilidade da criança na primeira infância, a título de exemplo, é analisada de forma integral: saúde, educação,

moradia, violência física, psicológica, sexual etc. Não raramente, estes problemas estão interligados: violência, pobreza, doenças, subnutrição, evasão escolar, frequentemente formam um cenário complexo com diversos e profundos pontos de contato. A intersetorialidade permite a construção de uma visão global da complexidade dos problemas. Mas a intersetorialidade não significa um simples acúmulo de saberes fragmentados: não se trata de apenas somar um saber ao outro, mas sim de construir uma proposta de atuação diferente, complexa, global, integral, em tudo diferente de uma mera soma de propostas setoriais. Desta forma, “o ponto forte da proposta de intersetorialidade é a possibilidade de se construir uma visão de complexidade dos problemas tendo como requisito o aporte de diferentes acúmulos setoriais”, objetivando “construir objeto e objetivos comuns, o que difere das propostas que se traduzem na mera sobreposição ou justaposição de ações setoriais” (MONNERAT; SOUZA, 2009, p. 208).

Os órgãos públicos – v. g., por meio de suas secretarias municipais e estaduais, ministérios no âmbito do governo federal – não devem agir de forma isolada: a Política Nacional Integrada para a Primeira Infância deve ser formulada de forma conjunta e integrada pelos diversos âmbitos de atuação estatal. A qualidade de vida da criança, plural e complexa, demanda, portanto, uma visão integrada dos problemas sociais que dificultam a concretização dos direitos que lhe são próprios:

A qualidade de vida demanda uma visão integrada dos problemas sociais. A ação intersetorial surge como uma nova possibilidade para resolver esses problemas que incidem sobre uma população que ocupa determinado território. Essa é uma perspectiva importante porque aponta para uma visão integrada dos problemas sociais e de suas soluções. Com isso, busca-se otimizar os recursos escassos procurando soluções integradas, pois a complexidade da realidade social exige um olhar que não se esgota no âmbito de uma única política social (JUNQUEIRA, 2004, p. 27).

A intersetorialidade convoca as áreas da educação, da saúde, da cultura, do esporte, da segurança, da economia, da moradia, dentre outras, a atuarem de forma conjunta na elaboração de uma única política voltada para a primeira infância de forma a:

a) evitar sobreposição na atuação (v. g., secretarias da educação e da cultura atuando no mesmo problema, quando ambas poderiam agir em conjunto de forma mais eficaz e econômica);

b) evitar lacunas na atuação (v. g., a secretaria do desenvolvimento social não atua em um determinado problema pois concluiu que seria atuação da secretaria da educação, mas esta não atuou para a solução do problema pois concluiu que a secretaria do desenvolvimento social estaria tratando do assunto);

c) economia na gestão das verbas públicas e de recursos humanos;

d) compartilhamento de ideias entre as diferentes secretarias.

A diretriz da intersetorialidade determina que ministérios, secretarias, órgãos públicos, atuem conjuntamente para promover o desenvolvimento integral da criança e do adolescente. Não cabe ao município possuir diversos planos setoriais para a primeira infância (um plano da saúde para a primeira infância, um plano da educação para a primeira infância, um plano de combate à violência contra a primeira infância etc.). As secretarias de um município devem se unir para, conjuntamente, elaborar e concretizar um único Plano Municipal Integrado para a Primeira Infância, com a atuação conjunta de todas as secretarias municipais.

Constata-se, assim, como a intersetorialidade liga-se ao conceito de rede, que, por sua vez, “emergiu como uma nova concepção de gestão contrária à setorização e à especialização, propondo, por outro lado, integração, articulação dos saberes e dos serviços ou mesmo a formação de redes de parcerias entre os sujeitos coletivos no atendimento às demandas dos cidadãos” (PEREIRA; TEIXEIRA, 2013, p. 121).

É nesse sentido que o art. 7º do MLPI possibilita à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir, nos respectivos âmbitos, um Comitê Intersetorial de Políticas Públicas para a Primeira Infância. É neste comitê que participarão, em conjunto, os diversos secretários municipais, estaduais ou ministros do governo federal (em seus respectivos âmbitos, pessoalmente ou mediante seus representantes), para assegurar a articulação das ações voltadas à proteção e à promoção dos direitos da criança na primeira infância. Haverá, portanto:

a) para cada município, um Plano Municipal para a Primeira Infância - PMPI - elaborado, articulado e supervisionado pelo Comitê Municipal de Políticas Públicas para a Primeira Infância;

b) para cada estado, um Plano Estadual para a Primeira Infância - PEPI - elaborado, articulado e supervisionado pelo Comitê Estadual de Políticas Públicas para a Primeira Infância;

c) para o Distrito Federal, um Plano Distrital para a Primeira Infância - PDPI - elaborado, articulado e supervisionado pelo Comitê Distrital de Políticas Públicas para a Primeira Infância;

d) em âmbito nacional, um Plano Nacional para a Primeira Infância - PNPI - elaborado, articulado e supervisionado pelo Comitê Federal de Políticas Públicas para a Primeira Infância.

Os comitês intersetoriais de políticas públicas para a primeira infância são constituídos com a finalidade de articular as ações dos diversos setores envolvidos com a concretização dos direitos da primeira infância (saúde, educação, esporte, alimentação, moradia etc.). São constituídos por representantes governamentais (secretários, outros servidores) e de participação social (esta participação se dá por meio dos conselhos de direitos, no âmbito municipal, por intermédio do CMDCA ou de outros conselhos existentes, conforme lei instituidora). Embora não haja previsão legal, entendemos ser possível e salutar a participação de representantes do poder legislativo, o que dependerá da indicação de seus membros aos respectivos comitês.

Para melhor organização do comitê intersetorial, o Poder Executivo - União, Estados, Distrito Federal e Municípios, cada um em seu respectivo âmbito - nomeará o órgão responsável pela coordenação do comitê intersetorial (MLPI, art. 7º, § 1º). Assim, *v. g.*, o Prefeito Municipal poderá designar a Secretaria de Saúde para coordenação do comitê setorial de um determinado município. Sua função é de coordenar a atuação do comitê intersetorial que, como vimos anteriormente, contará com a participação de diversas secretarias, representantes do poder legislativo e da sociedade civil.

O dever legal de concretização integral dos direitos da criança na primeira infância é solidário entre os entes da Federação (União, Estados, DF e Municípios), devendo ser instituído um regime de colaboração entre aqueles entes. Por este motivo, os comitês intersetoriais devem ser instituídos nos âmbitos federal, estaduais e municipais. Esta exigência decorre da solidariedade entre todos os entes da Federação.

A solidariedade estabelecida entre os entes da Federação e a necessidade de articulá-los é um dos principais objetivos do Comitê Federal de Políticas Públicas para a Primeira Infância, que tem por finalidade (MLPI, art. 7º, § 2º e art. 8º):

a. promover a articulação entre os comitês intersetoriais estaduais e municipais;

b. complementar as ações dos comitês estaduais e municipais quando necessário;

c. buscar a adesão dos Estados e Municípios para que estes promovam a concretização dos direitos da criança na primeira infância a partir de abordagens multi e intersetorial;

d. oferecer assistência técnica aos comitês estaduais e municipais.

Ressalte-se, oportunamente, que o Comitê Municipal de Políticas Públicas para a Primeira Infância – CMPI não se confunde com o Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente - CMDCA. Vejamos:

Tabela 2: Diferenças entre o CMPI e o CMDCA (autoria própria)

Comitê Municipal de Políticas Públicas para a Primeira Infância – CMPI	Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente – CMDCA
. instituído pelo Marco Legal da Primeira Infância	. instituído pelo ECA
. voltado apenas para a primeira infância	. voltado para a infância e a adolescência
. órgão articulador de políticas públicas multisetoriais	. órgão consultivo, deliberativo e fiscalizador

Conforme abordamos anteriormente neste estudo, a intersetorialidade é uma das características mais marcantes da Política Nacional Integrada para a Primeira Infância, por isso a consideramos como princípio – no sentido de norma fundamental - e diretriz - no sentido de modo de agir - do MLPI: além de se constituir em uma norma fundamental do microsistema de proteção da primeira infância, constitui-se, ao mesmo tempo, em diretriz determinando uma conduta do administrador público, a saber, a criação de uma Política Nacional Integrada mediante abordagem e coordenação intersetorial. Esta política é o objeto do próximo capítulo.

## **6 POLÍTICA NACIONAL INTEGRADA PARA A PRIMEIRA INFÂNCIA**

O MLPI estabelece a obrigatoriedade de se estabelecer uma Política Pública para a Primeira Infância nos três níveis governamentais, federal, estatal (e distrital) e municipal. Trata-se da chamada Política Nacional Integrada para a Primeira Infância.

Vimos no capítulo anterior que a Política Nacional Integrada para a Primeira Infância tem como uma de suas principais características a intersetorialidade, o que garante uma visão abrangente de todos os direitos da criança na primeira infância (MLPI, art. 6º).

Para articular as ações dos diversos setores – saúde, educação, esporte, segurança, moradia etc. – cada âmbito governamental poderá criar seus respectivos Comitês Intersetoriais de Políticas Públicas para a Primeira Infância (MLPI, art. 7º, *caput*).

Em cada um dos níveis governamentais - federal, estatal, distrital e municipal – cada Comitê instituirá um Plano Intersetorial para a Primeira Infância: um para cada município, um para cada estado, um para o Distrito Federal e um plano federal.

O MLPI institui um conjunto de diretrizes para a formulação dos Planos Intersetoriais para a Primeira Infância. Procuramos realizar uma síntese daquelas diretrizes, de modo a formular um panorama para a formulação dos Planos Intersetoriais:

a) articulação com as instituições de formação profissional (MLPI, art. 9º): as instituições de formação profissional (Sistema S (Sesc, Senac, Senai, Sest Senat), universidades, escolas técnicas etc.) devem adequar seus cursos de modo a formar profissionais qualificados para a prestação de serviços voltados à criança na primeira infância;

b) acesso garantido e prioritário à qualificação dos profissionais que atuam nos diferentes ambientes de execução das políticas públicas e programas destinados à criança na primeira infância (MLPI, art. 10): visa-se à formação continuada do profissional que atua na execução de políticas públicas destinadas à criança na primeira infância; como se trata de formação continuada, o dispositivo legal refere-se à oferta de cursos de especialização e atualização, oferecidos, portanto, para o profissional que já tenha concluído um curso de graduação universitária; os programas dos cursos deverão contemplar, entre outros temas, a especificidade da primeira infância, a estratégia da intersetorialidade na promoção do desenvolvimento integral e a prevenção e a proteção contra toda forma de violência contra a criança;

c) obrigatoriedade de monitoramento, coleta sistemática de dados, avaliação periódica e divulgação dos resultados (MLPI, art. 11): as políticas públicas da primeira infância devem contar com monitoramento e coleta sistemática de dados, de modo a embasar a atuação dos Comitês Intersetoriais de Política Pública para a Primeira Infância, e promover a avaliação periódica dos serviços fornecidos à criança na primeira infância. Para viabilizar o controle de qualidade e eficácia dos serviços públicos oferecidos à criança na primeira infância, o MLPI estabelece duas disposições complementares:

c.1) registro individual dos dados: cada criança na primeira infância deve ter um registro individual no qual constem os dados de seu crescimento e desenvolvimento (MLPI, art. 11, § 1º);

c.2) informação sobre a soma dos recursos públicos aplicados anualmente: de modo a permitir a fiscalização pela sociedade civil e órgãos de fiscalização (CMDCA, Ministério Público, Defensoria Pública etc.), a União deverá informar à sociedade os recursos aplicados em políticas públicas para a primeira infância. Esta informação deve abranger os recursos aplicados pela União, pelos Estados e pelos Municípios (MLPI, art. 11, § 2º);

d) participação da sociedade civil por meio de suas organizações representativas (MLPI, art. 12).

Como exemplo de programa que bem retrata a Política Nacional Integrada para a Primeira Infância, o Decreto Presidencial nº 9.579/2018, nos arts. 96 a 108, estabeleceu o programa Criança Feliz.<sup>4</sup> O programa Criança Feliz possui nítido caráter intersetorial (como determina o MLPI), implementado “a partir da articulação entre as políticas de assistência social, saúde, educação, cultura, direitos humanos, direitos das crianças e dos adolescentes, entre outras” (BRASIL, Decreto Presidencial nº 9.579/2018, art. 101). O programa igualmente obedece à diretriz de colaboração entre os três níveis governamentais e a sociedade civil, ao estabelecer que as ações do Programa Criança Feliz “serão executadas de forma descentralizada e integrada, por meio da conjugação de esforços entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, observada a intersetorialidade, as especificidades das políticas públicas setoriais, a participação da sociedade civil e o controle social” (BRASIL, Decreto Presidencial nº 9.579/2018, art. 103).

Outros programas, anteriores à aprovação do MLPI, retratam a intersetorialidade desejada na proteção e concretização dos direitos da criança: trata-se do programa Bolsa Família. O programa Bolsa Família constitui-se em programa de transferência condicional de renda para famílias pobres, desde que a família cumpra com determinadas condições referentes à saúde e à educação das crianças e adolescentes membros da família. Dentre as condicionantes da área da saúde, exige-se da família beneficiária: a realização do pré-natal, acompanhamento pós-natal, atividades de educação sobre saúde e nutrição para as mães, cumprimento

<sup>4</sup>O Programa Criança Feliz, coordenado pelo Ministério da Cidadania do Governo Federal foi um dos ganhadores do prêmio Wise 2019, premiação concedida pela Qatar Foundation, organização sem fins lucrativos estabelecida em Doha (QATAR FOUNDATION. 2019 *Wise Awards*. 2019, *online*).

do esquema vacinal completo da criança, rotina de acompanhamento médico para crianças menores de sete anos (RASELLA *et all*, 2013, p. 57;62). Segundo estudo publicado na revista *The Lancet*, os resultados do programa Bolsa Família evidenciam que uma abordagem multisetorial, combinado com um programa de transferência condicional de renda, diminuíram substancialmente a mortalidade infantil em decorrência de situações de pobreza no Brasil.<sup>5</sup>

Personagem importante e indispensável na proteção da criança na primeira infância é a família, pois é nela que a criança está, primeira e diretamente, inserida. O MLPI, reconhecendo a importância da proteção da família enquanto fundamento da proteção da criança na primeira instância, estabeleceu diretrizes para a formulação e execução de políticas públicas e programas voltados para o apoio à família. Vejamos quais são estas diretrizes.

## 7 POLÍTICAS E PROGRAMAS DE APOIO À FAMÍLIA

É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de uma família. Esta família pode ser a sua família natural ou, excepcionalmente, em família substituta (por guarda, tutela ou adoção) (ECA, art. 19).

Além de convivência familiar, à criança e ao adolescente é garantida a possibilidade de convivência comunitária (ECA, art. 19): a família está inserida em uma comunidade da qual a criança e o adolescente fazem parte; seu desenvolvimento integral depende não apenas de estar inserido em uma família, mas da possibilidade de fazer parte de uma comunidade na qual possa desenvolver suas habilidades de interação social:

A criança e o adolescente, com o passar dos anos, ampliam os seus relacionamentos e passam a viver experiências próprias fora do âmbito familiar que lhe auxiliarão no incremento da personalidade e do caráter. Neste ponto, a convivência escolar, religiosa e recreativa deve ser incentivada e facilitada pelos pais. Estes espaços complementares do ambiente doméstico constituem pontos de identificação importantes, inclusive para a proteção e o amparo do infante, mormente quando perdido o referencial familiar. Na comunidade,

---

<sup>5</sup>“The results of our study provide evidence that a multisectoral approach, combining a large-scale conditional cash transfer programme, with the potential to act on important social health determinants, and effective primary health care, capable of attending basic health demands of the same population and of attending conditions imposed by the conditional cash transfer programme, can substantially reduce childhood mortality from poverty-related causes in a large middleincome country such as Brazil” (RASELLA *et all*, 2013, p. 64).

ainda, a criança e o adolescente poderão desenvolver os seus direitos como cidadãos (MACIEL, 2019, p. 181).

Com base no direito da criança e do adolescente à convivência familiar e comunitária é que o MLPI estabeleceu uma série de dispositivos instituindo uma política pública de apoio à família, visando garantir o desenvolvimento integral da criança na primeira infância:

a) participação das famílias em rede de proteção e cuidado à criança na primeira infância (MLPI, art. 13): novamente, o MLPI estabelece uma diretriz direcionada ao envolvimento da sociedade civil e, para tanto, não poderia faltar a atuação da família, na qual espera-se que a criança na primeira infância esteja inserida; o dispositivo visa ao fortalecimento dos vínculos familiares (o fortalecimento da família gera, por si só, maior proteção à criança) e dos vínculos comunitários (a criança não está inserida apenas na família, mas também em uma determinada comunidade). Para tanto, estabelece o art. 14 do MLPI que as políticas públicas deverão contar com:

a.1) políticas e programas governamentais de apoio às famílias que deverão incluir visitas domiciliares; e

a.2) programas de promoção da paternidade e maternidade responsáveis;

b) articulação intersetorial: por força da diretriz da intersetorialidade, o art. 14 do MLPI determina que estes programas “buscarão a articulação das áreas de saúde, nutrição, educação, assistência social, cultura, trabalho, habitação, meio ambiente e direitos humanos, entre outras, com vistas ao desenvolvimento integral da criança”;

c) fortalecimento da família no exercício do cuidado e educação da criança na primeira infância (MLPI, art. 14, § 1º);

d) prioridade de atenção às famílias em situação de vulnerabilidade: terão prioridade no atendimento pelas políticas públicas as famílias que se encontram em situação de vulnerabilidade e de risco ou com direitos violados para exercer seu papel protetivo de cuidado e educação da criança na primeira infância, bem como as que têm crianças com indicadores de risco ou deficiência, conforme forem identificadas nas redes de saúde, educação e assistência social e nos órgãos do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente que terão prioridade nas políticas sociais públicas (MLPI, art. 14, § 2º);

e) orientação e formação sobre maternidade e paternidade responsáveis: de modo a favorecer a formação e a consolidação de vínculos

afetivos e estimular o desenvolvimento integral na primeira infância, as gestantes e as famílias com crianças na primeira infância deverão receber orientação e formação sobre (MLPI, art. 14, § 3º):

- e.1) maternidade e paternidade responsáveis;
- e.2) aleitamento materno;
- e.3) alimentação complementar saudável;
- e.4) crescimento e desenvolvimento infantil integral;
- e.5) prevenção de acidentes;
- e.6) educação sem uso de castigos físicos.

f) programas e ações de visita domiciliar (MLPI, art. 14, §§ 4º e 5º): os programas e ações de visita domiciliar devem sempre estar vinculados a políticas públicas sociais e avaliadas por uma equipe profissional responsável; devem, ainda, contar com profissionais qualificados, assegurando-lhes sua permanência e formação continuada.

De forma a ilustrar ações de concretização das diretrizes para políticas e programas de apoio à família, novamente fazemos referência ao programa Criança Feliz, considerado um dos maiores projetos de visita familiar do mundo (QATAR FOUNDATION. *2019 Wise Awards*. 2019, *online*), tendo como público alvo prioritário as famílias em situação de vulnerabilidade, assim consideradas aquelas que possuem gestantes ou crianças na primeira infância, priorizando-se: a) gestantes, crianças de até três anos e suas famílias beneficiárias do Programa Bolsa Família; b) crianças de até seis anos e suas famílias beneficiárias do Benefício de Prestação Continuada; c) crianças de até seis anos afastadas do convívio familiar em razão da aplicação de medida de proteção prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, e suas famílias (Decreto Presidencial nº 9.579/2018, art. 98).

Por fim, como forma de reforçar a figura da criança como titular de direito (e não mero objeto da legislação), o MLPI estabeleceu diretrizes que promovam a concretização do direito da criança na primeira infância de acesso à educação e à cultura. Estas diretrizes estão sistematizadas no próximo capítulo.

## **8 DIREITO À EDUCAÇÃO E À CULTURA: A CRIANÇA COMO PRODUTORA DE CULTURA**

Por fim, o MLPI estabelece um conjunto de dispositivos acerca do direito de acesso à educação e à cultura pela criança na primeira infância. Estes direitos podem ser sistematizados da seguinte forma (MLPI, arts. 15 a 17):

a) direito de acesso da criança na primeira infância à produção cultural;

b) direito de reconhecimento da criança na primeira infância como produtora de cultura;

c) expansão da educação infantil, assegurados:

c.1) qualidade da oferta;

c.2) instalações e equipamentos que obedçam a padrões de infraestrutura estabelecidos pelo Ministério da Educação;

c.3) profissionais qualificados conforme a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional;

c.4) currículo e materiais pedagógicos adequados à proposta pedagógica.

d) criação de espaços lúdicos para crianças na primeira infância, tanto em locais públicos quanto em locais privados em que haja circulação de crianças, de modo a proporcionar-lhes o bem-estar, o brincar e o exercício da criatividade;

e) a existência de ambientes livres e seguros em suas comunidades.

Mais que conferir à criança direito de acesso à cultura e à educação, o MLPI confere à criança na primeira idade o direito de produzir sua própria cultura, de expressar sua visão de mundo, de expressar sua individualidade e de comunicar ao mundo adulto formas alternativas de compreensão e expressão da sua realidade. Parte do reconhecimento de que a visão de mundo da criança difere da visão de mundo do adulto, gerando produtos culturais diferenciados:

A existência de culturas próprias, formas de ser, pensar e sentir específicas da infância, necessariamente distintas das do adulto - embora também interdependentes dessas - é um aspecto que exige olhar por outra ótica a criança e a infância. A criança não imita ou copia de forma simples e direta o mundo dos adultos, mas sim o transforma, modifica, contesta, amplia, confirma - enfim, ela pensa e elabora ideias próprias sobre esse mundo, revelando necessidades, interesses, conhecimentos e desejos (PORTILHO; TOSATTO, 2014, p. 742).

A criança não é, portanto, um mero agente passivo da cultura criada pelo adulto: ela atua ativamente na ressignificação, na (re)formulação, na modificação da cultura recebida do mundo adulto. O MLPI vem estatuir, juridicamente, que seja garantido à criança um livre espaço de manifestação da sua subjetividade, o direito de que possa livremente compreender e ressignificar o mundo de acordo com suas limitações e possibilidades.

Este direito visa a garantir que a criança possa livremente interagir com os elementos culturais à sua disposição, sem excessivo direcionamento que reproduzem a forma adulta de relacionamento com a cultura. Mas sob outra perspectiva, visa a proteger a criança contra elementos culturais inadequados às características de sua idade e à posição de vulnerabilidade frente a técnicas e mecanismos de publicidade abusiva e enganosa. A criança não pode, livremente, interagir com elementos culturais cujo significado não possui ainda condições de compreensão devido ao estágio peculiar de seu desenvolvimento. A criança deve ser protegida contra técnicas e métodos de propaganda abusiva que se valem da ingenuidade infantil para iludi-la, enganá-la e criar falsas necessidades que a criança não pode, ainda, identificar e compreender; deve ainda ser protegida contra produtos culturais não adequados à sua idade (violentos, sexualizados, aterrorizantes).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Procuramos, neste estudo, sistematizar os princípios e as diretrizes que devem configurar as políticas públicas para a primeira infância, conforme estabelecidos pelo MLPI.

Verificou-se a existência de princípios e diretrizes altamente impactantes na configuração que o legislador pretendeu conferir às políticas públicas para a primeira infância, a saber: a) a intersetorialidade; b) a atuação integrada entre os três níveis governamentais e a sociedade civil; e c) o reconhecimento da criança na primeira infância enquanto sujeito titular do direito de desenvolver-se integralmente como prioridade absoluta das políticas públicas. Estas são, em nosso entender, as três grandes vértebras sobre as quais devem se assentar as políticas públicas para a primeira infância.

O MLPI tem como principal característica o estabelecimento de uma Política Nacional para a Primeira Infância caracterizada pela intersetorialidade e integração entre os três níveis governamentais e a sociedade civil, visando à concretização do direito ao desenvolvimento integral da criança na primeira infância considerada prioridade absoluta pelo texto constitucional.

O MLPI mantém a concepção jurídica – adotada a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 – de que a criança e o adolescente são sujeitos dos direitos a eles garantidos, e não mero objetos de proteção legal.

Os direitos da criança na primeira infância estão, antes de tudo, previstos na Constituição Federal, seja em dispositivos específicos (arts. 226 e 227), seja mediante aplicação de direitos direcionados ao cidadão em geral (como os direitos fundamentais previstos no art. 5º). Além de dispositivos previstos em diversos diplomas legislativos (como o Código Civil, o Código de Processo Penal e o Código de Defesa do Consumidor), o grande rol de direitos da criança na primeira infância é aquele previsto para crianças de todas as idades e para os adolescentes: o Estatuto da Criança e do Adolescente. É neste diploma legal que se encontra o mais importante conjunto de direitos de que é titular a criança na primeira infância.

O Marco Legal da Primeira Infância possui, em nosso sentir: uma finalidade simbólica e uma finalidade pragmática:

a) simbolicamente, o Marco Legal da Primeira Infância constitui, como seu próprio nome indica, um marco, um referencial histórico, um momento no tempo de evolução dos direitos da criança na primeira infância; o MLPI estabelece um marco de visibilidade da luta pelos direitos da criança na primeira infância, um referencial jurídico-político-histórico específico para as crianças na primeira infância que possuem necessidade de proteção e políticas públicas diferenciadas daquelas destinadas à criança que tenha ultrapassado o período da primeira infância e ao adolescente;

b) pragmaticamente, o Marco Legal da Primeira Infância estabelece um conjunto de determinações ao poder público e à sociedade civil para que seja instituído um conjunto integrado de políticas públicas, nas três esferas governamentais, de atuação prática para proteção da criança na primeira infância.

Nesse sentido, encerramos este estudo com referência ao art. 1º do MLPI, no qual consta a disposição que, em grande extensão, pode se constituir na mais importante determinação de seu texto: a referência de que as políticas públicas para a primeira infância deverão não apenas serem formuladas de acordo com os princípios e diretrizes apresentados pelo Marco Legal da Primeira Infância, mas principalmente que as políticas públicas sejam implementadas, i. e., concretizadas.

O Marco Legal não pode ser visto apenas como marco simbólico: ele deve ser visto, principalmente, como um marco na mudança de vida das crianças na primeira infância.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

AMIN, Andrea Rodrigues. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. São Paulo: Saraiva Educação, p. 70-86, 2019.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e da outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 jul. 1990.

BRASIL. Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância [...]. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 8 mar. 2016.

BRASIL. Decreto Presidencial nº 9.579/2018. “Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo federal que dispõem sobre a temática do lactente, da criança e do adolescente e do aprendiz, e sobre o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, o Fundo Nacional para a Criança e o Adolescente e os programas federais da criança e do adolescente, e dá outras providências”. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 23 nov. 2018.

HECKMAN EQUATION PROJECT. **James Heckman changes the equation for American prosperity**, 2013. Disponível em: [https://heckmanequation.org/www/assets/2014/05/F\\_Heckman\\_Brochure\\_041515.pdf](https://heckmanequation.org/www/assets/2014/05/F_Heckman_Brochure_041515.pdf). Acesso em: 25 mar. 2020.

HECKMAN, James J. Skill formation and the economics of investing in disadvantaged children. **Science**, v. 312, p. 1900-1902, jun. 2006.

JUNQUEIRA, Luciano Antonio Prates. A gestão intersetorial das políticas setoriais e o terceiro setor. **Saúde e Sociedade**, v. 13, n. 1, p. 25-36, jan.-abr. 2004.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Direito fundamental à convivência familiar. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. São Paulo: Saraiva Educação, p. 170-188, 2019.

MATTA, Gustavo Corrêa. Princípios e Diretrizes do Sistema Único de Saúde. In: Gustavo Correa Matta; Ana Lúcia de Moura Pontes. (Org.). **Políticas de Saúde: Organização e operacionalização do Sistema Único de Saúde**. Rio de Janeiro: EPSJV/FIOCRUZ, v. 3, p. 61-80, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MONNERAT, Giselle Lavinias; SOUZA, Rosimary Gonçalves de. Política social e intersectorialidade: consenso teóricos e desafios práticos. **Ser Social**, Brasília, v. 12, n. 26, jan./jun. 2009.

ONU – Organização das Nações Unidas. Convenção sobre os direitos da criança. Adotada pela Assembleia Geral da ONU em 20 de novembro de 1989. Aprovada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº 28/1990 e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 99.710/1990. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 22 nov. 1990.

PEREIRA, Karine Yanne de Lima; TEIXEIRA, Solange Maria. Redes e intersectorialidade nas políticas sociais: reflexões sobre sua concepção na política de assistência social. **Textos & Contextos**, v. 12, n. 1, p. 114-127, jan.-jun. 2013.

PORTILHO, Evelise Maria Labatut; TOSATTO, Carla Cristina. A criança e o brincar como experiência de cultura. **Revista Diálogo Educacional**, v. 14, n. 43, p. 737-758, set./dez. 2014.

QATAR FOUNDATION. **2019 Wise Awards**. 2019, *online*. Disponível em: <https://www.wise-qatar.org/project/happy-child-program-ministry-citizenship-brazil/#>. Acesso: em 8 abr. 2020.

RIBAS, Fábio. Participação de crianças e adolescentes na definição e controle de políticas públicas. **Prattein**: articulando ideias, viabilizando ações, 2017, *online*. Disponível em: [http://prattein.com.br/home/index.php?option=com\\_content&view=article&id=863:participacao-de-criancas-e-adolescentes-na-definicao-e-controle-de-politicas-publicas&catid=72:legislacao-e-politicas-publicas&Itemid=161](http://prattein.com.br/home/index.php?option=com_content&view=article&id=863:participacao-de-criancas-e-adolescentes-na-definicao-e-controle-de-politicas-publicas&catid=72:legislacao-e-politicas-publicas&Itemid=161). Acesso em: 25 mar. 2020.

RASELLA, Davide; AQUINO, Rosana; SANTOS, Carlos A. T.; PAES-SOUSA, Rômulo; BARRETO, Maurício L. Effect of a conditional cash transfer programme on childhood mortality: a nationwide analysis of Brazilian municipalities. **The Lancet**, v. 382, jul. 2013, p. 57-64.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei nº 8.080/90** – comentado artigo por artigo. 11ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SARMENTO, Manuel Jacinto; FERNANDES, Natália; TOMÁS, Catarina. Políticas Públicas e Participação Infantil. **Educação, Sociedade e Cultura**, nº 25, p. 183-206, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista latino-americana de estudos constitucionais**, Belo Horizonte, nº 1, p. 607-630, 2003.

YOUNG, Mary. Por que investir na primeira infância. In: BRASIL. Câmara dos Deputados. Centro de Estudos e Debates Estratégicos. **Primeira Infância: Avanços do Marco Legal da Primeira Infância**. Cadernos de Trabalhos e Debates. Brasília: Câmara dos Deputados, p. 21-23, 2016.

ZILLOTTO, Bruna Antunes; FERRAZ, Miriam Olivia Knopik; MARQUES, Camila Salgueiro da Purificação. O Marco Legal da Primeira Infância como ferramenta fundamental ao alcance do desenvolvimento socioeconômico no Brasil. **Revista Jurídica Luso-Brasileira - RJLB**, ano 6, nº 3, p. 371-400, 2020.

# TOQUE DE RECOLHER NA PANDEMIA DA COVID-19: ENTRE O DIREITO DE LOCOMOÇÃO E O DIREITO À SAÚDE

## *CURFEW AT THE COVID-19 PANDEMIC: BETWEEN THE RIGHT TO MOVEMENT AND THE RIGHT TO HEALTH*

Joedson Delgado\*

Ana Paula Basso\*\*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 O toque de recolher e suas restrições na pandemia do covid-19. 2 A validade jurídica do toque de recolher e a cooperação federativa na pandemia da covid-19. 3 A conformidade jurídica da lei n. 13.979/2020 na pandemia da covid-19. 4 Efeitos jurídicos e o controle judicial do toque de recolher sobre os direitos e liberdades fundamentais na pandemia da covid-19. Conclusão. Referências.

**RESUMO:** A covid-19 foi declarada pandemia pela Organização Mundial da Saúde na condição de emergência em saúde pública de importância internacional. Medidas sanitárias restritivas tomadas pelos entes federados para prevenir a propagação da epidemia nacional mudou o estilo de vida, em especial os decretos de toque de recolher prevendo punibilidade de natureza administrativa e penal. Nesse contexto, o artigo analisa o conceito de toque de recolher no cenário pandêmico da covid-19, bem como, o escopo, a natureza jurídica, a legalidade, os efeitos jurídicos sobre os direitos e liberdades fundamentais e o controle judicial. A metodologia jurídico-descritiva contribui para as discussões sobre o Estado faça os necessários regramentos de forma a garantir as condições, âmbito e exceções dessa medida sejam previsíveis equacionando dentro do possível a livre locomoção e a saúde da população.

**Palavras-chave:** Covid-19. Direito à Saúde. Liberdade de Circulação. Pandemia. Toque de recolher.

**ABSTRACT:** Covid-19 was declared a pandemic by the World Health Organization as a public health emergency of international importance. Restrictive sanitary measures taken by the federated entities to prevent the spread of the national epidemic changed the lifestyle, especially the curfew

\*Doutorando em Direito na Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (CEUB). Especialista em Direito Sanitário pela Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz). Servidor público na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

\*\* Professora e Vice-coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Doutora em Direito pela Universidade de Castilla-La Mancha (UCLM), Espanha com período cotutela em Universidade de Bolonha (Unibo), Itália.

Artigo recebido em 16/11/2021 e aceito em 10/08/2022.

Como citar: DELGADO, Joedson; BASSO, Ana Paula. Toque de recolher na pandemia da Covid-19: entre o direito de locomoção e o direito à saúde. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 25, n. 42, p. 253, jul./dez. 2021. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

*decrees providing for punishment of an administrative and criminal nature. In this context, the article analyzes the concept of curfew in the Covid-19 pandemic scenario, as well as the scope, legal nature, legality, legal effects on fundamental rights and freedoms and judicial control. The legal-descriptive methodology contributes to the discussions about the State make the necessary regulations in order to guarantee the conditions, scope and exceptions of this measure are predictable, equating as far as possible the free movement and health of the population.*

**Keywords:** Covid-19. Right to health. Freedom of Movement. Pandemic. Curfew.

## INTRODUÇÃO

A pandemia é um conceito utilizado para doenças epidêmicas causadas por um fator infeccioso ultrapassando as fronteiras nacionais e se espalhando para um, para vários ou para todos os continentes ao mesmo tempo (HENAO-KAFFURE, 2010, p. 55). Se uma epidemia atingir certa dimensão geográfica será declarada pandemia pela Organização Mundial da Saúde – OMS.

A doença epidêmica *coronavirus disease* 2019 definida como síndrome respiratória aguda grave - coronavírus 2 (SARS-CoV-2), mais conhecida por covid-19, foi declarada pandemia pela OMS em 11 de março de 2020 (ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE – BRASIL, 2020). O mundo conheceu esta doença e teve início o difícil processo que afetou grande parte da vida social.

No Brasil, a pandemia da covid-19 afetou inicialmente os grupos populacionais de alta renda que retornavam do exterior, mas se espalhou rapidamente para as populações de menor poder aquisitivo que diante das dificuldades em adotar distanciamento social, do reduzido acesso aos serviços médicos de qualidade e da precariedade de emprego impossibilitou o isolamento social (PASSOS, 2020). De modo geral, os países tiveram que aplicar novos regramentos a ser alterado à medida que os governos obtêm informações de epidemiologistas e virologistas sobre como gerenciar a doença.

Por sua vez, o governo brasileiro adentrava em cenário desconhecido e não tinha um plano de gerenciamento da crise e das consequências do surto de covid-19. Precisou adotar medidas drásticas e imediatas como a edição da lei de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (BRASIL, 2020b) e a apresentação do Plano de Contingência Nacional para Infecção Humana pelo novo Coronavírus 2019-nCoV (BRASIL, 2020f).

O Congresso Nacional reconheceu a ocorrência de calamidade pública e formou comissão de parlamentares para avaliar as medidas

orçamentária e financeira do governo federal para o enfrentamento dos efeitos econômicos decorrentes do estado de exceção sanitária enquanto vigora o decreto legislativo n. 6, de 2020 (BRASIL, 2020c). Nesse ínterim houve conflito entre os entes federados quanto ao rearranjo de poderes de polícia sanitária colocadas pela medida provisória n. 926/2020 seguida de sua conversão na lei n. 14.035/2020 (BRASIL, 2020a). O Supremo Tribunal Federal (STF) na ação direta de inconstitucionalidade n. 6.341-DF (BRASIL, 2020d) reconheceu a competência concorrente dos estados, DF, municípios e União para legislar sobre saúde pública em matéria de covid-19.

Quanto ao decreto de toque de recolher fundamentado na finalidade legítima de controle sanitário, a hipótese é a de que tenha validade jurídica a partir da essencialidade dos direitos e liberdades fundamentais. O decreto de toque de recolher – denominado, também, de toque de restrição por alguns decretos estaduais e municipais – surgiu como uma medida sanitária restritiva de circulação de pessoas adotada pelos entes da federação brasileira e por diversos países como parte de políticas públicas para conter a transmissão da covid-19.

A metodologia jurídico-descritiva do artigo aborda a temática do decreto de toque de recolher e suas restrições na pandemia do covid-19; sua validade jurídica e a cooperação federativa; a conformidade jurídica da lei n. 13.979/2020; os efeitos jurídicos e o controle judicial perante os direitos e liberdades fundamentais. O candente tema das liberdades públicas frente o decreto de toque de recolher na pandemia da covid-19 será pesquisado sob a perspectiva legal, o conceito e âmbito durante o cenário pandêmico, a natureza jurídica da sua decretação, o efeito restritivo sobre os direitos e liberdades fundamentais e o controle judicial das sanções impostas pelo descumprimento dessa restrição.

## **1 O TOQUE DE RECOLHER E SUAS RESTRIÇÕES NA PANDEMIA DO COVID-19**

A lei n. 13.979/2020 (BRASIL, 2020b) não elencou o toque de recolher para o enfrentamento da emergência de saúde pública da pandemia da covid-19. Entende-se como emergência de saúde pública um acontecimento extraordinário que:

- (i) constituindo um risco para a saúde pública para outros Estados, devido à propagação internacional de doença e

(ii) potencialmente exigindo uma resposta internacional coordenada; (BRASIL, 2009).

O toque de recolher na pandemia da covid-19 pode ser definido como uma medida sanitária restritiva de aplicação da lei que, de modo temporário e excepcional, impeça a saída das pessoas de determinada área, independentemente de estarem saudáveis, doentes ou suspeita de contaminação. Não existe definição legal para o decreto de toque de recolher pandêmico, visto como:

Uma política governamental que ordena as pessoas e ressalvam da livre circulação os trabalhadores dos serviços ditos essenciais – a deixarem as ruas e espaços públicos em um determinado horário, geralmente à noite, no intuito de impedir agrupamentos; e/ou

Uma medida sanitária excepcional que tolhe direitos e liberdades fundamentais das pessoas voltada para reduzir a taxa de infecção humana e/ou atrasar a disseminação do coronavírus e das novas variantes.

Por outro lado, a quarentena encontra-se definida em lei n. 13.979/2020 como

[...] restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus (BRASIL, 2020b).

Para Sjödin *et al.* (2020), a quarentena é uma medida sanitária aplicada como forma de manter uma determinada região ou local sob controle e evitar entradas e saídas de pessoas no intuito de prevenir a propagação de uma doença infecciosa. Portanto, a quarentena pode ser aplicada independentemente de as pessoas estarem doentes e contaminadas. Tal situação ocorreu no período que começou o surto de covid-19 em Wuhan/China onde duas aeronaves do governo brasileiro trouxeram cidadãos brasileiros desta localidade e cidades próximas a província de Hubei para serem repatriadas com a condição de que toda tripulação passasse por uma quarentena obrigatória de 18 dias (PEDUZZI, 2020).

Este conceito difere do isolamento que é a

[...] separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus; (BRASIL, 2020b).

Já o isolamento serve para manter em local separado geralmente na própria moradia, os doentes ou infectados pela covid-19. O isolamento pode incluir a quarentena em massa, a obrigação de distanciamento social ampliado ou seletivo, o fechamento de comércios/escolas e a intensa busca de casos e rastreamento de contato físico do paciente pelos profissionais de saúde.

A implementação de restrições devidamente regulamentadas, via decreto, tal como o isolamento e a quarentena devem estar fundamentados na ciência, motivado em evidências técnicas perante fatos e baseados em informativos estratégicos de saúde coletiva da autoridade sanitária. Para Niu e Xu (2020, p. e452), o isolamento de casos e contatos de pessoas doentes e contaminadas sempre foi uma estratégia na luta contra doenças infecciosas, no entanto, sua eficácia tem variado.

A adoção do toque de recolher visa quebrar a cadeia de propagação do vírus, reduzir a velocidade da transmissão entre as pessoas e permitir as equipes de saúde identifiquem os lugares mais afetadas pelo vírus com o objetivo de desenvolver um novo plano sanitário. No toque de recolher, não é necessário identificar os infectados de covid-19 ou com suspeita de contaminação na área onde a medida sanitária é imposta. Essa restrição de circulação também se aplica as pessoas saudáveis e alcança um público amplo podendo abranger todo o país.

O alcance do toque de recolher pode ser abordado nas dimensões: pessoal, geográfica e temporal. Na dimensão pessoal, o toque de recolher pandêmico não fere o princípio da igualdade quando aplicado a certos grupos, por exemplo, aos maiores de 65 anos e portadores de doenças crônicas desde que esta restrição se respalde em dados médico-científicos regulamentados. Mas afinal quais doenças são crônicas? Com que dados científicos e técnicos determinam o início da idade de 65 anos?

Na dimensão geográfica, o alcance do toque de recolher pode ser implementado em todo o país ou apenas em alguns estados e/ou municípios ou mesmo em alguns bairros da cidade. E, na dimensão temporal, a implementação da restrição por um período indefinido atinge a essência de alguns direitos e liberdades básicas, como a liberdade de locomoção, e viola o princípio da proporcionalidade.

Portanto, medidas sanitárias restritivas devem vir acompanhadas das exceções com vistas a proteção dos direitos e liberdades fundamentais. Embora não seja possível que as pessoas deixem seus lugares durante as restrições pode ser necessário permitir com base em alguns motivos obrigatórios como problemas de saúde, ir trabalhar

para certas profissões, atendimento de necessidades básicas (comida, medicamentos, entre outros).

Ressalvas na legislação abrandam insatisfações generalizadas e indicam aos cidadãos se tratar de uma restrição sanitária que se somam aos esforços para conter a propagação das infecções por coronavírus. Neste processo, é importante dar segurança jurídica para que as pessoas sujeitas às restrições saibam em que circunstâncias se faz necessário remover, afrouxar ou aumentar algumas limitações. Eis a importância da regulamentação do poder de polícia sanitária, via parlamento, no cenário pandêmico da covid-19.

## **2 A VALIDADE JURÍDICA DO TOQUE DE RECOLHER E A COOPERAÇÃO FEDERATIVA NA PANDEMIA DA COVID-19**

A Administração Pública foi dotada de poderes administrativos para garantir e proteger a ordem pública. Além da segurança e da tranquilidade pública, o terceiro elemento da ordem pública é a salubridade pública que se volta aos assuntos de higiene e saúde pública. Medidas tomadas para proteger a saúde pública são medidas de aplicação da lei sanitária.

O artigo 196 da Constituição (BRASIL, 1988) assegura que a saúde é um “[...] direito de todos e dever do Estado [...]”, portanto, contabiliza como dever estatal a garantia que todos vivam suas vidas com saúde física e mental. Além de prestar serviços de saúde para o tratamento de doenças, o poder público deve tomar medidas administrativas de aplicação da regra sanitária para eliminar/reduzir as doenças que ameaçam a saúde pública. Um dos métodos eficazes para proteger a saúde pública é a prevenção de doenças infecciosas e contagiosas.

Mesmo que o governo já adota as medidas necessárias para proteger a coletividade de epidemias e endemias, tais medidas podem não ser suficientes durante uma pandemia. Assim, o poder público deve ampliar as medidas sanitárias principalmente diante do surgimento de uma nova enfermidade sem que tenha imunizante.

Nesse intento, o toque de recolher tem sido uma das medidas sanitárias tomadas pelos Estados durante o cenário pandêmico. A intenção é garantir que os hospitais tenham leitos suficientes para pacientes com covid-19 e que os procedimentos médicos regulares, sempre que possível, possam continuar conforme planejado.

Em tempos de pandemia da covid-19, o toque de recolher tem sido uma medida sanitária restritiva adotada pelos governadores e prefeitos brasileiros. Para Santos (2020, p. 157), a competência dos governos locais diante da pandemia decorre:

No coerente exercício do poder discricionário, compete ao gestor público, diante de uma norma que indique diversas alternativas, a definição da melhor opção. Opção esta que representa o efetivo cumprimento do interesse público, tendo em conta que está legitimada pela lei – visto que seja uma alternativa legal, criada pelos representativos legislativos eleitos pelo povo – e pela figura democrática do gestor – pessoa cuja proposta de governo foi eleita pela maioria do povo.

Consentâneo a esta tese, os ministros do STF por maioria restringiram a possibilidade de responsabilização dos agentes públicos no período pandêmico de covid-19 com base em parâmetros científicos e técnicos associados aos princípios constitucionais da prevenção e precaução. A decisão do STF estabeleceu que:

1. Configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado ou impactos adversos à economia, por inobservância: (i) de normas e critérios científicos e técnicos; ou (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. 2. A autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos. (BRASIL, 2020e)

O STF se posicionou sobre a responsabilização dos agentes públicos na seara civil e administrativa - por ação ou omissão dolosa ou erro grosseiro - de atos praticados para combater a pandemia da covid-19 incluindo suas consequências econômicas e sociais. Nesta ação não se discutiu as medidas de natureza penal praticados pelos agentes públicos contra o cidadão durante a pandemia.

Em matéria de proteção à vida, saúde e meio ambiente, a jurisprudência do STF recomenda a autocontenção para as decisões tomadas pelo Poder Público com base nos princípios constitucionais da

prevenção e da precaução (BARROSO, 2020). De qualquer modo, a lei n. 13.979/2020 (BRASIL, 2020b) apenas encontra-se prevista expressamente as restrições de isolamento e quarentena. O toque de recolher não tem uma definição na norma jurídica brasileira tampouco existe alguma norma específica que preveja tal instituto.

O toque de recolher, em tese, é de caráter temporário estipulado pelo poder público por um período predeterminado ou determinável com base na interpretação extensiva da lei de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (BRASIL, 2020b). A forma como esta lei foi redigida tem permitido ampla interpretação das restrições pelo poder público respaldando-se na adaptação do cenário pandêmico imprevisível e mutável.

A ideia por detrás do toque de recolher – normalmente no período noturno – é reduzir a propagação do vírus e fortalecer as ações fiscalizatórias contra aglomerações vista em festas clandestinas ou bares legalizados. A exigência de ficar em domicílio à noite significa que menos pessoas irão se encontrar umas com as outras. Ademais, o toque de recolher varia de acordo com a localidade e em alguns lugares a venda de álcool é proibida após determinado horário.

O toque de recolher pandêmico objetiva reduzir o avanço da covid-19 sem interromper completamente a vida social ao tempo que limita as interações sociais. O elemento subjetivo desta restrição sanitária é o confinamento domiciliar obrigatório e a delimitação da livre circulação das pessoas. Já o elemento objetivo é a proteção da saúde coletiva na tentativa frear a propagação do coronavírus e atenuar o volume de pacientes nos sistemas público e privado de saúde.

O toque de recolher é um ato administrativo do Executivo que, embora vigente em determinado período, tem consequências significativas para as pessoas abrangidas pelo decreto. Uma vez que a restrição sanitária do toque de recolher é limitada a uma ordem para não sair às ruas e destinada a um grupo de pessoas (pre)determinadas.

Neste contexto, os entes federados têm legitimidade para decretar medidas sanitárias restritivas dado que a Constituição estipula a cooperação federativa. O federalismo cooperativo foi reafirmado pelo STF no julgamento de inconstitucionalidade da Medida Provisória 926/2020 convertida na Lei n. 14.035/2020 (BRASIL, 2020a) relativo à autonomia dos entes federados para adotar medidas sanitárias de barrar o avanço do novo coronavírus. A autonomia dos entes federados para cuidar da saúde consta expressamente no artigo 23, inciso II, da Constituição (BRASIL, 1988).

O federalismo cooperativo pretende a “[...] duplicação da máquina administrativa do Estado dar autonomia (liberdade) às partes componentes da federação.” (REVERBEL, 2012, p. 249). Propõe distribuir o poder político entre as diferentes partes da federação garantindo que não haja um governo central todo poderoso. No federalismo, a divisão de poder fortalece a democracia representativa ao proteger a liberdade e promover a tomada de decisões locais sobre questões de importância regional.

O federalismo cooperativo na emergência de saúde pública é importante para alcançar os resultados necessários no enfrentamento da covid-19 diante de situações cotidianas vivenciadas pelos governadores e prefeitos na gestão sanitária. Os estados podem experimentar e aprender uns com os outros adotando práticas bem-sucedidas alcançadas em um estado, bem como permite a adaptação de normas para atender às circunstâncias de cada estado em particular.

Todavia, os entes federados têm posições diferenciadas em relação à disseminação do coronavírus justificando, assim, leis e políticas diversas, a exemplo da posição do governante que fecha suas fronteiras para pessoas de outras regiões. Verificou-se conflitos entre o governo federal, governos dos estados e governos municipais sobre responsabilidades pela gestão da pandemia desde a detecção da covid-19 no país por contendas político-partidárias e lacunas jurídicas do pacto federativo (RODRIGUES; AZEVEDO, 2020).

Pode-se dizer que se todos os estados aplicassem as mesmas regras e políticas certamente não haveria esperança de avanços na política pública de saúde. O federalismo cooperativo abre espaço para fazer algo diferente e melhor.

### **3 A CONFORMIDADE JURÍDICA DA LEI N. 13.979/2020 NA PANDEMIA DA COVID-19**

No Brasil, o toque de recolher pandêmico encontra-se imposto por governadores e prefeitos com decretos autônomos publicados no Diário Oficial. A publicização deste ordenamento jurídico permite que sejam tomadas decisões antecipadamente pelo cidadão a fim de mitigar as restrições aos direitos e liberdades fundamentais das pessoas.

A base jurídica do toque de recolher é a lei n. 13.979/2020 (BRASIL, 2020b), artigo 3º, cuja autoridade competente decide as ações necessárias para proteger a coletividade. Entende-se como “ações necessárias” para conter a covid-19:

I - isolamento; II - quarentena; III - determinação de realização compulsória de exames médicos, testes laboratoriais, coleta de amostras clínicas, vacinação e outras medidas profiláticas ou tratamentos médicos específicos; III-A – uso obrigatório de máscaras de proteção individual; IV - estudo ou investigação epidemiológica; V - exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver; VI – restrição excepcional e temporária, por rodovias, portos ou aeroportos, de entrada e saída do País; e a locomoção interestadual e intermunicipal; VII - requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa; e VIII – autorização excepcional e temporária para a importação e distribuição de quaisquer materiais, medicamentos, equipamentos e insumos da área de saúde sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa considerados essenciais para auxiliar no combate à pandemia do coronavírus, desde que: a) registrados por pelo menos 1 (uma) das seguintes autoridades sanitárias estrangeiras e autorizados à distribuição comercial em seus respectivos países: 1. Food and Drug Administration (FDA); 2. European Medicines Agency (EMA); 3. Pharmaceuticals and Medical Devices Agency (PMDA); 4. National Medical Products Administration (NMPA); (BRASIL, 2020b).

No Estado Democrático de Direito, a liberdade é a regra; a restrição é a exceção. Os poderes que limitam ou impedem o direito de locomoção devem estar definidos em lei, em caso de conflito aparente de princípios, o STF observa os requisitos da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Ferreira (2016, p. 59) discorre sobre a complicada distinção dos limites da lei ao permitir que os Poderes extrapolem as suas competências é um precedente muito perigoso. De igual modo, Mattos, Santin e Cachichi (2020) assinalam que a restrição de atividades econômicas para contenção da pandemia não pode ser feita por intermédio de decretos executivos que têm função meramente regulamentar. Sendo assim, os valores democráticos embutidos na questão demandam a observância da razoabilidade e de proporcionalidade pelo Tribunal Constitucional.

A autoridade competente dispõe da discricionariedade limitada à lei em sentido formal, notadamente em se tratando de abordagem policial que indaga cidadão dos motivos da sua saída da residência seguida de autuação criminal por esta conduta. Os poderes da Administração devem ser regulamentados um a um podendo escolher o modo mais adequado

de acordo com a situação. Purull (2021) relata os efeitos dos estados de exceção aplicados na pandemia, da retirada da segurança social e o abandono dos setores mais vulneráveis, enquadrados em um desenho de modelos de governança baseados na racionalidade de mercado, dão conta de uma cidade cuja fratura social é fundada por um estado de exceção permanente, produzindo um tipo de cidade que encontra sua principal legitimidade no estado de exceção.

O toque de recolher é uma medida que proíbe totalmente as pessoas de abandonarem suas residências durante a emergência de saúde pública da pandemia de covid-19. Assim, o conceito constitucional de liberdade não contempla um suposto direito fundamental de colocar em risco a saúde das outras pessoas e a liberdade pressupõe responsabilidade, caso contrário seu exercício para além dos seus limites, configura abuso de direito. Em igual posição de fundamentalidade está o direito igualmente fundamental à saúde.

Entre os motivos para detenção está a força normativa de um decreto de governo estadual ou municipal respaldada no poder de polícia sanitário da lei n. 13.979/2020 (BRASIL, 2020b). Esse é o caso do decreto n. 41.874/2021 (DISTRITO FEDERAL, 2021), ora revogado, que – em razão do período agudo da pandemia da covid-19 – o governador proibiu a circulação de pessoas no Distrito Federal das 22 horas às 05 horas entre os dias 8 a 22 de março de 2021, prorrogáveis, sob pena de detenção e condução coercitiva à delegacia para procedimento inquisitivo. Vejamos:

Art. 1º Fica decretado toque de recolher das 22h às 05h em todo o território do Distrito Federal.

[...]

Art. 6º O deslocamento urbano realizado, por qualquer meio, em desconformidade com as regras do presente Decreto autorizará o encaminhamento imediato do autor do fato à autoridade policial competente para as providências cabíveis, sem prejuízo da imposição de multa individual no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), a ser cominada pela Força-Tarefa criada pelo Decreto nº 41.849, de 27 de fevereiro de 2021, mediante registro motivado, no auto de infração, do horário do deslocamento irregular, da identidade do infrator e do local em que for abordado. (Grifo nosso).

Este decreto distrital e demais decretos estaduais e municipais têm desafiado à justiça. Enquanto a matéria constitucional é julgada no STF, magistrados e promotores estaduais tem divergidos da medida. É o

caso da liberdade provisória de um comerciante preso por descumprir regra sanitária do governo de São Paulo ao obrigar o fechamento de comércio dito não-essencial na região de Ribeirão Preto. O juízo da Comarca entende que o decreto estadual respaldando a prisão é inconstitucional por ferir o livre exercício do trabalho e da livre circulação (ARANHA, 2021).

Dentro dessa visão, o Ministério Público de Santa Catarina acredita na inconstitucionalidade do formato do decreto de toque de recolher, assim como o Ministério Público de Minas Gerais tem recomendado às polícias civil e militar em Uberlândia a não abordarem ou deterem pessoas para condução à delegacia por descumprimento do toque de recolher pandêmico no período noturno (IGOR, 2020; DRECHSEL, 2021).

Vieira Júnior e Cardoso (2021, p. 269) pontuam ilegítimas as restrições determinadas pela administração sanitária como “[...] manifesta inconstitucionalidade formal dos atos normativos que as veiculam, também se revelam materialmente viciadas, a partir de uma análise pautada pelo postulado da proporcionalidade.”. Existem casos perturbadores em que os governos estaduais e municipais parecem usar a covid-19 para violar os direitos humanos, restringir ainda mais as liberdades fundamentais e o espaço cívico e assolapar o Estado de Direito. Portanto, as sanções por violações das medidas sanitárias devem ser proporcionais e não impostas de forma arbitrária ou discriminatória.

A autoridade policial tem se apoiado no artigo 268 (BRASIL, 1940) ao interpretar extensivamente como norma penal em branco para enquadrar cidadão que descumpra decreto de toque de recolher pandêmico de governador ou prefeito impedindo a livre circulação. Considera-se norma penal em branco a hipótese em que o complemento normativo provém de fonte diversa para daí surtir efeito do preceito primário da conduta definida pelo tipo penal.

As atuais disposições normativas do toque de recolher são de natureza sanitária e administrativa que se apoiam em ordenamento penal promulgada em 1940, em muitos aspectos, incompatível com as condições atuais. Entre as medidas listadas na lei n. 13.979/2020 (BRASIL, 2020b) para o enfrentamento da emergência de saúde pública da pandemia da covid-19 não consta o toque de recolher.

Já o isolamento de pessoas doentes ou com suspeita de contaminação da covid-19 deve ser regulamentado por tempo limitado na sua residência ou em locais com condições sanitárias e científicas encontra-se descrito no artigo 2.º, inciso I, da lei n. 13.979/2020 (BRASIL, 2020).

As medidas de isolamento, quarentena e toque de recolher são medidas diferentes. A infringência do isolamento e da quarentena podem acarretar a detenção de pessoa por infração de medida sanitária preventiva prevista no artigo 268 do código penal (BRASIL, 1940) independentemente que a União tenha decretado estado de sítio nos termos da Constituição Federal.

Sobre as restrições em tempos de pandemia, Gonçalves; Macedo Neto e Ribeiro (2020, p. 2595) discorrem a situação diante da dicotomia entre o garantismo penal de Luigi Ferrajoli e o princípio da supremacia do interesse coletivo sobre o privado. Para a Anistia Internacional (2020, p. 15), organização internacional de luta pelos direitos humanos, aponta que os governos devem implementar medidas de mitigação e evitar medidas de toque de recolher para lidar com covid-19 que podem ter um efeito desproporcional sobre grupos e indivíduos marginalizados, como residentes de assentamentos informais e pessoas que não têm onde morar.

É arbitrário custódia policial ou detenção em massa de cidadãos que descumprem decreto de toque de recolher por não se apoiar em lei discutida e aprovado no Congresso Nacional. É essencial que as autoridades em todo o mundo priorizem as melhores práticas de saúde pública e não medidas coercitivas que se revelam contraproducentes.

A detenção por descumprir toque de recolher na pandemia desafia análise de constitucionalidade da medida pelo STF, pois a Constituição em seu artigo 5º, inciso XXXIX (BRASIL, 1988), assegura “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

#### **4 EFEITOS JURÍDICOS E O CONTROLE JUDICIAL DO TOQUE DE RECOLHER SOBRE OS DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS NA PANDEMIA DA COVID-19**

O toque de recolher na pandemia da covid-19 afeta direitos e liberdades fundamentais como o direito de locomoção, a liberdade e segurança pessoal, o direito ao trabalho, o direito à educação e o direito ao respeito da vida privada. Em linhas gerais, o toque de recolher deve ser avaliado de acordo com a situação concreta que pode atingir a essência dos direitos e liberdades fundamentais suprimindo a livre circulação.

Existe controvérsia a respeito da justificativa interventiva erigida pelo governante de proteger a saúde da população. Medidas administrativas que cerceie a circulação de pessoas, como o toque de recolher noturno, é um fenômeno de colisão de direitos fundamentais em sentido amplo:

[...] O dever do estado de proteger os direitos de seus cidadãos obriga-o a produzir uma medida tão alta quanto possível deste bem. Isso, porém, não é possível sem intervir na liberdade daqueles que prejudicam ou ameaçam a segurança pública. (ALEXY, 2015, p. 60).

Não se pode dizer que o toque de recolher afeta todos os direitos e liberdades fundamentais na mesma intensidade. A autoridade pública que a decreta deve estipular o horário, a duração, o âmbito, as exceções desta restrição objetivando conter a velocidade de disseminação da covid-19. As medidas administrativas de aplicação da lei sanitária devem ser proporcionais à gravidade do perigo epidêmico a ser evitado. Portanto, a adoção de medidas mais severas do que o necessário para prevenir o risco não devem ser aplicadas.

O decreto de toque de recolher com a intenção de prevenir doenças epidêmicas aplicados por um período indefinido e ininterruptamente ferem a essência das liberdades públicas. Nesse sentido, Chaves Júnior e Pádua (2021, p. 698-699) se posicionam sobre a liberdade de locomoção em tempos de pandemia:

[...] é adequada a restrição à liberdade sem base na Constituição Federal? Após checagem da validade da intervenção e da restrição desse direito fundamental, observaram-se reprovadas as medidas de lockdown e restrição de vias terrestres, pois desproporcionais. A rigidez constitucional e o constitucionalismo contemporâneo determinam, impõem e obrigam o afastamento do mantra sobre a “inexistência de direitos absolutos”, e este texto usa a proporcionalidade justamente para proteger, e não para flexibilizar direitos.

No Brasil, as exceções a livre locomoção por doença epidêmica não estão claras e previsíveis no ordenamento jurídico como a que se encontra disposta no artigo 5º, item 1, alínea ‘e’ da Convenção Europeia dos Direitos do Homem<sup>11</sup>. Esta norma expressa literalmente o direito à liberdade e a saúde de todos podendo a liberdade ser restringida por lei

<sup>11</sup> “ARTICLE 5 Right to liberty and security 1. Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law: [...] (e) the lawful detention of persons for the prevention of the spreading of infectious diseases, of persons of unsound mind, alcoholics or drug addicts or vagrants;”

“ARTIGO 5º Direito à liberdade e à segurança 1. Toda a pessoa tem direito à liberdade e segurança. Ninguém pode ser privado da sua liberdade, salvo nos casos seguintes e de acordo com o procedimento legal: [...] e) Se se tratar da detenção legal de uma pessoa susceptível de propagar uma doença contagiosa, de um alienado mental, de um alcoólico, de um toxicômano ou de um vagabundo;” (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1950).

para não propagar ou prevenir doenças infecciosas. Cavalcante Filho e Barza (2020, p. 200) aponta respostas à disseminação da covid-19 frente ao controle estatal da mobilidade humana no Mercosul e na União Europeia:

No caso europeu, apesar das amarras do direito comunitário, os Estados-membros têm atuação tolerada pelas instâncias supranacionais, com desafio de preservar liberdades comunitárias. No MERCOSUL, a ordem regional autoriza maior intervenção dos Estados, com desafio de prosseguir em uma efetiva livre circulação.

A lei de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional não previu o toque de recolher para combater perigo epidêmico de covid-19. Por esta razão, a constitucionalidade dos decretos estaduais anticoronavírus foram objeto de duas ações diretas de inconstitucionalidade (ADI) ajuizadas pelo presidente da República, Jair Messias Bolsonaro ao STF.

A ADI 6764 MC/DF (BRASIL, 2021a) pedia a suspensão dos decretos dos governadores da Bahia, do Rio Grande do Sul e do Distrito Federal e a ADI 6855 MC/RN (BRASIL, 2021b) dos decretos dos governadores do Rio Grande do Norte, do Pernambuco e do Paraná no tocante ao fechamento de atividades ditas não-essenciais, o toque de recolher noturno e restrição de venda de bebidas alcoólicas como medidas adicionais na luta da pandemia da covid-19. Ao restringir a circulação e deter pessoas não envolvidas em atividade criminosa depende de lei aprovado pelo Congresso culminou mitigada pelo STF com base nos princípios da prevenção e da precaução decorrente de jurisprudências reiteradas sobre o assunto afastando, assim, os pedidos do chefe de Executivo quanto a inconstitucionalidade dos decretos estaduais por violação dos princípios da legalidade e da proporcionalidade.

O modelo de controle de constitucionalidade pode ser examinado incidentalmente pelo juízo estadual com recurso ao STF entre as partes ou examinada diretamente pelo STF quando interposta pelo rol taxativo de pessoas disposta na Constituição Federal, artigo 103, incisos I a IX (BRASIL, 1988). O juiz ao decidir aplica a lei aprovada pelo parlamento, contudo, a norma é incapaz de prever todas as situações cotidianas devido ao seu caráter coletivo, impessoal e abstrato.

A ADI n. 6764 requer a interpretação conforme a Constituição de dispositivos da lei de liberdade econômica (BRASIL, 2019) e da lei de emergência de saúde pública de importância internacional (BRASIL, 2020b). Diante disso indaga-se: qual a validade de um decreto de toque

de recolher de conteúdo autônomo e normativo – que fere a regra constitucional de elaboração de normas - fundamentado na finalidade legítima de controle sanitário? A resposta encontra-se na essencialidade dos direitos e liberdades fundamentais.

Do ponto de vista finalístico, o decreto é socialmente benéfico no seu teor e descontinuí-lo pode resultar em danos irreparáveis à saúde coletiva. Sobre o repertório da covid-19, as decisões do STF têm atuado no limite, quiçá, fogem de sua jurisprudência habitual de ouvir, de provocar e de acatar pedidos da Procuradoria Geral da República, instituição que defende dos interesses individuais indisponíveis, difusos, coletivos e sociais, nos termos dos artigos 127 e 129, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Foi o caso relatado pelo jornal Folha de São Paulo que ouviu experts ao tema quanto as decisões heterodoxas do STF de se opor ao posicionamento político do chefe do Executivo com a formação de um tipo de “jurisprudência de exceção”:

Especialistas reconhecem a necessidade de o Supremo adotar medidas duras contra o bolsonarismo, mas dizem que tergiversar com o devido processo legal, independentemente da finalidade que se busque, pode levar à criação de precedentes perigosos que, no futuro, venham a ser usados de maneira arbitrária pelo Judiciário em geral. Além das decisões judiciais, a corte também iniciou um movimento fora dos autos para barrar bandeiras do presidente. (TEIXEIRA, 2021).

A pandemia da covid-19 não isenta os governantes de sua obrigação de equilibrar cuidadosamente os interesses em jogo e de usar os poderes da/de polícia para cumprir suas obrigações relacionadas aos direitos humanos. Nos casos em que a manutenção da ordem e o uso da força tenham dado origem a violações dos direitos humanos, o poder público deve iniciar prontamente investigações completas, eficazes e independentes e garantir que todos os responsáveis prestem contas de suas ações em julgamentos justos.

## CONCLUSÃO

Doenças pandêmicas ameaçam a saúde global devendo o Estado tomar ações preventivas e corretivas para eliminar o perigo que mudam o estilo de vida e interferem nos direitos e liberdades fundamentais. Em prol da proteção da saúde pública, os governadores e prefeitos brasileiros têm editados decretos de toques de recolher como medida sanitária preventiva/reativa para limitar a propagação do novo coronavírus.

O toque de recolher na pandemia da covid-19 cerceia o direito de ir, vir e ficar com o objetivo de salvaguardar o direito à vida. Governadores e prefeitos têm se respaldado no julgamento do STF sobre a responsabilização civil e administrativa dos agentes públicos no período de pandemia. O STF decidiu que, em matéria de direito à vida, à saúde e ao meio ambiente, devem observar os princípios constitucionais da precaução e da prevenção sob pena de responderem por eventuais violações a direitos.

Considerando que os efeitos da pandemia continuarão por muito tempo é imprescindível editar os regramentos que facilitem a gestão desse processo. Neste ínterim uma boa política de informação e sensibilização quanto a gravidade da doença no sentido das pessoas não se aglomerarem associado a uma fiscalização autuante já permitem prevenir calamidades de saúde pública.

A pandemia colocou à prova o modelo federativo de cooperação diante da crise sanitária que colocou os governadores e prefeitos como os protagonistas da política pública de saúde. Necessário fortalecer o federalismo cooperativo, uma vez que uma decisão isolada de um ente federado não tem a capacidade de lidar por conta própria com a crise sanitária.

A crise de saúde global causada pela pandemia apresenta desafios extraordinários que exigem medidas igualmente extraordinárias. Pensado para evitar aglomerações, o toque de recolher deve ser apropriado (atingir o objetivo de conter o vírus), ser necessário (não existe outra maneira que atinja os objetivos) e ser proporcional (a restrição da liberdade apreciada com os resultados obtidos no enfrentamento do vírus).

Para futuras pesquisas, sugere-se um diálogo epistêmico entre desenvolver o estudo de “teste de proporcionalidade” de Robert Alexy e o marco do “federalismo cooperativo”. A pesquisa de outros trabalhos nessa área pode contribuir para o aprofundamento dos estudos sobre o toque de recolher como medida para combater o aumento nos casos da covid-19.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Org./trad. Luís Afonso Heck – 4. ed. ver. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

AMNESTY INTERNATIONAL. **COVID-19 Crackdowns – Police abuse and the global pandemic**, UK, mar 12, 2020. Disponível em: <https://www.amnesty.org/en/documents/act30/3443/2020/en>. Acesso em: 23 mar. 2021.

ARANHA, Marina. Justiça determina soltura de comerciante preso em Ribeirão Preto. **Revide**, Ribeirão Preto, 17 mar 2021. Disponível em: <https://www.revide.com.br/noticias/coronavirus/justica-determina-soltura-de-comerciante-preso-em-ribeirao-preto>. Acesso em: 18 mar. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. Responsabilidade civil e administrativa de agentes públicos e atos relacionados com a pandemia de Covid-19. **Revista de Direito Administrativo**, v. 2798, n. 2, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v279.2020.82015>. Acesso em: 22 mar. 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 2 mar. 2021.

BRASIL. Lei n. 14.035, de 11 de agosto de 2020. Altera a Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para a aquisição ou contratação de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 ago. 2020a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/114035.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/114035.htm). Acesso em: 2 mar. 2021.

BRASIL. Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 6 fev. 2020b. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm). Acesso em: 2 mar. 2021.

BRASIL. Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nºs 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei n. 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada n. 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei n. 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei n. 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 20 set. 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm). Acesso em: 19 mar. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 7 dez. 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm). Acesso em: 10 ago. 2022.

BRASIL. Decreto Legislativo n. 6, de 2020. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem n. 93, de 18 de março de 2020. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 20 mar. 2020c. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/portaria/DLG6-2020.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm). Acesso em: 2 mar. 2021.

BRASIL. Decreto Legislativo n. 395, de 2009. Aprova o texto revisado do Regulamento Sanitário Internacional, acordado na 58ª Assembléia Geral da Organização Mundial de Saúde, em 23 de maio de 2005. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 10 jul 2009. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2009/decretolegislativo-395-9-julho-2009-589324-exposicaodemotivos-152950-pl.html>. Acesso em: 8 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6764. Número Único: 0050244-09-2021.1.00.0000. Origem: DF – Distrito Federal. Relator: ainda não distribuído por sorteio. Assunto: Direito Administrativo e outras matérias de direito público. Controle de Constitucionalidade. Questões de alta complexidade, grande impacto e repercussão/COVID-19. **Diário da Justiça Eletrônico**, Poder Judiciário, Brasília, DF, 18 mar 2021a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6136024>. Acesso em: 19 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6855. Número Único: 2.200-2/2001. Origem: RN – Rio Grande do Norte. Relator: Ministro Roberto Barroso. Assunto: Direito Administrativo e outras matérias de direito público. Controle de Constitucionalidade. Questões de alta complexidade, grande impacto e repercussão/COVID-19. **Diário da Justiça Eletrônico**, Poder Judiciário, Brasília, DF, 28 jun. 2021b. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2021/06/Barroso-Governadores-Bolsonaro-23-jun-2021.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Saúde – Crise – Coronavírus – Medida Provisória – Providências – Legitimação Concorrente. Surgem atendidos os requisitos de urgência e necessidade, no que medida provisória dispõe sobre providências no campo da saúde pública nacional, sem prejuízo da legitimação concorrente dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.341-DF. Partido Democrático Trabalhista e Presidente da República. Relator: Min. Marco Aurélio. **Diário da Justiça Eletrônico**, Poder Judiciário, Brasília, DF, 24 mar. 2020d. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6341.pdf>. Acesso em: 2 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar nas Ações Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6421, 6422, 6424, 6425, 6427, 6428, 6431. Número Único: 0050244-09-2021.1.00.0000. Origem: DF – Distrito Federal. Assunto: Direito Administrativo e outras matérias de direito público. Controle de Constitucionalidade. Questões de alta complexidade, grande impacto e repercussão/ COVID-19. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. **Diário da Justiça Eletrônico**, Poder Judiciário, Brasília, DF, 24 mar 2020e. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=443888&ori=1>. Acesso em: 22 mar. 2021

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Centro de Operações de Emergências em Saúde Pública COE-nCoV. **Boletim Epidemiológico 01**. Infecção Humana pelo Novo Coronavírus (2019-nCoV). Jan. 2020f. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/coronavirus/boletins-epidemiologicos/boletim-epidemiologico-covid-19-no-01.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2021.

CAVALCANTE FILHO, João Mauricio Malta; BARZA, Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro. Os limites normativos da mobilidade humana em processos de integração regional: os efeitos da pandemia de COVID-19 e as restrições à circulação de pessoas na União Europeia e no Mercosul. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 65, n. 2, p. 177-205, 2020. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/74155>. Acesso em: 22 mar. 2021.

CHAVES JUNIOR, Airto; PÁDUA, Thiago Aguiar de. Liberdade (=s=) em discricionariedade?! Restrições ao direito de liberdade no contexto pandêmico. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 25, n. 3, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.14210/nej.v25n3.p674-703>. Acesso em: 10 mar. 2021.

DISTRITO FEDERAL. Decreto n. 41.874, de 8 de março de 2021. Institui toque de recolher das 22h às 05h, em todo Distrito Federal, no período agudo da pandemia de COVID-19. **Diário Oficial do Distrito Federal**, ano L, edição extra n. 20-A, 8 mar. 2021. Disponível em: [http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/32db98d486df4cada6096c70d4909774/exec\\_dec\\_41874\\_2021.html](http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/32db98d486df4cada6096c70d4909774/exec_dec_41874_2021.html) Acesso em: 9 mar. 2021.

DRECHSEL, Denise. MP salienta ilegalidade de eventuais ações policiais repressivas na pandemia. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 26 fev. 2021. Vida e Cidadania. Disponível em: <https://cutt.ly/bxYWmx3>. Acesso em: 24 mar. 2021.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms**. Rome, 4. XI. 1950. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/documents/convention\\_eng.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf) Acesso em: 9 mar. 2021.

FERREIRA, Rafael Freire. Lockdown: temores jurídicos em tempos de crise. Ano XI n. 22, janeiro a junho 2021. **Unisul de Fato e de Direito: Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina**. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.19177/ufd.v11e222021157-163>. Acesso em: 21 jun. 2021.

GONÇALVES, Rubén Miranda Gonçalves; MACEDO NETO, Naor Ribeiro de; RIBEIRO, Sarah Gonçalves. A supremacia do interesse público no combate a COVID-19 e as controvérsias na aplicação da teoria do garantismo penal de Ferrajoli. **Revista de Direito da Cidade**, v. 12, n. 4, p. 2579-2599, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/rdc.2020.57120> Acesso em: 15 mar. 2021.

HENAO-KAFFURE, Liliana. El concepto de pandemia: debate e implicaciones a propósito de la pandemia de influenza de 2009. **Revista Gerencia y Políticas de Salud**, v. 9, n. 19, p. 53-68, 2010. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/545/54519045005.pdf>. Acesso em: 1º mar. 2021.

IGOR, Renato. Ministério Público diz que Toque de Recolher para enfrentar coronavírus é inconstitucional. **NSC Total**, Florianópolis, 24 mar. 2020. Saúde. Disponível em: <https://www.nscototal.com.br/colunistas/renato-igor/ministerio-publico-diz-que-toque-de-recolher-para-enfrentar-coronavirus-e>. Acesso em: 18 mar. 2021.

MATTOS, Diogo Castor de; SANTIN, Valter Foletto; CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas. Limitação da liberdade pelo estado para controle da pandemia covid-19. *In: Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania*, n. 8, p. 91-215, 2020, Ribeirão Preto. **Anais [...]**. Ribeirão Preto: Unaerp, 2020. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/cbpcc/article/view/2259/1600>. Acesso em: 21 jun. 2021.

NIU, Yan; XU, Fujie. Deciphering the power of isolation in controlling COVID-19 outbreaks. **Lancet Glob Health**, UK, v. 8, i. 4, p. e452-e453, 2020. Disponível em: [https://doi.org/10.1016/S2214-109X\(20\)30085-1](https://doi.org/10.1016/S2214-109X(20)30085-1). Acesso em: 2 mar. 2021.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE – BRASIL. **OMS afirma que COVID-19 é agora caracterizada como pandemia**. 11 mar. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3uGu6OU>. Acesso em: 2 mar. 2021.

PASSOS, João Décio. **A pandemia do coronavírus: Onde estamos? Para onde vamos?** Paulinas, 2020.

PEDUZZI, Pedro. Aeronaves da FAB decolam com destino à China para buscar brasileiros. **Agência Brasil**, Brasília, 05 mar. 2020. Disponível em: <https://cutt.ly/elMqmKl>. Acesso em: 2 mar. 2021.

PURULL, Gonzalo Carrasco. Apagando ciudades: toque de queda, emergencia sanitaria y las tácticas de los nuevos autoritarismos. **Astrágalo: Cultura de la Arquitectura y la Ciudad**, Sevilha, n. 28, v. 1, p. 171-194, 2021. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.12795/astragalo.2021.i28.08>. Acesso em: 12 jan. 2022.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **O Federalismo numa visão tridimensional do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

RODRIGUES, Juliana Nunes; AZEVEDO, Daniel Abreu de. Pandemia do Coronavírus e (des)coordenação federativa: evidências de um conflito político-territorial. **Espaço e Economia [on-line]**, 18, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.4000/espacoeconomia.12282> Acesso em: 19 mar. 2021.

SANTOS, Fernanda Marinela Sousa. Conflitos de competência na execução das políticas públicas de saúde em tempos de COVID-19. Brasil. Conselho Nacional do Ministério Público. **Revista de Direito Sanitário da Comissão da Saúde: saúde e Ministério Público – desafios e perspectivas**, n. 1 / Conselho Nacional do Ministério Público; Sandra Krieger Gonçalves (org.). Brasília: CNMP, p. 316, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2TTN18x>. Acesso em: 22 mar. 2021.

SJÖDIN, Henrik *et al.* Only strict quarantine measures can curb the coronavirus disease (COVID-19) outbreak in Italy, 2020. **EuroSurveillance**, Sweden, v. 25, i. 13, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.2807/1560-7917.ES.2020.25.13.2000280>. Acesso em: 2 mar. 2021.

TEIXEIRA, Matheus. Supremo atropela PGR e adota medidas controversas para enfrentar bolsonarismo. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 11 jul. 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/07/supremo-atropela-pgr-e-adota-medidas-controversas-para-enfrentar-bolsonarismo.shtml>. Acesso em: 14 jul. 2021.

VIEIRA JÚNIOR, Nilzir Soares; CARDOSO, Henrique Ribeiro. Toque de Recolher e a questão das restrições a direitos fundamentais em tempos de pandemia. **Prim@Facie**, João Pessoa, v. 20, n. 43, p. 250-283, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2021v20n43.54193>. Acesso em: 19 jul. 2021.



# O POSICIONAMENTO DO TJCE SOBRE O DIREITO À MORADIA PARA FAMÍLIAS DE BAIXA RENDA RETIRADAS DE ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE

## *THE TJCE'S POSITIONING ON THE RIGHT TO HOUSING FOR LOW-INCOME FAMILIES REMOVED FROM PERMANENT PRESERVATION AREAS*

Ana Clara Alexandre Alves Mota\*

Mariana Dionísio de Andrade\*\*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 ZEIS e o direito à moradia e a política urbana no ordenamento jurídico brasileiro. 2 Programas habitacionais urbanos no Ceará. 3 O posicionamento do TJCE sobre a ocupação irregular de famílias de baixa renda em áreas de preservação permanente. Conclusão. Referências.

**RESUMO:** A pesquisa busca responder ao seguinte questionamento: qual é o posicionamento do TJCE sobre o direito à moradia para famílias de baixa renda retiradas de Áreas de Preservação Permanente? O estudo é essencial para investigar se as decisões judiciais que priorizam a

\*Graduanda em Direito pela Universidade de Fortaleza (Unifor). Pesquisadora voluntária do Projeto Jurimetria e Pesquisa Empírica em Direito do Núcleo de Pesquisa do Centro de Ciências Jurídicas.

\*\* Doutora em Ciência Política pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Especialista em Direito Processual Civil pela UNIFOR. Professora do Curso de Pós-Graduação lato sensu em Direito Processual Civil na UNIFOR, UNI7 e Escola Superior da Magistratura do Ceará – Esmec. Professora do Curso de Graduação em Direito na Universidade de Fortaleza. Formação em Leadership and Conflict Management pela Stanford University. Formação em Métodos Quantitativos pela UERJ. Pesquisadora do Grupo Epistemologia e Método na Ciência Política Comparada (Cnpq/UFPE). Coordenadora do Projeto Jurimetria e Pesquisa Empírica em Direito - PROPED (Cnpq/UNIFOR). Pesquisadora Bolsista do Projeto Vulnerabilidades do planejamento governamental na pandemia do COVID-19: análise empírica da racionalidade decisória dos tribunais brasileiros em demandas trabalhistas e assistenciais (FEQ/DPDI UNIFOR). Coordenadora de Pós-Graduação, Pesquisa e Extensão da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (biênio 2021-2023). Pesquisadora do Grupo Dimensões do Conhecimento do Poder Judiciário da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (Esmec), Linha de Pesquisa: Jurimetria e Poder Judiciário. 1ª Secretária IBDCONT/CE (Instituto Brasileiro de Direito Contratual).

Artigo recebido em 23/08/2021 e aceito em 22/06/2022.

Como citar: MOTA, Ana Clara Alexandre Alves; ANDRADE, Mariana Dionísio de. O posicionamento do TJCE sobre o direito à moradia para famílias de Baixa renda retiradas de áreas de preservação permanente. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 25, n. 42, p. 277, jul./dez. 2021. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

desocupação obrigatória das habitações irregulares para posterior demolição implicam em lesão ao direito social das pessoas removidas. A pesquisa possui abordagem qualitativa, embasada em revisão de literatura e na análise por amostra em dimensão *small-N*. Conclui-se que, no período consultado, o TJCE prioriza o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado em detrimento do direito à moradia.

**Palavras-chave:** Direito à moradia. Áreas de preservação permanente. Famílias de baixa renda. Tribunal de Justiça do Ceará.

**ABSTRACT:** *This paper search to answer the following question: what is the TJCE's positioning about housing for low-income families removed from Permanent Preservation Areas? The study is essential to investigate whether court decisions that prioritize the mandatory eviction of irregular dwellings for subsequent demolition imply harm to the social rights of removed people. This research has a qualitative approach, based on literature review and small-N dimension sample analysis. It is concluded that, in the verified period, the TJCE prioritizes the right to an ecologically balanced environment over the right to housing.*

**Keywords:** *Right to housing. Permanent preservation areas. Low-income families. Ceará Court of Justice.*

## INTRODUÇÃO

O presente estudo busca responder ao seguinte problema de pesquisa: qual é o posicionamento do Tribunal de Justiça do Ceará sobre o direito à moradia para famílias de baixa renda retiradas de Áreas de Preservação Permanente (APP)? Para responder a esse questionamento, busca-se elucidar elementos mínimos para compreensão do tema, como a explicação do que é uma política urbana e quais são as suas implicações em âmbito nacional e estadual, a identificação dos programas habitacionais atuantes no Estado do Ceará e o posicionamento do TJCE em relação ao direito à moradia das famílias removidas de APP.

O artigo se estrutura em três tópicos. O primeiro aborda o direito à moradia, a sua relevância para construção de uma vida digna e a função realizada pelas políticas urbanas como garantidoras desse direito social inestimável, sobretudo àquelas desenvolvidas pelos municípios, por meio dos seus planos diretores. O segundo busca identificar os programas habitacionais presentes no Estado do Ceará, as suas características principais e regulamentações normativas, assim como os requisitos a serem levados em consideração pelas famílias de baixa renda que desejam se tornarem beneficiárias. Por fim, o terceiro tópico se destina a responder o problema de pesquisa, por meio da análise de acórdãos selecionados do TJCE, verificando de que maneira os desembargadores vêm decidindo a respeito da retirada de famílias carentes de áreas ambientalmente protegidas.

Como hipótese, parte-se do pressuposto que o TJCE, no período consultado, não evidencia tendência ao reconhecimento do direito à moradia das famílias de baixa renda retiradas de Áreas de Preservação Permanente, por ser priorizada a desocupação em detrimento da permanência.

A pesquisa se desenvolve, inicialmente, por meio de uma abordagem qualitativa de natureza pura e descritiva, baseada em revisão de literatura. Em um segundo momento, utiliza-se a análise por amostra em dimensão *small-N* a fim de verificar o posicionamento dos magistrados quanto ao direito à moradia das famílias removidas de APPs. As unidades analisadas foram as Câmaras de Direito Público do Tribunal de Justiça do Ceará. O recorte institucional se justifica pelo fato do Ceará estar localizado na região do Brasil, que no ano de 2019, apresentou o maior déficit habitacional<sup>1</sup> no que diz respeito às famílias com renda de até R\$ 1.800,00, além de ter sido classificado como o quarto Estado com maior déficit habitacional da Região Nordeste, de acordo com dados da Fundação João Pinheiro de 2016 a 2019. A escolha da pesquisa em *small-N* se justifica pelo fato de terem sido encontradas somente 5 acórdãos que abordam a matéria em estudo. O número reduzido de acórdãos se justifica pela especificidade do recorte. Por essa razão a delimitação do período consultado somente foi estipulado quanto à data final correspondente a conclusão da pesquisa em junho de 2021.

A relevância do tema se verifica por meio do próprio objeto de estudo do presente artigo, qual seja: o direito à moradia e como o mesmo é tratado diante da jurisdição estadual quando em conflito com o direito ao meio ambiente. Analisando-se esse comportamento, é possível identificar o padrão de entendimento dos desembargadores, por meio da estipulação de um parâmetro judicial que possibilite uma previsibilidade de julgamento tanto para os municípios que ocupam o polo passivo das demandas, quanto para os moradores que fixam residência em APP.

Além disso, o estudo é de grande valia para o próprio Tribunal de Justiça do Ceará que poderá verificar, por meio do seu padrão de julgamento, se o posicionamento jurisdicional adotado é suficiente para pôr fim a um conflito que atinge vertentes diversas dos direitos fundamentais ou se seria uma forma de combater, a curto prazo, uma problemática social que assola o Estado em âmbito nacional.

---

<sup>1</sup>O déficit habitacional leva em consideração três parâmetros de análise: habitações precárias, coabitação e ônus excessivo com aluguel.

# 1 ZEIS E O DIREITO À MORADIA E A POLÍTICA URBANA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A promulgação da Constituição Federal de 1988 ocorreu em meio a um contexto sociocultural permeado pela reivindicação de movimentos sociais engajados na luta pela Reforma Urbana<sup>2</sup>, marcado pela atuação de programas habitacionais, como PROFILURB, PRO-MORAR e João de Barro, voltados para promoção da autoconstrução e da reurbanização de áreas habitacionais degradadas (SANTOS, 1990). Esse cenário evidenciou a necessidade de uma tutela constitucional que contemplasse, especificamente, o direito à moradia. Este que passou a ser formalmente tutelado, somente vinte anos depois de promulgada a Constituição, com a vigência da Emenda Constitucional nº 26/2000 que alterou o texto normativo para inseri-lo no art. 6º, reconhecendo-o como um direito social.

A moradia reflete uma necessidade primária do homem e uma condição indispensável para uma vida digna, tratando-se de um local em que se realizam os atos mais elementares do ser humano, como a alimentação, o repouso e a higiene. Infere-se que a habitação, mais do que um abrigo, é um direito natural indispensável à proteção da vida, da saúde e da liberdade. Por tal razão, é dada a ela tutela constitucional e direito à inviolabilidade (NOLASCO, 2008).

Como um direito fundamental, a sua garantia e efetivo cumprimento é essencial para observância do princípio da dignidade da pessoa humana – princípio basilar da CF/88 – em favor da população, levando-se em consideração que para a construção de uma vida digna, além de questões básicas, como educação, saúde e segurança, é essencial uma moradia que ofereça boas condições de habitação.

Ressalta-se que o conceito de dignidade é marcado pelo pensamento do filósofo Immanuel Kant (1964), segundo o qual o homem, como ser racional, deve ser considerado como um fim em si mesmo, de valor absoluto, não passível de mensuração, não devendo ser considerado como um mero meio para realização de projetos alheios. Aliado a esse entendimento, a CF/88 inovou ao dispor um capítulo específico (Capítulo II, Título VII da CF/88) para prever

<sup>2</sup> Nos anos de 1970-1980 os movimentos sociais se destacaram por terem como objetivo a reversão da desigualdade social, trazendo como dimensão importante a politização da questão urbana como elemento fundamental para a democratização. Em 1988 a reforma urbana voltou à tona na Assembleia Nacional Constituinte, adquirindo expressão pela luta política ocorrida entre forças conservadoras e forças populares (SAULE JÚNIOR e ÚZZO, 2010).

diretrizes reguladoras de caráter geral de uma política urbana, tendo como fim unir o desenvolvimento das funções sociais das cidades com o bem-estar dos habitantes, de acordo com o art. 182 da CF/88. As novas disposições evidenciam que o objeto fim das cidades, no que diz respeito a sua infraestrutura e garantia ao acesso à moradia, é a pessoa humana, não sendo admitidos projetos que objetivem interesses privados, sem atendimento ao bem-estar social.

Uma política urbana visa, sobretudo, uma ocupação mais organizada dos espaços habitáveis. Para que isso seja possível é essencial a estipulação de um conjunto de estratégias e ações do Poder Público, este que poderá atuar de forma isolada ou em cooperação com o setor privado, para constituição, preservação, melhoria e restauração da ordem urbanística em prol do bem-estar das comunidades (CARVALHO FILHO, 2013).

José dos Santos Carvalho Filho (2013) prossegue, em sua obra *Comentários ao Estatuto da Cidade*, ao afirmar que, para se alcançar a satisfação do interesse público quanto à organização urbanística, a política urbana deve se direcionar tanto para o desenvolvimento das funções sociais da cidade quanto para as funções sociais da propriedade urbana.

Nesse sentido, considerando que os objetivos principais da política urbana é a promoção do interesse público e do bem-estar das populações das cidades, foi necessária a criação de uma lei federal que tivesse como objetivo regulamentar os artigos 182 e 183 da CF/88, tendo em vista que as disposições constitucionais do Capítulo II são apenas gerais, não sendo suficientes para estipularem um conjunto de estratégias e ações a serem adotadas pelo Poder Público e pela sociedade civil para reversão de um quadro de desigualdade e exclusão urbana. Por esse motivo foi criado o Estatuto da Cidade, instituído pela Lei nº 10.257/2001, para estabelecer diretrizes gerais da política urbana e dar outras providências.

José Roberto Bassul (2002) afirma que a Lei Federal tem quatro finalidades específicas: promover a gestão democrática das cidades, bem como de mecanismos para a regularização fundiária, além de se voltar para o combate da especulação imobiliária e para formas de se assegurar a sustentabilidade ambiental, social e econômica dos núcleos urbanos.

Conforme disciplinado na legislação constitucional, o município é o principal agente a estar à frente do conjunto de medidas a serem adotadas para que a política urbana seja uma realidade fática e não meramente normativa. O Poder Público Municipal desempenha papel principal como responsável pela aplicação de políticas de

desenvolvimento e gestão urbana, utilizando-se como instrumento básico de um Plano Diretor devido somente para municípios com mais de vinte mil habitantes (art. 41, I da Lei nº 10.257/2001), para de fato cumprir com as diretrizes estipuladas pelo Estatuto da Cidade (SANT'ANA; SANTOS JUNIOR; SILVA, 2011).

Pelo fato do Brasil ser um país de proporções continentais, é natural que cada município que o constitua apresente necessidades e problemas sociais diversos, sendo essencial a aplicação de uma política urbana direcionada que prime pelas demandas específicas do município sobre o qual incida. Assim, o Plano Diretor se revela como esse intermediário que age de acordo com os mandamentos constitucionais ambientais, verificando com precisão quais são as questões de interesse local, para que possa adequar o conteúdo de diferentes normas jurídicas em face do município em avaliação (FIORILLO, 2019).

Apesar de todo o aparato legal acima exposto, verifica-se que o problema social das habitações precárias, domicílios improvisados e coabitação familiar persiste e é, comumente, enfrentado pelas cidades, as quais lidam, atualmente, com processos de proliferação de assentamentos precários e de expansão desordenada do espaço urbano. Esse cenário compromete cada vez mais as condições ambientais das cidades brasileiras e promove a degradação da qualidade de vida dos moradores dessas áreas marcadas pela precariedade, pela segregação e pelo estado de pobreza (CARDOSO; SILVEIRA, 2011).

Nesse sentido, as Zonas Especiais de Interesse Social – ZEIS se revelam como um recurso viável para garantir o direito à moradia, principalmente, às populações de baixa renda no Brasil. Foram, inicialmente, regulamentadas pelo Estatuto da Cidade, passando a serem incluídas em legislações municipais, como planos diretores e leis de parcelamento, uso e ocupação do solo (BITAR; BOCUTTIA, 2019).

A ZEIS é um instrumento da política urbana e habitacional que objetiva assegurar o direito à moradia, sobretudo, à população de baixa renda, por meio da delimitação de áreas previamente ocupadas por assentamentos precários ou por meio da delimitação de vazios urbanos e de imóveis subutilizados<sup>3</sup>, tendo como fim destiná-las à moradia de comunidades carentes. As normas de zoneamento podem ser criadas pelo plano diretor ou por lei específica, sendo aplicadas pelo Poder Público municipal. Para viabilizar a aplicação dessas normas sobre os

<sup>3</sup> Imóveis subutilizados são aqueles cujo aproveitamento é inferior ao mínimo definido no plano diretor ou em legislação dele decorrente (art. 5º, § 1º da Lei nº 10.257/2001).

espaços habitáveis, utiliza-se de regras específicas de parcelamento, uso e ocupação do solo, as quais possibilitam a regularização fundiária dos assentamentos precários existentes e já consolidados, assim como facilitam a produção de moradias de interesse social, por meio de padrões urbanísticos e edifícios populares, visando garantir condições dignas de moradias (MINISTÉRIO DA CIDADE, 2009).

Esclarece-se que a regularização fundiária pode ser considerada como uma política pública que tem como fim regularizar assentamentos informais. Para isso ela dispõe de 15 instrumentos para viabilizar esse processo, os quais estão disciplinados no art. 15, dos incisos I ao XV dispostos pela Lei nº 13.465/2017, podendo-se citar a título de exemplo a usucapião, a desapropriação por interesse social e a doação (MARQUES; *et al*, 2018).

As populações excluídas que buscam se fixar em espaços que não estão disponíveis no mercado imobiliário formal, como as terras localizadas em áreas de proteção a mananciais, terrenos de alta declividade, áreas de várzea, dentre outras, encontram nas normas de zoneamento uma possibilidade de regularização dos espaços ocupados irregularmente. Salienta-se que é por meio dessas ocupações que surgem as favelas e os assentamentos formados por autoconstrução, os quais buscam espaços habitáveis, como as áreas de preservação ambiental, para fixarem moradia, ainda que em péssimas condições sanitárias e estruturais (CAZAROTO, 2010).

No entanto, quando se aborda o tema da regularização fundiária no aspecto das Áreas de Preservação Permanente – APP, surge um conflito entre o direito fundamental à moradia e o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, CF/88), o qual impede a livre regularização fundiária proposta pelas normas de zoneamento.

De acordo com o art. 3º, inciso II do Código Florestal (Lei nº 12.651/2012), as Áreas de Preservação Permanente são áreas protegidas, cobertas ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade com o fim de facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas.

As APPs são espaços considerados pelo próprio Poder Legislativo como merecedores de especial proteção por possuírem função ambiental de garantia da manutenção da biodiversidade, preservação da qualidade das águas subterrâneas e superficiais, contenção da erosão do solo e garantia da existência de áreas verdes para o bem-estar da população

(FACCIOLI, 2016). Em decorrência da importância desses espaços, é que as delimitações normativas de uso, gozo ou fruição dessas áreas objetivam proteger as cadeias alimentares, os ciclos de água, ciclo do carbono e o ciclo do oxigênio, além do patrimônio genético (ARAÚJO, 2015).

Essas áreas de preservação não são criadas por normas infra legais, na verdade, são identificadas, demarcadas e identificadas pelo Poder Público, a fim de ser garantido a preservação do meio ambiente. Todavia, embora priorize-se a conservação em absoluto dos ecossistemas que compõem esses espaços, frisa-se que, excepcionalmente, é possível intervenção e supressão de vegetação em APP (LEVY; NALINI, 2013). Esta supressão pode ocorrer, por meio, por exemplo, da regularização fundiária de APP ocupadas de forma irregular.

Essa possibilidade é prevista pelo Código Florestal em seu art. 8º, o qual dispõe que nas hipóteses de utilidade pública, interesse social ou de baixo impacto ambiental previstos na própria Lei nº 12.651/2012, haverá a possibilidade de intervenção ou supressão da vegetação nativa de APP. Essa flexibilidade normativa também está prevista no art. 11, § 2º da Lei de Regularização Fundiária (Lei nº 13.465/2017), o qual prevê que, uma vez constatada a existência de núcleos urbanos informais, total ou parcialmente, em áreas de preservação permanente deverá ser observado os dispostos nos artigos 64 e 65 da referida Lei, os quais dispõem da necessidade de elaboração de estudos técnicos que irão embasar as melhorias ambientais a serem feitas em relação à situação de ocupação informal anterior, inclusive por meio das compensações ambientais, quando for o caso.

Assim, para a aplicação da REURB (Regularização Fundiária Urbana) é essencial que seja verificada a consolidação espontânea das comunidades fixadas em APP, assim como se são de cunho eminentemente residencial, se existe um grau de interação sociocultural dos moradores para com o ambiente habitado e se são verificadas boas condições de salubridade e habitabilidade. Não sendo verificadas essas condições, o ideal seria a realocação da população para um local próximo, a fim de ser garantido o direito à moradia (RAMALHO; SILVA, 2008).

Diante de uma rígida regulamentação ambiental, conclui-se que as Áreas de Preservação Permanente são fundamentais para a preservação dos recursos naturais, especialmente, nos grandes centros urbanos marcados pela falta de áreas verdes e pela excessiva pavimentação do solo. Ciente dessa realidade, o Poder Legislativo atribuiu a devida importância a um ambiente sustentável e legalmente protegido, por meio de normas

regulamentadoras, conforme explanado, flexibilizando, na oportunidade, situações em que famílias de baixa renda possam pleitear a regularização fundiária das áreas irregularmente ocupadas.

Contudo, nas últimas décadas, as ocupações desordenadas dos espaços urbanos implicaram no aumento da poluição e, por consequência, na degradação do meio ambiente (GONÇALVES; SOUZA, 2012). Essa utilização displicente, muitas vezes, excede a velocidade de auto recuperação do ecossistema, prejudicando a sobrevivência de organismos pertencentes à fauna e à flora (LI; WANG, 2018).

Sendo o direito a um meio ambiente equilibrado, um direito fundamental, não é possível diminuir a sua importância e aplicabilidade diante do direito à moradia, uma vez que ambos são constitucionalmente tutelados e objetivam a qualidade de vida da população. Por esse motivo, apesar da possibilidade de regularização fundiária de assentamentos irregulares em APP, muitas vezes, essa opção não é viável devido à alta degradação ambiental.

Surge, portanto, um conflito que reverbera no próprio Poder Judiciário, quando este se encontra diante de dois direitos sociais de igual importância em um contexto de supressão, sendo essencial verificar, portanto, o posicionamento dos Tribunais de Justiça para, primeiramente, identificar qual o direito que prevalece e, secundamente, se o direito suprimido é lesionado.

## **2 PROGRAMAS HABITACIONAIS URBANOS NO CEARÁ**

Antes de iniciar a análise dos programas habitacionais urbanos presentes no Ceará, é primordial pontuar que eles resultam da ação de políticas públicas consolidadas e voltadas para a garantia do direito à moradia da população de baixa renda, excluída do mercado imobiliário formal.

Leonardo Secchi (2019) expõe que para se compreender o conceito de políticas públicas é necessário entender que ele resulta da união de dois conceitos, sendo eles: o problema público e a política pública. O problema público existe quando há uma situação atual, inadequada para uma coletividade, e há a possibilidade de se alcançar uma situação melhor para a sociedade. A política pública surge como uma diretriz para solucionar um problema coletivamente relevante, por meio de leis, programas, campanhas, decisões judiciais, prestação de serviços, entre outros mecanismos (SECCHI, 2016).

James E. Anderson (2003) complementa ao afirmar que as políticas públicas são ações que devem ser realizadas ao longo do tempo, por meio de um conjunto de decisões, visando alcançar objetivos específicos que atendam a uma demanda coletiva. Nesse sentido, os programas habitacionais são, notoriamente, ações resultantes de políticas públicas que buscam atingir uma isonomia social quanto ao direito a uma habitação digna para todos.

Em vista disso, no ano de 2004 foi aprovado pelo Conselho das Cidades<sup>4</sup>, a Política Nacional de Urbanização – PNH, a qual visa promover condições de acesso à moradia digna em favor de todos os segmentos da população, principalmente, os de baixa renda. A sua implementação se estrutura com base em quatro eixos principais, os quais seriam: estabelecimento de um modelo de subsídios e financiamento, proposição de medidas voltadas para a política urbana e fundiária, desenho institucional e fomento à produção de uma cadeia produtiva da construção civil voltada à habitação de interesse social. A concretização desses eixos se deu com a criação do Plano Nacional de Habitação – PlanHab pela Lei nº 11.124/2005, o qual tem como objetivo formular um conjunto de ações que equacione as necessidades habitacionais do País, direcionando os recursos existentes a serem mobilizados, assim como apresentando uma estratégia que inclua os quatro eixos já abordados (MINISTÉRIO DAS CIDADES, 2009).

Uma dessas ações resultou na criação do Programa Minha Casa Minha Vida – PMCMV, instituído pela Lei nº 11.977/2009, e, posteriormente alterada pela Lei nº 12.424/2011, de iniciativa do Governo Federal, o qual tem como fim eliminar o déficit habitacional, além de estimular a economia por meio da construção civil e do mercado imobiliário. Ele é operacionalizado pela Caixa Econômica Federal e é voltado para famílias de baixa renda, de maneira a compatibilizar a prestação da casa própria com a capacidade de pagamento das famílias carentes (FERREIRA; MOURA, 2014).

O PMCMV compreende o Programa Nacional de Habitação Urbana (PNHU) e o Programa Nacional de Habitação Rural (PNHR). Como neste tópico será estudado os programas habitacionais urbanos, parte-se para a explanação do PNHU, o qual é subdividido nas modalidades: Fundo de Arrendamento Residencial (FAR), voltado para famílias de baixa renda; Entidades, para famílias organizadas de forma associativa, por uma Entidade Organizadora; Oferta Pública para municípios com até 50 mil habitantes.

<sup>4</sup>Conselho das Cidades é o órgão colegiado de natureza deliberativa e consultiva do extinto Ministério das Cidades.

O Programa é dividido em faixas de acordo com o limite de renda das famílias. A Faixa 1 é destinada às famílias com renda de até R\$ 1.800,00 (financia-se até 90% de subsídio do valor do imóvel), a Faixa 1.5 contempla às famílias com renda de até R\$ 2.600,00 (financia-se até R\$ 47.500,00 de subsídio do valor do imóvel), a Faixa 2 atende às famílias com renda de até R\$ 4.000,00 (financia-se até R\$ 29.000,00 de subsídio do valor do imóvel) e, por fim, a Faixa 3 é destinada às famílias com renda de até R\$9.000,00 (aplica-se 8.16% de juros ao ano)<sup>5</sup>.

Os empreendimentos construídos para a Faixa 1 refletem a maior quantidade de unidades habitacionais construídas no país. As prefeituras de cada município selecionam os beneficiários, e a Caixa Econômica Federal financia as moradias populares para os indivíduos selecionados, financiando até 90% do valor do imóvel (ROCHA, 2018). Salienta-se que essa Faixa é distinta das demais, pois utiliza exclusivamente recursos do orçamento geral da União, especialmente, os provenientes do Fundo de Arrendamento Residencial, não havendo juros sobre o pagamento, o que reflete o caráter social do programa (MINISTÉRIO DA ECONOMIA, 2020).

Os requisitos para ser selecionado pelo PMCMV estão descritos pelo art. 3º da Portaria nº 2.081/2020 emitida pelo Ministério de Estado do Desenvolvimento Regional, o qual impõe que a renda familiar do interessado seja compatível com o disposto em norma específica; não seja proprietário ou promitente comprador de imóvel residencial ou detentor de financiamento habitacional em qualquer localidade do país, de forma geral; não tenha recebido benefício de natureza habitacional oriundo de recursos orçamentários da União, do FAR, do Fundo de Desenvolvimento Social (FDS) ou de descontos habitacionais concedidos com recursos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS).

Além disso, são critérios para participação na seleção do PMCMV os dispostos no tópico 3.2 da Portaria, a qual traz uma lista de itens em que o interessado precisa se enquadrar em pelo menos um deles, quais sejam: viver em domicílio rústico; viver em domicílio improvisado; encontrar-se em situação de coabitação involuntária; encontrar-se em situação de adensamento excessivo em domicílio alugado; possuir ônus excessivo com aluguel; ou se encontrar em situação de rua.

No Estado do Ceará o Programa é operado pela CEF e Banco do Brasil, juntamente ao setor da construção civil, devendo os beneficiários constarem em cadastro realizado pelo Poder Público Municipal para ser

<sup>5</sup>Faixas de renda disponibilizadas pelo site do Governo Federal do ano de 2020, uma vez que não houve ainda atualização das faixas do ano de 2021.

contabilizado no momento do sorteio. A Lei estadual de nº 15.143/2012, sancionada pela Assembleia Legislativa no dia 23 de abril de 2012, autorizou o Poder Executivo a realizar o aporte de recursos financeiros para viabilizar a produção, aquisição e requalificação de unidades habitacionais em favor do PMCMV. Os interessados a se inscreverem no Programa devem buscar informações junto ao órgão municipal responsável pelo cadastro do PMCMV, como o caso da Fundação do Desenvolvimento Habitacional de Fortaleza - HABITAFOR, do Município de Fortaleza.

O Município de Fortaleza, capital do Estado do Ceará, atua somente na Faixa 1 do Programa, atendendo, portanto, famílias com renda familiar de 0 a R\$ 1.800,00. De acordo com informações disponibilizadas pelo próprio site da Prefeitura, a seleção dos inscritos é feito por meio de sorteio, de maneira que somente uma parcela é contemplada com a aquisição de uma casa nova.

Esse modo de seleção é previsto pela Portaria nº 163/2016, no ponto 4.10.6, evidenciando que em caso de alta demanda, sendo elegível uma quantidade de candidatos maior do que a quantidade de unidades habitacionais disponíveis, é feito sorteio entre os candidatos que atenderem a maior quantidade de critérios.

Em síntese, verifica-se que o PMCMV é um Programa excessivamente burocrático sob uma perspectiva não weberiano porquanto, além de dispendioso, demanda tempo até a finalização de todo o processo para aquisição de uma casa própria pelo mutuário sorteado, não contemplando todas as pessoas que se enquadram entre os candidatos inscritos.

Além disso, verifica-se que, apesar de ser o programa habitacional de maior expressão diante dos demais, nota-se, no âmbito do Estado do Ceará, que, apesar de ter sido notória uma queda no déficit habitacional<sup>6</sup> do ano de 2009 para 2011, conforme se observa na Figura 01, essa redução não prosseguiu nos demais anos, ainda que novos programas habitacionais tenham surgido ao longo dos anos, como o Programa Locação Social, instituído no ano de 2015, o qual será melhor abordado, posteriormente.

---

<sup>6</sup>O cálculo do déficit habitacional leva em consideração os critérios de habitação precárias (domicílios rústicos ou improvisados), coabitação familiar (cômodos alugados, cedidos e próprios e famílias conviventes secundárias com intenção de constituir domicílio exclusivo) e o ônus excessivo com aluguel.

Figura 01: Estimativa do déficit habitacional do Ceará



\*Fonte: Elaboração própria com base nos dados disponibilizados pela Fundação João Pinheiro.

A Regularização Fundiária Urbana - REURB, instituída pela Lei Federal nº 13.465/2017, também é um instrumento utilizado para fins de garantia de uma habitação digna, atuando por meio da regularização de núcleos urbanos informais, promovendo a organização e assegurando a prestação de serviços públicos aos seus ocupantes de modo a melhorar as condições urbanísticas e ambientais em relação à situação anterior de ocupação informal, de acordo com o art. 2º, I do Decreto nº 9.310/2018, dentre outros objetivos. Assim, a REURB é um conjunto de ações de intervenção efetuadas pelo Poder Público nas áreas de exclusão urbana que se divide em Reurb-S, a qual trata da regularização fundiária aplicada aos núcleos urbanos informais ocupados, sobretudo, por pessoas de baixa renda, assim declaradas por ato do Poder Público municipal ou distrital, e Reurb-E, a qual trata da regularização fundiária aplicada aos núcleos urbanos informais ocupados por população não qualificada na hipótese anterior (art. 5º do Decreto nº 9.310/2018).

O Programa Locação Social (PSL) criado pela Lei municipal nº 10.328/2015 atua, especialmente, no Município de Fortaleza, por meio de auxílios mensais e temporários para famílias que se enquadram nas situações descritas no artigo 1º e incisos I ao VI da referida Lei Municipal. A título de exemplificação, cita-se que famílias removidas

em decorrência de vulnerabilidade social<sup>7</sup>, assim como famílias em situação de desalojamento temporário, que já se encontrem cadastradas em programas habitacionais, e estejam em processo de reassentamento para novas unidades habitacionais, não dispendo de outros meios materiais para adquirir ou alugar moradia, têm direito ao recebimento do auxílio habitacional.

Estarão habilitados para participarem do Programa aqueles que residirem no município há pelo menos 1 ano ou, excepcionalmente, aqueles que estiverem em alojamento ou abrigo provisório por interferência de programas ou projetos públicos; morarem em Zonas Especiais de Interesse Social; se enquadrarem no conceito de baixa renda<sup>8</sup> e não possuírem outro imóvel<sup>9</sup>, conforme dispõe o art. 8º da Lei nº 10.328/2015.

Em síntese, a Lei Municipal prevê que somente os imóveis situados no município de Fortaleza poderão ser objetos de locação, devendo-se observar as condições de habitabilidade, assim como se estão situados fora de área de risco e se foram contratados com os devidos proprietários ou seus representantes legais. As famílias poderão permanecer vinculadas ao Programa pelo período de até dois anos, mediante reavaliação semestral, comprovando a continuidade da condição que justificou o ingresso como beneficiário. Por fim, é válido pontuar que as prestações mensais serão devidas a somente um membro da família beneficiária, sendo essas as disposições principais constantes do art. 2º da Lei nº 10.328/2015.

Observa-se que há uma limitação quanto ao número de programas habitacionais ofertados em âmbito estadual, sobretudo, no que diz respeito àqueles que ofertam a possibilidade de se financiar uma casa nova, com o ônus de pagar parcelas mínimas, beneficiando famílias de baixa renda desprovidas de recursos para arcar com o custo de uma nova moradia. O único programa voltado para esse objetivo social no Estado do Ceará, até o presente momento, é o Programa Minha Casa Minha Vida, o qual oferta vagas limitadas para os candidatos inscritos.

---

<sup>7</sup> De acordo com o art. 5º, V da Lei nº 10.328/2015, vulnerabilidade social pode ser considerada como o agravamento da pobreza, em razão de graves violações de direitos humanos, violência, condição física, exploração e abuso sexual, o que resulta em perdas dos vínculos familiares e comunitários ou em situação de desabrigoamento ou desalojamento.

<sup>8</sup> De acordo com o art. 5º, III da Lei nº 10.328/2015, o termo baixa renda diz respeito a situação em que a soma de todo o rendimento familiar é inferior a 3 (três) salários mínimos.

<sup>9</sup> Requisitos cumulativos apresentados pelo art. 8º da Lei nº 10.328/2015 para concessão do aluguel social.

### 3 O POSICIONAMENTO DO TJCE SOBRE A OCUPAÇÃO IRREGULAR DE FAMÍLIAS DE BAIXA RENDA EM ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE

O exposto até o presente momento revela um impasse notório entre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o direito à moradia quando ambos se encontram ameaçados. Esse impasse se reflete nas decisões judiciais, em que o magistrado busca nas normas constitucionais e infraconstitucionais, assim como na jurisprudência, solucionar esse conflito, posicionando-se de maneira a garantir a prevalência de um direito em detrimento do outro. É com esse intuito que o presente tópico se volta para o estudo das decisões judiciais de segundo grau do Tribunal de Justiça do Ceará, por meio da aplicação da metodologia da amostragem, a fim de buscar o posicionamento a nível estadual do Poder Judiciário.

Essa metodologia se baseia no tratamento de uma população – conjunto de elementos que possuem em comum mesmas características –, por meio da qual se retira uma pequena parcela para estudo denominada como amostra – representativa da população (CORREA, 2003). É utilizada tanto para pesquisas quantitativas – caracterizadas por prezar pela objetividade em relação a definição de variáveis e de hipóteses – quanto para qualitativas, destacando-se esta última por não apresentar um padrão ou uma sistematização majoritária aceita quanto aos processos de amostragem ou sobre as amostras (SOUSA, J.A *et al*, 2016).

Os processos de amostragem são os critérios utilizados para selecionar a amostra. No caso da pesquisa quantitativa, pesquisadores como Donald Cooper e Pamela Schindler (2016), a classificam quanto a técnica da amostragem em: (a) amostragem aleatória, casual ou probabilística<sup>10</sup> e (b) amostragem não-probabilística ou de conveniência. Apesar das pesquisas qualitativas não terem uma classificação de amostragem definida de forma absoluta, podem ser consideradas como não-probabilísticas, pelo fato da amostra ser escolhida de forma não aleatória, possibilitando que seja selecionada a partir das observações do pesquisador, como ocorreu na delimitação da amostra do presente artigo (SOUSA, J.A *et al*, 2016).

A pesquisa tem uma amostra pequena frente ao total de acórdãos colhidos, sendo definida, portanto, como de dimensão *small-N*. Salienta-se que isso evidência um refinamento cuidadoso e delimitado da amostra, a

<sup>10</sup> Amostragem probabilística é aquela em que todas as unidades da população têm chances de serem escolhidas para comporem a amostra, o que diverge da amostragem não-probabilística, pois nesta as unidades da população não têm as mesmas chances de serem escolhidas (SOUSA, J.A *et al*, 2016).

fim de buscar, por meio de sua análise, responder ao problema de pesquisa (LITTLE; SMITH, 2018).

No presente estudo, a pesquisa exploratória se baseou na revisão de literatura de obras, artigos científicos, teses, entre outros, relevantes para a compreensão do direito à moradia e a política urbana desenvolvida no País e no âmbito estadual. No recorte objetivo definiu-se como problema de pesquisa a investigação do posicionamento do Tribunal de Justiça do Ceará sobre o direito à moradia das famílias de baixa renda retiradas de Áreas de Preservação Permanente (APP), tendo em vista o conflito existente entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado quando ambos estão sendo ameaçados. Como recorte institucional, foi eleito o Tribunal de Justiça do Ceará, por estar localizado no quarto Estado de maior déficit habitacional da Região Nordeste, esta que possui o maior déficit habitacional tendo como parâmetro às famílias com renda de até R\$ 1.800,00. Por fim, quanto à delimitação do período, verificado o tamanho reduzido da amostra não se estabeleceu uma data inicial, somente uma data final, a qual se deu com a conclusão da pesquisa em junho de 2021.

Em buscas feitas no sistema e-SAJ no sítio eletrônico do TJCE, foram encontrados o total de 98 acórdãos, por meio da utilização dos termos “área de preservação permanente” e “ocupação” no local de pesquisa livre, unidos pelo operador lógico “E”. Da amostra encontrada, excluíram-se aqueles que não tinham relação com o objeto de estudo, bem como as sentenças que foram consideradas nulas por questões processuais em grau recursal e os agravos de instrumentos que discutem matéria processual, de maneira a serem selecionados para análise somente 5 acórdãos, de forma a evidenciar que o estudo possui amostra *small-N*.

Em análise, verificou-se que é uniforme o entendimento de que, diante de uma situação de ocupação irregular de Áreas de Preservação Permanente, se prevalece o direito ao meio ambiente de forma absoluta. A maioria das medidas adotadas pelos Juízos de origem e ratificadas pelo Tribunal de Justiça em segunda instância no que diz respeito às áreas ocupadas, baseiam-se na: a) inscrição dos moradores em programas habitacionais; b.1) remoção dos mesmos das áreas degradadas para as unidades habitacionais vinculadas aos programas citados, ou; b.2) remoção dos moradores para espaços adequados que configurem moradia digna; c) demolição das habitações construídas; d) limpeza da área degradada e restabelecimento ambiental; e) vigilância a ser feita na área para evitar novas invasões.

A fim de melhor visualizar as medidas adotadas pelos Juízos, segue tabela sistematizada:

Tabela 01: Dados dos acórdãos analisados

Classe processual/ nº do processo	Relator/Comarca	Medidas adotadas em 1º e/ou 2º grau	Prazo para realização das medidas	Nº de famílias a serem desalojadas
Apelação Cível nº 0085508- 54.2009.8.06.0001	Inácio de Alencar Cortez Neto (Fortaleza)	b.2, c, d, e	01 ano	Mais de 100
Apelação Cível nº 0882314- 37.2014.8.06.0001	Paulo Airton Albuquerque Filho (Fortaleza)	b.2, c, d, e	01 ano	Não citado
Apelação Cível nº 0882338- 65.2014.8.06.0001	Luiz Evaldo Gonçalves Leite (Fortaleza)	a, b.1, c, d	01 ano e 3 meses	Mais de 61
Apelação Cível nº 0883207- 28.2014.8.06.0001	Maria Iracema Martins do Vale (Fortaleza)	a, b.1, c, d, e	Não citado	Não citado
Apelação Cível nº 0204309- 84.2013.8.06.0001	Teodoro Silva Santos (Fortaleza)	a, b.1, c, d	Não citado	Mais de 200

\*Fonte: Elaboração própria, com base nas informações disponibilizadas pelo Tribunal de Justiça do Ceará.

O que se percebe em análise as decisões é que há uma prevalência dominante do direito ao meio ambiente em detrimento do direito à moradia, o que se reflete até mesmo no número de páginas utilizadas pelos relatores em seus votos<sup>11</sup>, os quais se utilizam de uma quantidade expressiva de dispositivos normativos e jurisprudência para embasar as fundamentações a favor da retirada das habitações irregulares para recuperação e preservação das áreas ambientalmente degradadas. O direito à moradia é mencionado apenas em um acórdão (Apelação Cível nº 0204309-84.2013.8.06.0001) e em somente um parágrafo.

<sup>11</sup> Fazendo-se uma média entre o número de páginas voltadas para o embasamento do direito ao meio ambiente e o número de páginas dos votos prolatados, verificou-se a predominância de 85%, 80%, 75%, 71% e 25% do número de páginas voltadas para a defesa das áreas degradadas, em desfavor das habitações irregulares. As demais páginas dizem respeito a questões processuais, como a formação de litisconsórcio passivo facultativo entre o adquirente e os possuidores dos lotes, por exemplo.

Ainda assim, nota-se um esforço do Poder Judiciário a nível estadual de assegurar o direito à moradia das famílias fixadas irregularmente nas APPs, por meio da inscrição em programas habitacionais ou remoção para espaços adequados que configurem moradia digna, conforme se verifica na parte dispositiva dos acórdãos. Quanto à última medida, presume-se similar a primeira, uma vez que não foi verificado, até o presente momento, maneiras de se realocar uma quantidade expressiva de famílias para outra área habitável, sem a intermediação de uma política pública, sobretudo, de um programa habitacional para viabilizar essa transferência.

Em análise as fundamentações apresentadas em apelação pelo Município de Fortaleza como parte pertencente ao polo passivo das ações civis públicas em destaque, verificou-se a repetição de determinadas teses que cabem ser abordadas, principalmente, diante de um cenário estadual constituído por limitados programas habitacionais, assim como por um restrito número de vagas para seleção de beneficiários.

A primeira tese utilizada por quatro dos acórdãos analisados, foi o princípio da reserva do possível, pontuando-se que o Município não possui reserva orçamentária suficiente para promover a realocação de inúmeras famílias para áreas adequadas que ofereça boas condições de moradia, sem que isso implique em prejuízo ao orçamento de outros setores do Poder Público. A segunda tese citada por dois acórdãos analisados seria quanto a impossibilidade de inclusão das famílias a serem desalojadas em programas habitacionais e a posterior e imediata realocação para unidades habitacionais, em um espaço curto de tempo, levando-se em consideração que isso ocasionaria lesão ao princípio da isonomia, tendo em vista às demais famílias que aguardam há anos serem sorteadas pelo Programa Minha Casa Minha Vida para aquisição de uma casa própria, por exemplo. As demais teses não se repetem, divergindo de recurso para recurso.

No mérito das decisões monocráticas, os desembargadores relatores refutaram as teses citadas, com base no argumento de que o STF já havia firmado entendimento, por meio do julgamento do Recurso Extraordinário nº 410.715/SP-Agr, à data de 03 de fevereiro de 2006, de que a impossibilidade orçamentária só poderia ser invocada mediante inequívocas comprovações da falta de recursos do ente em questão, não podendo essa base argumentativa prosperar para inviabilizar o estabelecimento, a preservação e a garantia de direitos sociais, como é o caso do direito ao meio ambiente equilibrado. A mesma fundamentação se repete para refutar à tese de impossibilidade de cadastramento de todas

as famílias em programas habitacionais, para posterior reassentamento em unidades habitáveis, argumentando que é obrigação do Município promover a fiscalização adequada para impedir que as ocupações em áreas ambientalmente protegidas aconteçam, devendo àquele arcar com as consequências de sua postura omissiva diante das invasões.

O posicionamento do Tribunal, portanto, é nítido, depreendendo-se que não há possibilidade de regularização fundiária a partir da aplicação do art. 8º da Lei nº 12.651/2012, assim como do art. 11, § 2º da Lei nº 13.465/2017 sobre as áreas ocupadas, de maneira a visualizar como única solução possível a inscrição das famílias desalojadas em programas habitacionais para proteção ao direito à moradia.

Todavia, após estudo bibliográfico e normativo feito no Tópico 02 quanto aos programas presentes no Estado do Ceará, assim como no Município de Fortaleza, nota-se que, apesar dos esforços do Poder Judiciário de impedir lesão à direito social, a tese defendida pelo Município é válida, tendo em vista o número limitativo de apenas 03 programas habitacionais para aquisição ou locação de novo imóvel, este por tempo improrrogável de 02 anos, no Estado do Ceará, não havendo viabilidade para se proceder com a realocação de um número expressivo de famílias, conforme verificado em Tabela 01, para espaços adequados e que oferte boas condições de moradia. Afirma-se isso, primeiro em razão das demais famílias já inscritas nos programas, aguardando serem selecionadas há anos, segundo pelo fato de se tratar de um alto número de famílias a serem desalojadas.

Aliando-se esses pontos com o fato de que o método de escolha para beneficiários do Programa Minha Casa Minha vida em Fortaleza é o sorteio devido à alta quantidade de demanda e o fato de que é o único programa capaz de ofertar uma moradia nova, por meio de financiamento, nota-se que a solução encontrada pelo Tribunal de Justiça do Ceará não é concretizável em tempo hábil de um ano ou um ano e três meses, não havendo, portanto, a garantia do direito à moradia dos removidos das áreas de assentamento urbano nos acórdãos objetos de análise.

Possíveis formas de intervenção que poderiam reverter essa ausência de garantia seria a promoção de uma maior fiscalização por parte dos municípios sobre as suas áreas de preservação permanente, a fim de conter ocupações de forma imediata e impedir que se propagem a ponto de se tornarem irreversíveis, sobretudo, quanto aos danos causados ao meio ambiente. Havendo uma contenção eficaz, além de ser possível conservar o meio ambiente de forma sustentável, viabiliza-se a elaboração de um estudo

técnico para construção de políticas públicas, realizáveis por meio, por exemplo, da delimitação de áreas de preservação, de construção de escolas e de creches, a fim de possibilitar a fixação de moradias sem que isso afete a sustentabilidade do meio quando se tratam de poucas famílias residentes. Essa alternativa poderia resultar em um baixo impacto ambiental, o que ocasionaria a possibilidade de regularização fundiária da área.

Além disso, é de suma importância ressaltar que o Poder Legislativo Municipal, nos poderes conferidos pelo art. 31 da CF/88, faça um controle mais rígido das contas públicas, sobretudo, do orçamento público destinado ao setor de habitação. Esse controle é essencial para que assim seja possível confirmar ou refutar a tese defendida pelo município sobre a falta de orçamento para realocação das famílias desalojadas. Além de ser primordial para que se averigüe se está acontecendo um investimento correto dos recursos disponíveis, assim como se há um plano de investimentos voltados para a melhoria de programas habitacionais e elaboração de futuras políticas públicas que possam viabilizar a contenção dessa problemática social.

## CONCLUSÃO

A resposta ao problema de pesquisa é de que o TJCE, no período consultado e considerando uma amostra *small-N*, não tende ao reconhecimento do direito à moradia das famílias de baixa renda fixadas nas Áreas de Preservação Permanente, assim como não prevê formas de se viabilizar a sua garantia quando são removidas para posterior demolição das habitações. Diante disso, nota-se que a hipótese suscitada, inicialmente, se confirma de forma parcial, uma vez que as decisões do TJCE tentam aliar a garantia do direito a um ambiente sustentável e equilibrado ao direito à moradia, por meio da inscrição dos moradores em programas habitacionais.

No entanto, por meio das pesquisas realizadas, foi constatado que os programas habitacionais atuantes no Estado do Ceará não são suficientes para comportar a quantidade de famílias retiradas de APPs simultaneamente, assim como é inviável se proceder com a construção imediata de novas habitações, sem fazer um estudo prévio do orçamento disponível do Município para o campo da habitação.

É imprescindível que os municípios adotem uma postura mais ativa no que diz respeito à fiscalização das Áreas de Preservação Permanente, tanto para conter possíveis ocupações quanto para impedir que se propaguem a

ponto de serem formadas comunidades que inviabilizem a possibilidade de regularização fundiária pela questão dos danos causados ao meio. Também é essencial que o Poder Legislativo Municipal faça uma identificação rígida de como está sendo utilizado o orçamento público na área da habitação, sobretudo, em relação aos programas habitacionais atuantes.

A importância da pesquisa é nítida pelo fato de identificar que as medidas adotadas pelos magistrados em primeiro grau e pelos desembargados em segundo grau não são viáveis devido a conjectura habitacional atual do Estado, sobretudo, em relação a alta demanda dos programas habitacionais, o que pode ocasionar uma maior degradação ambiental por ser inexequível ou uma lesão à direito social pelo despejo de moradores, sem a garantia prévia de unidades habitacionais.

O estudo importa, especialmente, aos municípios que ocupam o polo passivo das ações civis públicas do Estado do Ceará que tenham como objeto a ocupação de Áreas de Preservação Permanente, para fins de previsibilidade da inclinação jurisdicional do TJCE quanto as teses arguidas em contestação e contrarrazões.

## REFERÊNCIAS

ANDERSON, James E. **Public policymaking: An introduction**. Boston: Houghton Mifflin Company, 2003.

ARAÚJO, Paula Santos. Diagnóstico de supressão de vegetação nativa em áreas de preservação permanente contida no Código Florestal Brasileiro de 2012. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, v. 18, n. 27, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.22171/rej.v18i27.1243>. Acesso em: 21 de ago. 2021.

BASSUL, José Roberto. Reforma urbana e Estatuto da Cidade. **EURE**, Santiago, v. 28, nº 84, 2002. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.4067/S0250-71612002008400008>. Acesso em: 29 de maio de 2021.

BITAR, Omar Yazbek; BOCUTTIA, Yves Danillo. Habitação em Zona Especial de Interesse Social do tipo 4: estudo de caso em Capela do Socorro, São Paulo, SP. **Revista IPT: Tecnologia e Inovação**, São Paulo, v. 3, nº 12, 2019. Disponível em: <http://revistainovacao.ipt.br/index.php/revistaIPT/article/view/99/105> . Acesso em: 25 de maio de 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988, p. 1, anexo. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/579494/publicacao/15636884>. Acesso em: 28 de jul. 2021.

BRASIL. Decreto nº 9.310, de 15 de março de 2018. Institui as normas gerais e os procedimentos aplicáveis à Regularização Fundiária Urbana e estabelece os procedimentos para a avaliação e a alienação dos imóveis da União. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 de mar. 2018, p. 7. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/decreto/d9310.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/d9310.htm). Acesso em: 21 de ago. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana[...]. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 12 de jul. 2017, p. 1. Disponível em: [https://www.in.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/19169484/do1-2017-07-12-lei-no-13-465-de-11-de-julho-de-2017-19169182](https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/19169484/do1-2017-07-12-lei-no-13-465-de-11-de-julho-de-2017-19169182). Acesso em: 29 de jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 11 de jul. 2001, p. 1. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/552133/publicacao/15722771>. Acesso em: 29 de jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 11.124, de 16 de junho de 2005. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social - SNHIS, cria o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social – FNHIS e institui o Conselho Gestor do FNHIS. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 17 de jun. 2005, p. 1. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111124.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111124.htm). Acesso em: 18 de jun. de 2021.

BRASIL. Lei nº 11.977, de 07 de julho de 2009. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei no 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nos 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória no 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 8 de jul. 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/11977.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/11977.htm). Acesso em: 29 de jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 12.424, de 16 de junho de 2011. Altera a Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009, que dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida - PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas, as Leis nºs 10.188, de 12 de fevereiro de 2001, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 4.591, de 16 de dezembro de 1964, 8.212, de 24 de julho de 1991, e 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil; revoga dispositivos da Medida Provisória nº 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 17 de jun. de 2011. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2011/lei-12424-16-junho-2011-610816-norma-pl.html>. Acesso em: 29 de jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 15.143, de 23 de abril de 2012**. Autoriza o Poder Executivo a realizar aporte de recursos financeiros para viabilizar a produção, aquisição e requalificação de unidades habitacionais no âmbito do Programa Minha Casa Minha Vida, instituído pelo Governo Federal por intermédio da lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009, alterada pela lei nº 12.424, de 16 de junho de 2011, e dá outras providências. Assembleia Legislativa do Estado do Ceará, Poder Legislativo, Ceará, 23 de abr. de 2012. Disponível em: <https://belt.al.ce.gov.br/index.php/legislacao-do-ceara/organizacao-tematica/orcamento-financas-e-tributacao/item/1573-lei-n-15-143-de-23-04-12-d-o-02-05-12>. Acesso em: 29 de jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.328, de 12 de março de 2015**. Redefine o programa locação social no âmbito do município de Fortaleza, e dá outras providências. Câmara Municipal de Fortaleza, Poder Legislativo, Ceará, 12 de mar. 2015. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/ce/f/fortaleza/lei-ordinaria/2015/1032/10328/lei-ordinaria-n-10328-2015-redefine-o-programa-locacao-social-no-ambito-do-municipio-de-fortaleza-e-da-outras-providencias>. Acesso em: 29 de jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 28 maio de 2012. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/L12651compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/L12651compilado.htm). Acesso em: 01 mar 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Recurso Extraordinário nº 410.715/SP**. Recurso Extraordinário – criança de até seis anos de idade – atendimento em creche e em pré-escola – educação infantil – direito assegurado pelo próprio texto constitucional (CF, art. 208, IV) – compreensão global do direito constitucional à educação – dever jurídico cuja execução se impõe ao poder público, notadamente ao município (CF, art. 211, § 2º) – recurso improvido. Relator: Min. Celso de Mello. Data do julgamento: 22/11/2005. Data da publicação: 03.06.2006. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354801>. Acesso em: 30 de jul. 2021.

CARDOSO, Adauto Lucio; SILVEIRA, Maria Cristina Bley. O Plano Diretor e a Política de Habitação. *In*: MONTANDON, Daniel Todtmann; SANTOS JUNIOR, Orlando Alves dos (orgs.). **Os planos diretores municipais pós-estatuto da cidade: balanço crítico e perspectivas**. Letra Capital: Observatório das Cidades, Rio de Janeiro, 2011, p. 99-126. Disponível em: [https://bibliotecadigital.seplan.planejamento.gov.br/bitstream/handle/iditem/302/Livro\\_Os\\_planos\\_diretores\\_municipais\\_ps\\_EC\\_balano\\_critico\\_e\\_perspectivas.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://bibliotecadigital.seplan.planejamento.gov.br/bitstream/handle/iditem/302/Livro_Os_planos_diretores_municipais_ps_EC_balano_critico_e_perspectivas.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 29 de maio de 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. 5º ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CAZAROTO, Alessandro. **Zona Especial de Interesse Social e Regularização Fundiária**. 2010. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/31544/M1318JU.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 07 de maio de 2021.

COOPER, D.R.; SCHINDLER, P.S. **Métodos de Pesquisa em Administração**. 12 ed. Porto Alegre: Bookman, 2016.

CORREA, Sonia Maria Barros Barbosa. **Probabilidade e Estatística**. 2 ed. Belo Horizonte: PUC Minas Virtual, 2003.

FACCIOLI, Camila. Análise Comparada das Áreas de Preservação Permanente Estabelecidas pelas Leis nº 4.771/1965 e nº 12.651/2012. *In*: FREITAS, Vladimir Passos de; PHILIPPI JUNIOR, Arlindo; SPÍNOLA, Ana Luíza Silva (eds.). **Direito Ambiental e Sustentabilidade**. São Paulo: Manole, p. 313-357, 2016.

FERREIRA, Leilane de Fátima; MOURA, Gerusa Gonçalves. Plano Nacional de Habitação: atual cenário do Programa Minha Casa Minha Vida. **Cadernos do Núcleo de Análises Urbanas**, Rio Grande do Sul, v. 7, n. 1, 2014, p. 65-80. Disponível em: <https://periodicos.furg.br/cnau/article/view/4832>. Acesso em: 03 de maio de 2021.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. **Estatuto da cidade comentado: Lei nº 10.257/2001 (Lei do Meio Ambiente Artificial)**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. **Dados déficit habitacional 2008-2019**. Belo Horizonte, 2021. Disponível em: <http://fjp.mg.gov.br/deficit-habitacional-no-brasil/>. Acesso em: 30 de maio de 2021.

GONÇALVES, Eloísa Dias; SOUZA, Vinícius Ferrarezi de. Direito à moradia: a possibilidade de regularização fundiária nas áreas de preservação permanente. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/3145/2509>. Acesso em: 30 de maio de 2021.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução e notas de Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1964.

LEVY, Wilson; NALINI, José Renato. **Regularização Fundiária de acordo com a lei 12.651/2012: novo código florestal, com a redação dada pela lei 12.727/2012**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

LITTLE, Daniel R.; SMITH, Philip L. **Small is beautiful**: In defense of the small-*N* design. *Psychon Bull&Review*, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.3758/s13423-018-1451-8>. Acesso em: 30 de jul. 2021.

LI, Weiwei; WANG, Hanghang. **Talking about Urban Ecological Environment and Sustainable Development**. In: 2º International Symposium on Resource Exploration and Environmental Science, v. 170, 1 ed., 2018, China. Disponível em: <https://iopscience.iop.org/article/10.1088/1755-1315/170/3/032077/pdf>. Acesso em: 01 de jun. de 2021.

MARQUES, Carolina Costa Rodrigues; GEIA, Máira Laureança; SOUZA, Dulce América de; JARDIM, Mariana Comerlato; ANDRADE, Fernanda Delmutte; LOPES, Ricardo Ordovás. **Legislação urbanística aplicada**. Porto Alegre: SER - SAGAH, 2018.

MINISTÉRIO DAS CIDADES. Secretaria Nacional de Habitação. **Plano Nacional de Habitação**. Brasília, DF: Ministério das Cidades, 2009. Disponível em: [https://urbanismo.mppr.mp.br/arquivos/File/Habitacao/Material\\_de\\_Apoio/PLANONACIONALDEHABITAO.pdf](https://urbanismo.mppr.mp.br/arquivos/File/Habitacao/Material_de_Apoio/PLANONACIONALDEHABITAO.pdf). Acesso em: 21 de ago. 2021.

MINISTÉRIO DAS CIDADES. Secretária Nacional de Habitação. **Guia para regulamentação e implementação de Zonas Especiais de Interesse Social – ZEIS em Vazios Urbanos**. Brasília, DF: Ministério das Cidades, 2009. Disponível em: <http://planodiretor.mprs.mp.br/arquivos/vazios.pdf>. Acesso em: 21 de ago. 2021.

MINISTÉRIO DAS CIDADES. **Portaria nº 163, de 06 de maio de 2016**. Institui o Sistema Nacional de Cadastro Habitacional (SNCH) e aprova o Manual de Instruções para Seleção de Beneficiários do Programa Nacional de Habitação Urbana (PNHU), no âmbito do Programa Minha Casa, Minha Vida (PMCMV). Brasília, DF: Ministério das Cidades, 2016. Disponível em: <http://www.agehab.ms.gov.br/wp-content/uploads/2018/05/PORTARIA-n%C2%B0-163-de-2016-MINHA-CASA-MINHA-VIDA.pdf>. Acesso em: 21 de ago. 2021.

MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO REGIONAL. **Portaria nº 2.081, de 30 de julho de 2020**. Dispõe sobre os procedimentos para a seleção de beneficiários nas operações do Programa Minha Casa, Minha Vida (PMCMV), no âmbito do Programa Nacional de Habitação Urbana (PNHU). Brasília, DF: Ministério das Cidades, 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-2.081-de-30-de-julho-de-2020-269668974>. Acesso em: 18 de jun. 2021.

MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO REGIONAL. **Programa Minha Casa Minha Vida**. Governo Federal, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mdr/pt-br/assuntos/habitacao/minha-casa-minha-vida/programa-minha-casa-minha-vida-mcmv>. Acesso em: 06 de maio de 2021.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA. Secretária Especial de Fazenda. Secretária de Avaliação, Planejamento, Energia e Loteria. **Relatório de Avaliação: Programa Minha Casa Minha Vida**. Brasília, DF: Ministério da Economia, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2021/04/cgu-divulga-prestacao-de-contas-do-presidente-da-republica-de-2020/relatorio-de-avaliacao-pmcmv.pdf>. Acesso em: 19 de jun. 2021.

NOLASCO, Loreci Gottschalk. **Direito Fundamental à Moradia**. São Paulo: Pilares, 2008.

PREFEITURA DE FORTALEZA. **Programa Habitacional**. Descreve os requisitos necessários, as etapas de serviço, contato do serviço e outras informações sobre o Programa Minha Casa Minha Vida. Disponível em: <https://catalogodeservicos.fortaleza.ce.gov.br/categoria/habitacao/servico/357>. Acesso em: 06 de maio de 2021.

RAMALHO, Ana Maria Filgueira; SILVA, Vera Lúcia de Orange Lins da Fonseca e. **Conflitos Fundiários Urbanos: o Dilema do Direito à Moradia em Áreas de Preservação Permanente**. Congresso Brasileiro de Direito Urbanístico. **Anais do [Recurso eletrônico] V Congresso Brasileiro de Direito Urbanístico**. Porto Alegre: Magister, 2008.

ROCHA, Guilherme Malvezzi. **Política habitacional e a oferta de trabalho: evidências de sorteios do Minha Casa Minha Vida**. Dissertação (Mestrado em Ciências) – Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12138/tdc-14112018-145319/publico/OriginalGuilherme.pdf>. Acesso em: 21 de ago. 2021.

SANT'ANA, M.C.; SANTOS JUNIOR, O.A.; SILVA, R.H. **Projeto Rede de Avaliação e Capacitação para a Implementação dos Planos Diretores Participativos**. Rio de Janeiro: Letra Capital Editora, 2011. Disponível em: [https://bibliotecadigital.seplan.planejamento.gov.br/bitstream/handle/iditem/302/Livro\\_Os\\_planos\\_diretores\\_municipais\\_ps\\_EC\\_balano\\_critico\\_e\\_perspectivas.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://bibliotecadigital.seplan.planejamento.gov.br/bitstream/handle/iditem/302/Livro_Os_planos_diretores_municipais_ps_EC_balano_critico_e_perspectivas.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 29 de maio de 2021.

SANTOS, Cláudio Hamilton M. **Políticas Federais de Habitação no Brasil: 1964/1998**. Brasília, DF: IPEA, 1990. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_0654.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0654.pdf). Acesso em: 26 de maio de 2021.

SAULE JUNIOR, Nelson; UZZO, Karina. A trajetória da reforma urbana no Brasil. In: SUGRANYES, Ana; MATHIVET, Charlotte (eds). **Cidade para tod@s: propostas e experiências pelo direito à cidade**. Chile, Santiago, 2010. Disponível em: <http://www.redbcm.com.br/arquivos/Bibliografia/a%20trajectoria%20n%20saule%20k%20uzzo.pdf>. Acesso em: 29 de maio de 2021

SECCHI, Leonardo. **Análise de políticas públicas: diagnóstico de problemas, recomendação de soluções**. São Paulo: Cengage Learning, 2016.

SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas: conceitos, casos práticos, questões de concursos**. 3ª ed. São Paulo: Cengage Learning Brasil, 2019.

SOUSA, J.A; DALILA, A.C; NOBRE, F.C; NOBRE, L.H.N; FILHO SIQUEIRA; V. **A Amostragem na Pesquisa de Natureza Científica em um Campo Multiparadigmático: Peculiaridades do Método Qualitativo**. Atas - Investigação Qualitativa em Educação, vol. 3, 2016. Disponível: <https://proceedings.ciaiq.org/index.php/ciaiq2016/article/view/938/921>. Acesso em 21 de jul. 2021.