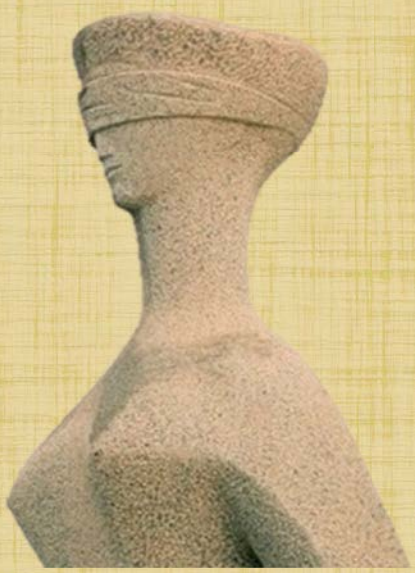
Volume 1

Universidade de Itaúna

Programa de Pós-Graduação em Direito
Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais

DIREITOS FUNDAMENTAIS, JURISDIÇÃO E PROCESSO COLETIVO

30 anos da Constituição Federal



Organizadores
Cíntia Garabini Lages
Edilene Lôbo
José Emílio Medauar Ommati
Fabrício Veiga Costa

Anais VI Seminário Internacional

Organizadores
Profa. Dra. Cíntia Garabini Lages
Prof. Dr. Edilene Lôbo
Prof. Dr. José Emílio Medauar Ommati
Prof. Dr. Fabrício Veiga Costa

VI Seminário Internacional

Direitos fundamentais, jurisdição e processo coletivo – 30 anos da Constituição Federal

07 a 09 de novembro de 2018

Volume 1

Belo Horizonte
2018

Copyright © 2018 by Universidade de Itaúna
Impresso no Brasil | *Printed in Brazil*
Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida, seja por meios mecânicos, eletrônicos ou via cópia xerográ ica, sem autorização expressa e prévia da Universidade.

Revisão: Responsabilidade dos Autores

Diagramação: Universidade de Itaúna

Conhecimento Livraria e Distribuidora
Rua Maria de Carvalho, 16
31160-420 – Ipiranga – Belo Horizonte/MG
Tel.: (31) 3273-2340
Vendas: comercial@conhecimentolivraria.com.br
Editorial: conhecimentojuridica@gmail.com
www.conhecimentolivraria.com.br

Conselho Editorial:
Fernando Gonzaga Jayme
Ives Gandra da Silva Martins
José Emílio Medauar Ommati
Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais
Maria de Fátima Freire de Sá
Raphael Silva Rodrigues
Régis Fernandes de Oliveira
Ricardo Henrique Carvalho Salgado
Sérgio Henriques Zandona Freitas

341.27 S471 2018 v.1

Seminário Internacional de Direitos fundamentais, jurisdição e processo coletivo, 6, 2018, Belo Horizonte / [organizado por] Cíntia Garabini Lages, Edilene Lôbo, José Emílio Medauar Ommati [e] Fabrício Veiga Costa. - Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2018.

544p. ; 21cm (Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade de Itaúna, MG)

Vários autores.
ISBN: 978-65-990101-5-6

1. Direito- Anais de congresso. 2. Direitos fundamentais. 3. Direito constitucional. 4. Direito civil. 5. Código de Processo Civil. 6. Direitos humanos. I. Lages, Cíntia Garabini (Org.). II. Lôbo, Edilene (Org.). III. Ommati, José Emílio Medauar (Org.). IV. Costa, Fabrício Veiga. V. Título.

CDDir - 341.27
CDD(23.ed.)-342.2

Elaborada por Fátima Falci – CRB/6-700

APRESENTAÇÃO

Entre os dias 07 a 09 de novembro de 2018 foi realizado, pelo Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade de Itaúna, o **VI Seminário de Direito Internacional "Direitos Fundamentais, Jurisdição e Processo Coletivo – 30 anos da Constituição Federal" – Volume 1.**

O evento, organizado pelas Professoras Dra. Cíntia Garabini Lages, Dra. Edilene Lobo, Dr. José Emílio Medauar Ommati e Dr. Fabrício Veiga Costa, contou com a presença de alunos e professores do Programa, além de alunos e professores da graduação em Direito da Universidade de Itaúna, e, principalmente, com a participação de professores convidados de todas as reuniões do Brasil e do exterior, que ministraram palestras durante três dias.

É importante ressaltar a importância desses seminários para a divulgação da pesquisa científica institucional e de seu intercâmbio com outras instituições.

Que a iniciativa, que já está consolidada em nível institucional, continue gerando bons frutos acadêmicos para toda a sociedade envolvente!

Prof. Dra. Jamile Bergamaschine Mata Diz
Prof. Dr. Deilton Ribeiro Brasil
Prof. Dr. Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais

SUMÁRIO

AS NORMAS FUNDAMENTAIS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: POR QUE AINDA É IMPORTANTE FALARMOS SOBRE?
Flávio Quinaud Pedron
José Emílio Medauar Ommati **10**

INFORMAÇÃO, DEMOCRACIA E OS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL
Têmis Limberger **33**

UNIÃO ESTÁVEL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO: O DIREITO COMPARADO E A DELIBERAÇÃO PELO STF.
Flávio Marcos de Oliveira Vaz
Bárbara Fabiane Alves e Silva Resende **57**

RESSOCIALIZAÇÃO PELA APAC – ASSOCIAÇÃO DE PROTEÇÃO E ASSISTËNCIA AOS CONDENADOS
Rogério de Oliveira Borges
César Ferreira Mariano da Paz **87**

UMA ANÁLISE DA FUNDAMENTAÇÃO DOS VOTOS DOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FRENTE A ARGUMENTAÇÃO DAS PARTES E INTERESSADOS NA ADI 4.439/DF
Lorrane Queiroz
Paulo Ricardo Braga Maciel **109**

REFORMA TRABALHISTA E CONTRIBUIÇÃO SINDICAL SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA LIBERDADE SINDICAL
Ana Cláudia de Pinho Godinho
Jessica Duque Cambuy **141**

REFLEXOS DA JURISPRUDÊNCIA DO STF NA REDEFINIÇÃO CONSTITUCIONAL DO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA
Bruno Martins Teixeira
Marina Garcia Valadares **166**

PRIMÓRDIOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: DOS TRIBUNAIS DA RELAÇÃO AO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PERÍODO IMPERIAL
Tatiane Silva Ferreira **197**

PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA E A GARANTIA DE DIREITOS: O IMPERATIVO DA EMANCIPAÇÃO E AUTONOMIA
Luana Ferreira Lima **220**

O INCIDENTE DE DEMANDAS REPETITIVAS E O DIREITO COMO INTEGRIDADE: UM DIÁLOGO ENTRE O CIVIL LAW E O COMMON LAW
André Geraldo Santos Cardoso de Mesquita
Leandro Pereira Góis **252**

O ENSINO RELIGIOSO NO BRASIL: UMA ANÁLISE ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DA OFERTA DE ENSINO RELIGIOSO CONFESSIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO
Bárbara Fabiane Alves e Silva Resende
Flávio Marcos de Oliveira Vaz **275**

O DIREITO DAS MINORIAS SEXUAIS E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988
Alisson Alves Pinto
André dos Santos Gonzaga **308**

NULIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E SEGURANÇA JURÍDICA
Aylle de Almeida Mendes
Marcus Vinícius Pinto Santos **338**

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E A SEPARAÇÃO DOS PODERES: UMA ANÁLISE DO PRINCÍPIO À LUZ DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.
César Ferreira Mariano da Paz
José Arthur Figueiras Deolino **370**

***HUSBAND STICH*, PARTO E AGRESSÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA MULHER EM ESTADO DE VULNERABILIDADE**
James Weissmann **392**

ESCOLA CIDADÃ: O LÓCUS PARA MEDIAÇÃO SOCIAL, INTEGRAÇÃO CULTURAL E DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DAS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE REFÚGIO
Daniele Aparecida Gonçalves Diniz Mares
Tatiane Gonçalves Mendes Faria **421**

DIREITO DOS IDOSOS: UM ESTUDO COMPARADO A RESPEITO DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS
Fernanda Resende Severino
Heleno Veloso de Faria Júnior **452**

A BUSCA POR DIREITOS, A INTEGRAÇÃO E PARTICIPAÇÃO FEMININA NO MERCADO DE TRABALHO, NA POLÍTICA E NO JUDICIÁRIO
Ana Luiza Brandão de Aguiar Vilaça
Genaro Lopes Honori Guilarducci **480**

A APLICAÇÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL FRENTE À PRIORIDADE ABSOLUTA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO
Luciana Andréa França Silva
Wanderson Dias Fernandes **512**

AS NORMAS FUNDAMENTAIS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: POR QUE AINDA É IMPORTANTE FALARMOS SOBRE?

THE FUNDAMENTAL RULES OF THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE: WHY IS IT STILL IMPORTANT TO TALK ABOUT?

Flávio Quinaud Pedron[♦]

José Emílio Medauar Ommati[♦♦]

Sumário: 1. INTRODUÇÃO: CPC/2015 E A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS; 2. REPENSANDO O CONCEITO DE PROCESSO SUBJACENTE AO CPC/2015: A SUPERAÇÃO DA TRADIÇÃO AUTORITÁRIA DE PROCESSO; 3. O DEVIDO PROCESSO LEGAL E SEUS PRINCÍPIOS INTEGRANTES; 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

[♦] Doutor e Mestre em Direito pela UFMG. Professor Adjunto do Mestrado em Direito Público e da Graduação da Faculdade Guanambi (Bahia). Professor Adjunto da PUC-Minas (Graduação e Pós-graduação). Professor Adjunto do IBMEC. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Membro da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional (ABDPC). Membro da ABDPRO (Associação Brasileira de Direito Processual). Membro da Rede Brasileira de Direito e Literatura. Advogado. E-mail: flavio@pedronadvogados.com.br

[♦♦] Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela UFMG. Professor Adjunto do Curso de Direito da PUC Minas *Campus*Serro, ministrando as disciplinas de IED I, IED II, Teoria da Constituição e Hermenêutica. Coordenador do Curso de Direito da PUC Minas *Campus*Serro (2017-2020). E-mail: emilioommati@gmail.com.

Resumo: O presente texto tem por objetivo fornecer a moldura conceitual que cerca o CPC/2015, permitindo uma reflexão acerca de suas inovações e defendendo a ideia de que esta é a primeira legislação processual preocupada com o paradigma democrático no direito e no processo. Dessa forma, ainda que aquilo que é apresentado sob o título de Normas Fundamentais já se encontre positivado na Constituição de 1988, o CPC/2015 traz um reforço positivo para marcar a ruptura, principalmente, com a autoritária teoria relacionista do processo de Bülow e que muito contribuiu para a construção de uma tradição autoritária na Ciência do Processo brasileira.

Palavras-Chave: CPC/2015, modelo constitucional de processo, processo democrático.

Abstract: The purpose of this text is to provide the conceptual framework that surrounds the CPC/2015, allowing reflection on its innovations and defending the idea that it is the first procedural law concerned with the democratic paradigm in law and in the process. Thus, even though what is presented under the Fundamental Norms Title is already positive in the Constitution of 1988, the CPC/2015 brings a positive reinforcement to mark the rupture, mainly, the authoritarian relationship theory of the process of Bulow and that world Contributed to the construction of an authoritarian tradition in the Brazilian Process Science and law adjudication.

Keywords: CPC/2015, constitutional model of procedure, democratic process.

1. INTRODUÇÃO: CPC/2015 E A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS.

O paradigma de Direito e de Estado inaugurado pela Constituição da República de 1988, para o Brasil, foi responsável por provocar profundas rupturas e transformações no sistema jurídico nacional. Primeiro por suplantar a experiência autoritária iniciada em 1964, restabelecendo a ordem democrática (CARVALHO NETTO, 1999), em substituição a um já esgaçado modelo autoritário de Estado e de Direito. Em segundo, por ser responsável por imprimir, no direito brasileiro, uma preocupação com a proteção dos direitos fundamentais (compreendendo esses *não* apenas como os direitos e as garantis individuais redutoramente) estendendo a tutela normativa constitucional para além da Constituição de 1988 e irradiando sua eficácia para todos os ramos jurídicos. Alguns autores do Direito Constitucional falam, então, em um Bloco de Constitucionalidade e, ao mesmo tempo, identificam a eficácia horizontal das normas de direitos fundamentais (com aplicabilidade nas relações entre particulares).

Dessa forma, a partir de então, coube a cada sistema jurídico em particular se reconstruir sob novas diretrizes constitucionais. Um destaque fundamental foi a preocupação trazida pelo paradigma do Estado Democrático de Direito, em sua leitura procedimental, com o tratamento normativo dos princípios jurídicos. Isso porque os princípios,[1] após uma longa caminhada pela história do Direito, deixaram se ocupar um papel meramente marginal no processo de aplicação do direito (muitas vezes relevados à função subsidiária de integração/complementação do ordenamento jurídico em casos de lacunas; ou ainda uma equivalência, equivocada, com os chamados direitos naturais) para adquirir uma

[1] Ver, especialmente, para mais detalhes, o capítulo 2 da obra: THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. *Novo CPC: Fundamentos e Sistematização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

normatividade constitucional sob a forma de direitos fundamentais (ALEXY, 1997).

É claro que ainda há uma tendência em uma grande parte da doutrina nacional, sob a influência da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão e Alexy (1997), tomar os princípios como dotados de uma aplicação *gradual* equivalente aos valores. Não compartilhamos desta leitura, assumindo ao inverso uma postura deontologicamente adequada, como igualmente o faz Dworkin (2002, p. 119-120), para quem os princípios exigem um raciocínio de adequação (ao invés de balanceamento), que acaba por afirmar que em cada caso concreto, apenas um deve ser aplicável, pois o anterior e visualizado caso de colisão é apenas aparente e decorrente de uma má interpretação do próprio caso *sub judice*.

Seguindo este pressuposto dworkiano, o art. 926 do NCPC determina que: "os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente", de modo a respeitar a cadeia decisória desde a primeira análise (leading case) e, em especial, com respeito dos fundamentos determinantes (ratio decidendi) que nortearam a aplicação.

A busca de delineamento de um sistema dogmático *íntegro* e adequado, que leve a sério os princípios do modelo constitucional de processo e que aplique as normas de tessitura aberta, torna imperiosa uma compreensão precisa da teoria dos princípios e da adequada leitura que o Novo CPC procura viabilizar para a melhoria do acesso à justiça democrático.

Dessa forma, os princípios que estruturam o chamado Devido Processo Legal também passarão por transformação/reconstrução, mas principalmente, passaram a serem elevados a categoria de princípios/direitos constitucionais.

A partir daí, a doutrina processual e constitucional passou a falar em um Devido Processo (agora) Constitucional, que atuaria definindo *um modelo geral de processo* para todas as suas subdivisões - cível, penal, trabalhista, etc. – (ANDOLINA; VIGNERA, 1990).[2] Isso é de extrema relevância, haja vista que o CPC/2015 funciona como base normativa supletiva para todos os demais tipos de procedimento, na forma do art. 15: "Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente". Logo, o conjunto de normas fundamentais tem plena aplicabilidade em todos esses também, já que são diretamente ligados às normas constitucionais.

Dessa forma, sustentaremos no presente texto que a partir da Constituição de 1988, mas principalmente, com o advento do CPC/2015, podemos afirmar que a tradição teórica que compreendida a natureza jurídica do processo como uma espécie de relação jurídica, na qual os sujeitos processuais estavam submetidos a direito e deveres a partir de vínculos subjetivos uns com os outros, deve ser abandonada, haja vista sua incompatibilidade com o paradigma democrático em que vivemos hoje.

De outro modo, em um segundo momento, mostra-se de vital importância compreender o que vem a ser o princípio do devido processo (legal), bem como sua ressignificação a partir de uma teoria que se proponha uma leitura democrática – afastando por completo a tradição da visão relacionista do processo - bem, como cada um dos elementos principiológico formadores do seu núcleo. Isso porque o devido processo, historicamente vem sendo dividido em uma constelação de outros princípios.

[2] Basta observar o art. 1º do CPC/2015 para que tal noção possa ficar clara: "Art. 1º. O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código".

Após isso, poderemos concluir que a isenção das normas fundamentais como capítulo de abertura do CPC/2015 não se deu em vão; ao invés disso, compreendemos que as normas fundamentais densificam para todo o modelo constitucional de processo um conjunto de direitos fundamentais, razão pela qual o todo não pode nunca ser lido apartado desta parte. Ao longo da leitura e da aplicação do CPC/2015, os juristas devem ter em mente a necessidade de compreensão que as normas fundamentais se mostram como uma chave interpretativa que marca e exige, normativamente, sua observância, sob pena de retroagirmos ao paradigma que agora tentamos superar.

2. REPENSANDO O CONCEITO DE PROCESSO SUBJACENTE AO CPC/2015: A SUPERAÇÃO DA TRADIÇÃO AUTORITÁRIA DE PROCESSO.

Antes de analisarmos os princípios presentes no título das Normas Fundamentais, entretanto, é preciso levar em conta que no cenário europeu, já na década de 1970, a doutrina do direito processual civil começava a perceber a existência de uma ruptura paradigmática provocadora de profundas transformações práticas no *conceito de processo*.

O jurista italiano, Elio Fazzalari (1996)[3] apresenta a ideia de que a figura do contraditório encontrava-se mal

[3]Ver também: NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático:* uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008; PEDRON, Flávio Quinaud. Reflexões sobre o "acesso à justiça" qualitativo no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. In.: DIDIER JR., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre [coord.]. *Normas Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2016. [Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 8]; e FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. *O Poder Judiciário e(m) Crise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

compreendida pela doutrina da teoria geral do processo, razão pela qual passa a atribuir a ele um sentido de destaque.

Abandonando a noção reducionista segundo a qual o contraditório é apenas um direito de bilateralidade de audiência (dizer e contradizer), elabora uma proposta que o concebe como direito de informação e influência na construção do provimento (decisão) jurisdicional.

A consequência direta de suas conclusões leva ao abandono pela insuficiência teórica e democrática da afirmação de que o processo poderia ter sua natureza jurídica explicada como espécie de relação jurídica a se desenvolver entre autor, réu e Estado-juiz; sendo que este último ocuparia uma posição de superioridade hierárquica sobre os demais, titularizando direitos subjetivos que o permitiriam exigir condutas (atuações) por parte dos demais.

Também buscou abandonar a equivocada noção de que o magistrado deveria atender no exercício da função jurisdicional a *escopos metajurídicos* (DINAMARCO, 2009), ideia essa já presente na doutrina de Franz Klein, que ligadas ao paradigma do Estado Social, acabaram por provocar uma hipertrofia do magistrado (NUNES, 2008) e ainda muito difundidas em solo brasileiro como positivas.

Sob as novas luzes, o processo, então, é espécie de procedimento, mas com um fator distintivo, a presença do contraditório (como direito das partes ao tratamento em simétrica paridade e a condição de coautores do provimento).

Os vínculos de sujeição das partes perante o magistrado são substituídos por direitos de liberdade de participação (o que implica em contrapartida o dever de o magistrado respeitar tais direitos) demonstrando a todo o curso do processo, e principalmente, em sua decisão, que a

mesma foi construída fundamentadamente (art. 489, § 1º do CPC/2015), ou seja, utilizando os argumentos trazidos pelas partes e acabando com o mito de que a decisão judicial é fruto de uma consciência discricionária exclusiva e subjetiva (STRECK, 2010).

Esse novo conceito de processo, presente finalmente no Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) é a *chave hermenêutica* para qualquer início de leitura da nova legislação, bem como para a correta compreensão dos princípios constituidores da cláusula do Devido Processo (Constitucional).

3. O DEVIDO PROCESSO LEGAL E SEUS PRINCÍPIOS INTEGRANTES.

Avançado esse ponto introdutório, podemos passar a análise da cláusula do Devido Processo e de seus princípios integrantes. A Constituição de 1988 traz menção expressa a ela no seu art. 5º LIV, quando afirma que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

Há aqui uma clara referência histórica à tradição inglesa que começa com a Magna Carta de 1215 (com forte influência do direito germânico, por causa de Guilherme, o Conquistador, de origem normanda) desenvolvida graças a genialidade de Edward Coke (ARAÚJO PINTO, 2008), no século XVIII.

Alguns autores, como Fredie Didier Jr (2015), segundo a jurisprudência do STF,[4] procedem a uma distinção entre uma leitura formal (ou procedimental) – que estaria ligada às garantias processuais em si – e uma

[4] STF, RE n. 374.981, em 28/03/2005, Rel. Min. Celso de Mello; Informativo n. 381 do STF.

leitura substancial – que se voltaria para a *racionalidade* das decisões judiciais.[5]

Não compartilhamos desse entendimento. Para nós, o devido processo legal ou devido processo constitucional, como quer que se queira denominá-lo engloba as duas leituras, não podendo ser cindido.

Assim, não faz mais sentido falar em devido processo legal *substantivo* e devido processo legal *procedimental*, já que o devido processo legal corretamente compreendido engloba esses dois aspectos:

> Fica claro, agora, como o *due process of law* está diretamente ligado à questão da legitimidade do direito. Com efeito, através da análise da legitimidade do direito em sua versão processual, evidencia-se tanto o *substantive due process* quanto o *procedural due process*. Isso porque a decisão só será legítima à medida que efetivar a participação das partes na elaboração da decisão (*procedural due process*), o que só será possível desde que garantidos os princípios atinentes ao devido processo (isonomia, contraditório e ampla defesa). Por outro lado, a aplicação desses mesmos princípios abre às partes a possibilidade do questionamento do conteúdo das leis

[5] Discordamos da afirmação da doutrina em geral quando esta reduz o exame da racionalidade da atividade jurisdicional apenas ao emprego da metodologia de critérios como *razoabilidade* (tradição inglesa) e/ou *proporcionalidade* (tradição alemã). Para mais detalhes sobre isso, nos reportamos a: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; QUINAUD PEDRON, Flávio. O que é uma decisão judicial fundamentada? Reflexões para uma perspectiva democrática do exercício da jurisdição no contexto da reforma do processo civil. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (orgs.). *Reforma do processo civil:* perspectivas constitucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2010; bem como ao capítulo 2 da obra THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. Novo CPC: Fundamentos e Sistematização. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

> (*substantive due process*), o que garante a legitimidade do direito (SILVA, 2012, p. 96).

O devido processo constitucionalmente assegurado pode ser compreendido como devido processo constitucional e devido processo jurisdicional (BRÊTAS, 2010). Ou, ainda, na linguagem de Rosemiro Pereira Leal (2010), não apenas como devido processo legal, ou seja, que o procedimento deve estar previamente estabelecido em lei, mas como devido processo legiferante. E devido processo legiferante exatamente porque o devido processo constitucional possibilita não apenas a possibilidade de o afetado pela decisão participar na construção da mesma como também que os cidadãos em geral possam fiscalizar e controlar a própria produção normativa, através de um devido processo legislativo.

Sobre o devido processo entendido como devido processo constitucional, precisas as palavras de Ronaldo Brêtas:

> Contudo, não é somente a obediência ao princípio da reserva da lei que permitirá o exercício constitucionalizado da função jurisdicional e a consequente decisão vinculada ao Estado Democrático de Direito. Adicione-se a tal desiderato a garantia do devido processo constitucional, que não pode ser olvidada. Assim o é, porque a decisão jurisdicional(sentença, provimento) não é ato solitário do órgão jurisdicional, pois somente obtida sob inarredável disciplina constitucional principiológica(devido processo constitucional), por meio da garantia fundamental de uma *estrutura normativa metodológica*(devido processo legal), a permitir que aquela decisão seja

> construída com os argumentos desenvolvidos em contraditório por aqueles que suportarão seus efeitos, em torno das questões de fato e de direito sobre as quais controvertem no processo (BRÊTAS, 2010, p. 123-124).

No mesmo sentido, J.J. Calmon de Passos, ao defender a necessidade de se pensar o processo numa perspectiva constitucional:

> Urge, então, deixar-se para trás o pensar o processo numa perspectiva infraconstitucional, marcadamente procedimental, e mais numa dimensão constitucional, constitutiva, processo como equivalente a procedimentos que devem ser adotados para se produzir o direito e colocar essa concepção na moldura da filosofia política com que nos comprometemos. Porque há um processo de produção do direito autoritário, como há um processo de produção do direito democrático. Esta a opção original e a partir dela tudo mais se desdobrará (CALMON DE PASSOS, 2013, p. 58).

Recentemente, parte da doutrina processual brasileira vem insistindo na ideia de que o devido processo legal, insculpido no artigo 5º, LIV, da Constituição de 1988, se transformou em um direito fundamental ao *processo justo*.[6]

Contudo, é, no mínimo questionável, e, no máximo, errado, afirmar que o devido processo, que deve

[6]Sobre isso ver: SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional.* 1ª edição em e-book baseada na 2ª edição impressa, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, capítulo 4 da segunda parte.

ser lido como devido processo constitucional, se transfigurou em um direito constitucional a um processo justo. E isso porque o significado de processo justo é extremamente controvertido. Além do mais, tal suposto direito é tautológico, pois, nos dizeres de Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero e Ingo Wolfgang Sarlet, o direito ao processo justo visa a assegurar a obtenção de uma *decisão justa* (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013). Mas, afinal o que é um processo justo? O que é uma decisão justa?

Sociedades extremamente divididas sobre o sentido do bem, tal como a brasileira atual, não chegam a um consenso mínimo sobre essas questões. Além disso, essa visão padece dos males dos *escopos metajurídicos* do processo, já aqui criticados. Ora, a função do processo não é buscar a verdade ou a justiça, mas sim assegurar que aqueles que serão afetados pelo provimento possam participar da construção do mesmo, controlando e fiscalizando a função jurisdicional, de modo a democratizar, por outras vias que não a eleitoral, essa importante função estatal, cumprindo-se os princípios republicano e democrático.

E é aqui que ganha, portanto, destaque o princípio do contraditório, o qual, podemos destacar, que após a perspectiva impressa pelo paradigma do Estado Democrático de Direito, já não se mostra mais adequada a perspectiva que o associa a mero direito formal de *bilateralidade de audiência ou de paridade de armas*; ou seja, os artigos 9ª, 10 e 11 do CPC/2015 adotam uma leitura segundo a qual o contraditório deve ser visto de modo muito mais ampliado, assumindo-se como verdadeiro direito de participação na co-construção das decisões judiciais (poder de influência).

Destarte, o judiciário não observa o contraditório apenas quando garante a cada um dos litigantes oportunidades opostas de manifestação; a exigência

normativa agora passa a exigir que o magistrado demonstre claramente na fundamentação da sentença (art. 489, §1º do CPC/2015) que os argumentos trazidos pelas partes foram recebidos e analisados pelo magistrado para a formulação de sua decisão.

Logo se o juízo identificar a existência de fundamento decisório sobre o qual as partes ainda não tiveram oportunidade de se pronunciar, ele antes deve submeter a questão à manifestação dessas partes (DIDIER Jr., 2015, p. 81).

Contraditório, então, implica não apenas participação, mas também o direito das partes influenciarem na construção da decisão e, assim, não serem surpreendidas pelo teor do ato jurisdicional, realizando-se, dessa forma, a democracia na esfera jurisdicional, entendida não apenas como o direito de votar e ser votado, mas, fundamentalmente, como um direito a um determinado tratamento por parte do Estado ou da comunidade personificada: cada cidadão tem o direito de ser tratado com igual respeito e consideração e, portanto, de participar e de fiscalizar as decisões que afetarão sua esfera de vida.[7]

O princípio da ampla defesa, por sua vez, ainda que guarde grande ligação com o contraditório não se confunde com o mesmo, pois diz respeito a liberdade/responsabilidade das partes na escolha dos argumentos, teses e provas a serem utilizadas no *inter* processual para demonstrar suas pretensões.

Assim, a ampla defesa significa, nas palavras de Nélson Nery Júnior, permitir às partes a dedução adequada de alegações que sustentem sua pretensão(autor) ou defesa(réu) no processo judicial(civil, penal, eleitoral,

[7] Para maiores informações, vide: OMMATI, José Emílio Medauar. *Uma Teoria dos Direitos Fundamentais.*4ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

trabalhista) e no processo administrativo, com a consequente possibilidade de fazer a prova dessas mesmas alegações e interpor os recursos cabíveis contra as decisões judiciais e administrativas (NERY JÚNIOR, 2013, p. 259). Significa dizer que a ampla defesa em direito pressupõe oportunidade de ampla argumentação por intermédio de meios técnico-processuais e produção de provas (PINHEIRO, 2016, p. 209). Com razão, nesse sentido, Guilherme César Pinheiro:

> Dito de forma simples, ampla defesa enquanto ampla argumentação é o direito tanto do autor, quanto do réu, de argumentar por todos os meios técnicos admitidos e provar o que foi argumentado, em tempo razoavelmente necessário à reflexão e preparação da argumentação (PINHEIRO, 2016, p. 209).

Em trabalho de fôlego sobre o tema, Clenderson Cruz escreve sobre a ampla defesa:

> Vale dizer que a *ampla defesa*no paradigma democrático tem sua atuação demarcada por meio do devido processo legal, através do qual, na ordinariedade, é possível a exauriência dos argumentos fático-lógico-jurídicos.
>
> Destacadamente, nessa senda, o princípio constitucional da *ampla defesa*embora próximo, não se confunde com o direito ao contraditório. Enquanto este representa a possibilidade de manifestação (resistência) postulatória de uma decisão contrária, aquela representa a exauriência argumentativa com todos os meios jurídicos a ela inerentes em tempo

> adequado e não cronológico (CRUZ, 2016, p. 103-104, grifo no original).

Assim, ampla defesa e contraditório estão interligados, já que somente é possível a dedução das alegações, interposição de recursos, bem como a produção de provas em iguais condições de participação no curso do procedimento, possibilitando-se, com isso o controle democrático da atividade jurisdicional.

A ordem jurídica dispõe que as partes podem selecionar seus meios de provas dentro daqueles que sejam lícitos, ainda que não tipificados pela legislação (art. 369 do CPC/2015). Contudo, até por dicção constitucional (art. 5º, LVI, da CR/88), vedará o emprego de prova ilícita.

O princípio da isonomia é também fundamental para o processo democrático. Previsto no art. 7º, dispôs que: "É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório". Cabe aqui uma observação: de modo comum, alguns juristas insistem em confundir o princípio da isonomia com o princípio da igualdade (previsto no art. 5º, *caput* da CR/88).

Isso não é acertado! Por igualdade ainda acreditam tais pensadores que o Estado Democrático de Direito admitiria a normativa de matriz aristotélica segundo a qual "deve tratar igualmente os iguais e desigualar os desiguais nos limites de suas desigualdades". Contudo, tal leitura mostra-se ainda presa ao paradigma do Estado Social, talvez porque ainda difundida em monografia de autores como Bandeira de Mello (2012).

Em oposição, o jurista norte-americano Dworkin (2005)[8] apresenta uma reconstrução sob a forma da chamada "igualdade de recursos" preocupado com o respeito as escolhas individuais, bem como negando a possibilidade de qualquer ação paternalista por parte do Estado.

Cada sujeito do processo (e não apenas as partes, já que isso deve incluir o magistrado e o Ministério Público) deve ter as mesmas oportunidades de argumentação e atuação na estrutura do procedimento.

A cláusula do devido processo (constitucionalizada) ainda apresenta uma exigência de vital importância – inclusive para a verificação da observância dos princípios anteriores no processo em questão – o dever jurisdicional de fundamentar suas decisões (CATTONI DE OLIVEIRA; QUINAUD PEDRON, 2010).

Por fundamentação, diferentemente do que parece assumir uma parcela da doutrina nacional, equivocadamente, *não estamos tomando como sinônimo a noção de motivação*! Motivar é dar as razões subjetivas que moveram determinado sujeito a agir de um certo modo. Contudo, ela só observa uma perspectiva individual.

Quando o magistrado motiva uma decisão (em sentido amplo, quer decisões interlocutórias, quer sentenças ou acórdãos), ele dá uma justificativa pessoal para aquela decisão, mostrando que há lógica em sua escolha. Isso é apenas reduzido quando comparado com a fundamentação, que, por sua vez, exige que haja uma decisão fundada na intersubjetividade.

[8] Partilhando dessa mesma leitura de modo igualmente pioneiro temos a obra de OMMATI, José Emílio Medauar. *Uma Teoria dos Direitos Fundamentais*. Op.cit.

A fundamentação obriga que o agente explique não apenas seus motivos, mas porque desconsidera como válido os argumentos trazidos pelos outros partícipes; com isso, força-o a promoter um raciocínio de correção: o Magistrado tem o ônus de provar para os outros que sua escolha, ou decisão, é a melhor decisão possível acerca daquele caso concreto.

Orbitando e interagindo com os demais princípios da cláusula do devido processo, temos outras normas, como o acesso à jurisdição,[9] a celeridade procedimental e a economicidade.

No que toca ao direito fundamental de acesso à jurisdição, destacamos que as transformações operadas de ordem jurídico-paradigmáticas não mais admitem condicionantes ao livre exercício do direito-de-ação, entendido como direito fundamental de provocar a jurisdição para impedir lesão ou ameaça de lesão a direito.

Como já demonstrado pela perspectiva democrática da teoria do processo, tal direito-de-ação é autônomo e desgarrado de qualquer ligação do direito material, bem como abstrato, não cabendo mais ao autor demonstrar previamente a *tese concretista* de Chiovenda (1969).

---

[9] Em outra oportunidade ver: PEDRON, Flávio Quinaud. Reflexões sobre o "acesso à justiça" qualitativo no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. In.: DIDIER JR., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre [coord.]. *Normas Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2016. [Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 8]; PEDRON, Flávio Quinaud. Reflexões sobre o "acesso à justiça" qualitativo no Estado Democrático de Direito. In: THEODORO JR., Humberto; CALMON, Petrônio. NUNES, Dierle. *Processo e Constituição: Os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais*. Rio de Janeiro: GZ, 2010. Demonstramos que não é adequado utilizar a expressão "acesso à justiça" em razão da confusão técnica operada. Confundir Judiciário com Justiça é resultado de uma tradição de pensamento que não operou o giro democrático da teoria do processo, nem tomou consciência do caráter mítico-platônico inerente. Com Luhmann podemos identificar uma oportunista e cômoda corrupção sistêmica, que apenas favorece a crença (irracional) na hipertrofia do judiciário.

Contudo, pensar o direito-de-ação apenas em sua faceta quantitativa é um equívoco! Isso porque de nada adianta para o respeito ao devido processo um ingresso na seara do processo, sem que haja concomitantemente respeito aos demais princípios processuais constitucionais. Daí porque defendemos um acesso à jurisdição qualitativo.[10]

Uma importante inovação se encerra no art. 4º do CPC/2015: "Art. 4º. As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa". Trata-se da chamada *regra de primazia do mérito*, que reestrutura toda a lógica de condução do sistema de sanabilidade dos atos procedimentais, permitindo, sempre que possível, que atos que anteriormente ensejavam a extinção do procedimento sem resolução do mérito (art. 485 do CPC/2015) ou o não conhecimento/seguimento de um recurso - reforçando a construção de uma jurisprudência defensiva por parte dos Tribunais brasileiros – agora sejam ao máximo de esforço saneados e convalidados, exatamente para que, com isso, o procedimento possa se desenvolver até um provimento de mérito final.

Dois princípios processuais constitucionais que somente mais recentemente integraram a cláusula do devido processo, por força da Emenda Constitucional n. 45/2004, são a celeridade (ou razoável duração do processo) e economicidade. Acerca de reflexão quanto a

[10]Nesse sentido remetemos a leitura das obras: PEDRON, Flávio Quinaud. Reflexões sobre o "acesso à justiça" qualitativo no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. In.: DIDIER JR., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre [coord.]. Normas Fundamentais. Salvador: Juspodivm, 2016. [Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 8]; PEDRON, Flávio Quinaud. Reflexões sobre o "acesso à justiça" qualitativo no Estado Democrático de Direito. In: THEODORO JR., Humberto; CALMON, Petrônio. NUNES, Dierle. *Processo e Constituição: Os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais*. Rio de Janeiro: GZ, 2010. Concidentemente, temos as reflexões de NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. *Acesso à justiça democrático*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

ambos, importante destacar que a ordem processual deve sempre buscar desenvolver mecanismos, procedimentos e institutos processuais com o objetivo tanto de promover uma diminuição de tempo do processo (celeridade), como ainda de seu custo (economicidade). O tempo é um grave problema do direito processual e o esforço intelectual pela gestão do procedimento deve sempre ser contínua.

Contudo, tais princípios apresentam ambos uma dupla dimensão: por um lado, dizem respeito ao esforço da doutrina e do legislativo que deverão (re)pensar continuamente os procedimentos e seus institutos sempre desenvolvendo modelos mais rápidos e econômicos, sem que haja violação dos demais princípios constitucionais processuais (principalmente do contraditório); de outro, dizem respeito ao magistrado como representante do juízo, responsável pelo gerenciamento do procedimento, que deverá agir sempre a não gerar atrasos (tempos mortos) e repetições de atos desnecessários à solução do processo (nulidades), bem como não admitir que as partes promovam com seus atos delongas desnecessárias e unicamente voltadas para a demora ilícita do procedimento (como típicas expressões da má-fé processual).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

De posse desse brevíssimo quadro, é possível, então, notar que o CPC/2015 já lança novos desafios ao estudo do direito processual civil brasileiro, principalmente por incorporar uma normatividade principiológica (mas já elevada à categoria de direitos fundamentais processuais pela Constituição de 1988) e, de tal sorte, força uma ruptura paradigmática para caminhar em consonância com os ditames e anseios do processo democrático.

Não é por outro motivo que os artigos iniciais partem de tal premissa e, de modo algum, podem ser deixados de lado quando da interpretação das demais normas contidas no restante do Código.

Como toda novidade, há quem desenvolva receio e medo pelas mudanças – que pode ser notada pelas manifestações de resistência e até mesmo de repúdio ao CPC/2015, principalmente, por parte de membros da magistratura brasileira.

O que é uma pena, pois viver em uma ordem democrática, bem como trazer tal ideologia para a seara do processo, não mais se trata de uma opção, muito antes o CPC/2015 não inova, apenas diz o que já está estabelecido no art. 5º da Constituição de 1988.

Mas muitas vezes, nos parece (por mais estranho que seja) que o óbvio deva ser repetido pela legislação infraconstitucional para adquirir normatividade e respeito pelos partícipes processuais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *Il modelo costituzionale del processo civile italiano*. Turim: Giappichelli, 1990.

ARAÚJO PINTO, Cristiano Paixão; BIGLIAZZI, Renato. *História Constitucional Inglesa e Norte-Americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional*. Brasília: UnB, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade.* 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CALMON DE PASSOS, J.J. *Revisitando o Direito, o Poder, a Justiça e o Processo: Reflexões de um Jurista que trafega na Contramão.*Salvador: JusPodium, 2013.

CARVALHO NETTO, Menelick. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Comparado*, v. 3, mai. 1999.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; QUINAUD PEDRON, Flávio. O que é uma decisão judicial fundamentada? Reflexões para uma perspectiva democrática do exercício da jurisdição no contexto da reforma do processo civil. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (orgs.). *Reforma do processo civil: perspectivas constitucionais.* Belo Horizonte: Fórum, 2010.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. v. I.

CRUZ, Clenderson. *A Ampla Defesa na Processualidade Democrática.*Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

BRÊTAS, Ronaldo. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito.*Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. vol 1. 17 ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana: teoria e prática da igualdade*. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FAZZLARI, ELio. *Istituzioni di diritto processuale*. 8. ed. Pádua: Cedam, 1996.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. *O Poder Judiciário e(m) Crise.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática.*Belo Horizonte: Fórum, 2010.

NERY JÚNIOR, Nélson. *Princípios do Processo na Constituição Federal: Processo Civil, Penal e Administrativo.* 11ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático*: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008

NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. Acesso à justiça democrático. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

OMMATI, José Emílio Medauar. *Uma Teoria dos Direitos Fundamentais*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PEDRON, Flávio Quinaud. Reflexões sobre o "acesso à justiça" qualitativo no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. *In.:* DIDIER JR., Fredie; NUNES, Dierel; FREIRE, Alexandre [coord.]. *Normas Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2016. [Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 8].

PEDRON, Flávio Quinaud. Reflexões sobre o "acesso à justiça" qualitativo no Estado Democrático de Direito. In: THEODORO JR., Humberto; CALMON, Petrônio. NUNES, Dierle. *Processo e Constituição: Os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

PINHEIRO, Guilherme César. *A Vinculação Decisória no Estado Democrático de Direito: Por uma Compreensão Constitucionalmente Adequada da Aplicação de Precedentes, Súmulas e Decisões Vinculantes.*Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional.*1ª edição em e-book baseada na 2ª edição impressa, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, Rosemary Cipriano da. *Direito e Processo: A Legitimidade do Estado Democrático de Direito através do Processo.*Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

STRECK, Lênio. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. *Novo CPC: Fundamentos e Sistematização.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

INFORMAÇÃO, DEMOCRACIA E OS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Têmis Limberger[11]

1 INTRODUÇÃO

Recentemente, houve a revelação de que dados de 87 milhões de usuários[12] foram repassados à firma britânica *Cambridge Anatlytica*, que trabalhou na campanha de Donald Trump, eleito presidente dos EUA, em 2016. Deste modo, teve-se a confirmação da prática de violação de dados pessoais. Assim, o presidente executivo do *Facebook*, Mark Zuckerberg, prestou declarações no Congresso Norte Americano e no Parlamento Europeu[13].

Os usuários dos EUA são a grande maioria, pois correspondem a 81,6% do total, com 70,6 milhões de usuários afetados. Em seguida, estão Filipinas (1,4%) e Indonésia (1,3%). O Reino Unido, que estava no foco das notícias por ser o local da sede da Cambridge Analytica, ficou em quarto lugar na lista com 1,08 milhão (1,2%). O Brasil ocupa a oitava posição com 0,5% do total, com a

[11] Doutora em Direito Público pela Universidade Pompeu Fabra - UPF de Barcelona. Pós-doutora em Direito pela Universidade de Sevilha. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Procuradora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul – MP/RS.

[2] Com a estimativa de que 43 mil brasileiros tenham sido incluídos.

[13] BRASIL. Revista ISTOÉ, 18/04/2018, *Zuckerberg contra a parede,* Tecnologia, p. 66.

violação aproximada de 443.000 brasileiros, que tiveram seus dados violados[14].

Há muito tempo já se sabia que os dados dos usuários da internet eram utilizados para se fazer um perfil de consumo, e se suspeitava de que pudessem ter uso para manipulação política[15]. Assim, além da oferta comercial direcionada que ocorre devido à formação do perfil do usuário consumidor, tem-se, também: a coleta da informação para utilização nas campanhas eleitorais, monitoramento das declarações dos candidatos com relação ao impacto que causam no eleitorado, favorável ou não; e robôs localizados, por vezes, longinquamente, que automaticamente conferem um universo de seguidores ao candidato, impactando positivamente o sítio eletrônico do elegível, que, ainda que falsamente, passa a ter muitos seguidores.

No contexto atual da Internet, verifica-se a exposição constante e exacerbada das pessoas nas redes sociais. É a denominada sociedade do espetáculo[16]. As informações e os fatos da vida são noticiados e ilustrados com fotos no *Facebook*. Pode-se fazer uma paródia do velho brocardo latino: "quem não está no *face*, não está no mundo".

A certeza de que hoje existe o denominado "homem de cristal", na internet, no sentido de que há uma ampla visibilidade, a respeito das informações e dados que a pessoa disponibiliza e interesses que possui, a partir da consulta e visita aos sítios eletrônicos, que faz na internet, que ficam armazenados e contribuem para formação de um

[14] BRASIL. Notícias R7. Disponível em: <https://noticias.r7.com/tecnologia-e-ciencia/facebook-notificara-usuarios-que-tiveram-dados-violados-05042018>. Acesso em 1º/10/2018.
[15] CASTELLS, Manuel. Ruptura: a crise da democracia liberal. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
[16] DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

perfil, que na maioria das vezes, é repassado a outras empresas, sem o consentimento do usuário.

Assim, o objeto deste artigo é pesquisar: qual a proteção jurídica que pode ser oferecida ao usuário, no ordenamento jurídico brasileiro e europeu (diante da entrada em vigor (25 de maio de 2018) do novo Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu e da Lei Brasileira de Proteção de Dados – Lei nº 13.709, de 14/08/2018)? Neste contexto, o estudo vai se ocupar de verificar aspectos desse novo fenômeno de exposição constante das pessoas nas redes sociais e buscar instrumentos jurídicos e ferramentas que possam ser utilizadas para verificar quais as informações que estão armazenadas a respeito do usuário e buscar garantir que, sem o consentimento do cidadão estas informações não podem ser utilizadas para um fim diverso ao que forem coletadas.

2 DO CONTEXTO NORMATIVO DE PROTEÇÃO DE DADOS NA EUROPA E NO BRASIL

2.1 O Regulamento Geral de Proteção de Dados – RGPD

O novo Regulamento Geral de Proteção de Dados – RGPD UE 2016/679 entrou em vigor a partir de 25/5/2018, após 2 (dois) anos de promulgação, em 4/5/2016. O objetivo do RGPD é duplo: regular um direito (à proteção de dados) e garantir a liberdade (a livre circulação dos dados), à semelhança do que já ocorria com a Diretiva Comunitária nº 46/95.

Assim, a proteção do direito fundamental prevalece sobre o interesse econômico dos responsáveis e encarregados do processamento de dados, como foi reconhecido pelo Tribunal de Justiça, na Sentença proferida em 13/05/2014[17], Google Espanhol e Agência Espanhola de Proteção de Dados.

O RGPD e o direito fundamental a proteção de dados (art. 8º da Carta Europeia de Direitos Humanos), âmbito material de aplicação: aqueles que têm um arquivo automatizado contendo dados pessoais.

No tocante ao aspecto territorial, o RGPD é aplicável no âmbito da União Europeia e a outros países ainda que não comunitários; desde que, a partir de alguma relação jurídica ou comercial, afetem os dados de cidadãos ou empresa estabelecida na União Europeia. Assim, o princípio da segurança jurídica tem sua incidência para além do território europeu, considerando que os dados circulam livremente, independente das fronteiras de um país.

Outro aspecto importante é do consentimento do interessado (art. 4.11 do RGPD), como sendo toda manifestação de vontade livre, específica, informada e inequívoca pelo qual o interessado aceita, seja mediante uma declaração ou uma clara ação afirmativa, o tratamento de dados pessoais que lhe são relacionados.

Assim, a novidade é que se especificam duas formas de expressar o consentimento: mediante declaração ou mediante uma clara ação afirmativa. Deste modo, não cabe mais o denominado consentimento tácito (o silêncio, as alternativas já marcadas ou a inação).

Logo, fica claro que o silêncio ou a inação não podem considerar-se como uma declaração de

[17] Acórdão do Tribunal de Justiça Europeu (Grande Secção), em 13/05/2014.

consentimento, pois este tem que ser um ato afirmativo claro e para finalidades específicas.

O Princípio da finalidade já se fazia presente desde o Convênio 108/1981 e foi incorporado pela DC nº 46/1995, mantendo-se no atual RGPD, no sentido de que os dados coletados para uma finalidade específica não podem ser utilizados para outra.

Comentando o então projeto do atual RGPD, Sanchez Bravo[18] já propugnava que toda a informação dirigida ao público, em virtude do Princípio da Transparência, deve ser de fácil acessibilidade e compreensão, utilizando-se de uma linguagem simples e clara.

O Regulamento foi pensado para a publicidade na Internet e outras situações tecnológicas complexas. Por isso, faz-se necessário que o interessado possa saber e compreender se seus dados estão sendo recolhidos por quem e para que (finalidade). Especial atenção deve-se conferir aos menores, que são os efetivamente cuidados em sua vida privada.

Deste modo, o *Facebook* agiu em desacordo ao armazenar dados de seus usuários e repassá-los a outra empresa não prevendo o consentimento e tampouco guardando a finalidade para o qual foram colhidos.

---

[18]SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro A. *Hacia un nuevo marco europeo de protección de datos personales: empoderamiento de los ciudadanos en la sociedad tecnológica*. In: Yarina Amoroso Fernández. (Org.). Sociocibernética e Infoética: contribuición a una nueva cultura y praxis jurídica. 1ed.Habana - Cuba: Editorial UNIJURIS, 2015, v. 1, p. 124. "Toda información dirigida al público, en virtud del principio de transparencia, debe ser fácilmente accesible y fácil de entender, utilizándose un lenguaje sencillo y claro. Especialmente pensado para la publicidad en línea, y otros entornos tecnológicos complejos, se hace necesario para que el interesado pueda saber y comprender si sus datos están siendo recogidos, por quién, para hacer qué. Especialmente, deberá prestarse atención a los menores, para que ese lenguaje sencillo y claro, sea comprensible con facilidad." Tradução libre da autora.

O RGPD traz novidades, sendo que algumas aplicáveis especificamente ao que aqui se debate: princípio de *accontability* ou responsabilidade pró-ativa-transparência, em caso de que haja dano ou prejuízo material ou imaterial, o valor pode chegar a € 20.000.000 de euros, ou tratando-se de empresas, até 4% da receita global, o que for mais elevado[19].

O RGPD pretende fazer mais simples a proteção dos dados, reduzindo os encargos administrativos às empresas, ao mesmo tempo em que implementa a *accontability*[20]. Assim, o RGPD supõe uma simplificação normativa e a supressão ou flexibilização de algumas exigências das leis nacionais que os mercados consideravam burocráticas. Por outro lado, o RGPD introduz novas garantias para a proteção das pessoas físicas no tocante ao tratamento de seus dados pessoais que provém em grande medida da cultura jurídica anglo-saxã e do âmbito da autorregulação.

É estabelecido um novo princípio o da "responsabilidade pró-ativa" – artigo 5.2, e no artigo 24 trata da Responsabilidade do encarregado do tratamento de dados, para que seja capaz de demonstrar que o tratamento está em conformidade com o RGPD.

Deste modo, o Regulamento transforma as obrigações do responsável que estavam na Diretiva em um princípio de responsabilidade, introduzindo a *accontability*.

Como consequência da pro atividade, diferentemente da passividade do tempo da Diretiva, ao responsável é devido declarar e notificar os tratamentos de

[19] No caso da violação de dados ocorrida no Facebook, caso considerado que o RGPD já seria aplicável, a multa chegaria a seis bilhões de reais.
[20] REIGADA, Antonio Trancoso "in" Reglamento General de Protección de Datos: Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad, director PIÑAR MANÃS, José Luis, Madrid: Reus, 2016, p. 463.

dados, colocar legendas informativas, responder perante os cidadãos os direitos de acesso, retificação, cancelamento e oposição e implementar medidas de segurança descritas na norma. O RGPD determina que o responsável seja reflexivo e que avalie os riscos prováveis (alto, médio ou baixo) adotando as medidas a cada caso concreto, tentando prevenir riscos que podem acontecer e, avaliando as possibilidades de risco e analisando as medidas preventivas que podem ser adotadas, quando sejam necessárias. Para isso, o perfil do responsável pelo tratamento dos dados é no sentido de que tenha iniciativa e diligência para avaliar os possíveis riscos no tratamento que advenham e diligentemente adote medidas preventivas e as atualize, quando necessário. O Regulamento se afasta da antiga figura do Responsável definida na Diretiva 95/46 e na antiga LOPD (Lei Orgânica de Proteção de Dados Pessoais – Lei nº 15/1999, que sucedeu a Lei nº 5/1992), desenhando um modelo mais moderno do responsável mais atual, inspirado no modelo anglo-saxônico de responsável *accontability* e de *compliance*, que não se limita a cumprir a determinação legal, mas se adiante a prevenir possíveis descumprimentos.

Deste modo, o RGPD se atualiza para ir além da codificação estruturada a partir de preceitos para o descumprimento e pretende se atualizar na perspectiva de prospecção da legislação, estimulando as boas práticas e não apenas reprimindo.

2.2 Da legislação no Brasil

O Brasil tem a proteção constitucional à privacidade prevista no artigo 5º, X, CF e o Marco Civil (Lei nº 12.965/2014), que em seu artigo 3º, III, prevê a proteção dos dados pessoais, na forma da lei. Recentemente, foi aprovada a Lei nº 13.709, de

14/08/2018, que estatuiu alguma proteção de dados no país e entrará em vigor em 18 meses.

O Marco Civil prevê o consentimento na coleta dos dados (artigo 7º, IX) e o agir de maneira transparente (artigo 9º, II), tal qual acontece na normativa.

O Provedor somente é responsabilizado se não cumprir a ordem judicial de retirada dos dados (artigo 19) burocratizando a celeridade da via administrativa que acontecia, até então.

A agência de proteção de dados ou a Autoridade de Proteção de Dados Pessoais, foi vetada , o que representa um entrave concreto à efetiva proteção de dados, quando editada a Lei de Proteção de Dados em nosso país.

A proteção é individual dos dados, sem que haja uma preocupação legislativa com a segurança dos sistemas informatizados, tal qual já foi feito por decisão jurisprudencial na Alemanha[21].

Percebe-se, desde logo, que a legislação brasileira é tímida se comparada ao RGPD.

3 DA EVOLUÇÃO DO DIREITO DE ESTAR SÓ À TUTELA DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

No Brasil, os direitos à intimidade e à privacidade estão referidos no artigo 5º, X, da Constituição Federal - CF[22], reconhecendo a distinção proveniente da doutrina e

[21] MENKE, Fabiano. A proteção de dados e novo direito fundamental à garantia da confidencialidade e da integridade dos sistemas técnico-informacionais no direito alemão. In: MENDES, G.F.; SARLET, I.W.; COELHO, A.Z. P.. (Org.). Direito, Inovação e Tecnologia. 01 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v., p. 205-230.

[22] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em:

jurisprudência alemãs, da teoria das esferas ou dos círculos concêntricos[23]. As esferas da vida privada comportam o grau de interferência que o indivíduo suporta com relação a terceiros. Para tal, leva-se em consideração o grau de reserva do menor para o maior. Assim, no círculo exterior está a privacidade; no intermediário, a intimidade; e, no interior desta, o sigilo. Deste modo, a proteção legal torna-se mais intensa, à medida que se adentra no interior da última esfera.

O preceito constitucional, consagra a regra do fornecimento da informação pública, ressalvando o sigilo imprescindível à segurança da sociedade e do Estado – art. 5º, XXXIII, da CF[24]. Na regulamentação ao dispositivo da Constituição, a Lei de Acesso à Informação Pública, em seu art. 3º, I, estabelece que para assegurar o direito de acesso à informação pública, será observada a publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção. Tem-se, ainda, o Marco civil da Internet e a Lei de Proteção de Dados Brasileira.

A legislação de proteção de dados teve três fases de desenvolvimento: 1ª) 1970 – primeiras legislações *Land Hass*; 2ª) criação das Agências de Proteção de Dados – Lei Francesa, que foi a primeira experiência; 3ª) a livre circulação de dados e unificação do direito comunitário[25].

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. (Acesso em: 10 set. 2018).

[23] COSTA JR., Paulo José da. *O direito a estar só: tutela penal da intimidade*. São Paulo: RT, 1970, p. 31, citando HENKEL, Der Strafschutz des Privatlebens.

[24] BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. (Acesso em: 08 set. 2018).

[25] LIMBERGER, Têmis. *O Direito à Intimidade na Era da Informática: A necessidade de proteção dos dados pessoais*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

Frente ao fenômeno informático, desenvolveu-se a noção de autodeterminação informativa[26], que equivale à liberdade informática com um valor indiscutível na sociedade da informação[27]. Sua função consiste em garantir aos cidadãos direitos de informação, acesso e controle dos dados que lhes concernem. Essa faculdade não é intrassubjetiva, mas sim uma autodeterminação do sujeito no seio de suas relações com os demais cidadãos e o poder público. O livre desenvolvimento da personalidade estaria divido em duas liberdades. De um lado, a liberdade para decidir realizar ou não determinados atos e a faculdade para comportar-se ou atuar de acordo com essa decisão. De outro, a autodeterminação informativa referente à liberdade do indivíduo para determinar se deseja tornar públicas informações a seu respeito, bem como a quem cedê-las e em que ocasião. É paradigmática a sentença do Tribunal Constitucional Federal Alemão com relação à Lei do Censo[28], em 1983.

---

[26] PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Manual de informática y derecho*. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1996, p. 44.

[27] Sustentando a mesma posição da tese afirmativa de um direito, a partir do artigo 18.4 da CE: DAVARA RODRIGUEZ, Miguel Ángel. *Manual de Derecho Informático*. Madrid: Aranzadi, 1993, p. 65. MURILLO, Pablo Lucas. *El derecho a la autodeterminación informativa*. Madrid: Tecnos, 1990, p. 157-8 (Temas Clave de la Constitución Española) e Informática y protección de datos personales. Cuadernos e Debates, Madrid nº 43, 1993, p. 47-87. HIGUERAS, Manuel Heredero. *La nueva ley alemana de protección de datos*. Boletín de Información del Ministerio de la Justicia, ano XLVI, nº 1630, 1992, p. 1765. RUIZ MIGUEL, Carlos. *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*. Madrid: Tecnos, 1995, p. 94/7. BENDA, Ernesto. *Dignidad Humana y derechos de la personalidad*. In: Manual de Derecho Constitucional. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 132. Em sentido contrário, não reconhecendo o nascimento de um novo direito fundamental: DENNINGER, E.. *El derecho a la autodeterminación informativa*. In problemas actuales de la documentación y la informática jurídica, PÉREZ LUÑO, Antonio E. (Org.). Madrid: Tecnos, 1987, p. 271.

[28] Sentença de 15/12/1983, do Tribunal Constitucional Alemão, *Boletín de Jurisprudencial Constitucional*, nº 33, janeiro 1984, p. 137. A questão discutida, neste julgamento, que se tornou paradigmático, era com relação à Lei do Censo, que fazia demasiadas perguntas, o que poderia atentar diretamente contra os direitos fundamentais de liberdade de opinião,

Com a expansão das novas tecnologias em rede, em 2008, o Tribunal Constitucional Federal Alemão atualizou a autodeterminação informativa, a partir do novo direito fundamental à garantia de confidencialidade e integridade dos sistemas técnico-informacionais[29], acentuando a aludida migração das relações sociais e condução da vida do indivíduo para o ambiente técnico-informacional. A decisão ficou restrita à atuação do poder público, mas é amplamente reconhecido o impacto que pode causar no setor privado, igualmente.

A discussão teórica, a respeito de ser a autodeterminação informativa um novo direito ou faceta do direito à intimidade evoluiu para a positivação do reconhecimento da proteção dos dados pessoais, de forma autônoma. Isto significa, a proteção de todos os dados de caráter pessoal que digam respeito ao cidadão. Esses dados devem ser objeto de um tratamento legal, com finalidade específica e com consentimento da pessoa interessada.

A proteção dos dados pessoais é um direito autônomo com relação à intimidade ou privacidade, nos países europeus, veja-se o Tratado de Lisboa, artigo 16-B[30], que ratificou a Carta de Nice[31], contemplando o

---

inviolabilidade de domicílio e liberdade de expressão. O objetivo do Tribunal era aprofundar as bases constitucionais da proteção de dados relativas à pessoa. A norma básica em referência era o direito geral de respeito à personalidade garantido pelo art. 2.1 (Direito Geral de Personalidade), combinado com o art.1.1 (a dignidade da pessoa humana) da Lei Fundamental de Bonn.

[29]MENKE, Fabiano. A proteção de dados e novo direito fundamental à garantia da confidencialidade e da integridade dos sistemas técnico-informacionais no direito alemão. In: MENDES, G.F.; SARLET, I.W.; COELHO, A.Z. P.. (Org.). Direito, Inovação e Tecnologia. 01 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v., p. 205-230.

[30] UNIÃO EUROPEIA. *Jornal Oficial da União Europeia*. Tratado de Lisboa. C 306, 50º ano, 17 de dezembro de 2007. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:306:FULL:PT:PDF >. (Acesso em: 06 set. 2018).

[31] UNIÃO EUROPEIA. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, de 07 de dezembro de 2000. Carta de Nice. Disponível em:

direito fundamental à proteção dos dados pessoais (artigo 8º), em caráter autônomo à intimidade (artigo 7º). O diploma explicitador dos direitos fundamentais da União Europeia demonstra estar sintonizada com as questões oriundas do ciberespaço.

A proteção dos dados pessoais não é direito positivado em muitos países latino-americanos, porém deve-se conferir-lhe alguma tutela . Se não é possível como direito autônomo, pode-se proteger como consequência do direito à intimidade. A inexistência de autoridades administrativas para proteção dos dados, tal qual existe na Europa, leva à sobrecarga dos tribunais, propiciando uma judicialização excessiva[32].

4. EXPOSIÇÕES VIRTUAIS E CONSEQUÊNCIAS REAIS

Diante da exposição constante das pessoas nas redes sociais, o risco de vazamento de informações e imagens fica potencializado. Outrora os riscos existiam, mas eram diminuídos, se comparados aos dias de hoje.

Pérez Luño designa *metamorfose da intimidade*[33]. Uma metamorfose no direito à intimidade que se expressa duplamente: do original direito a estar só individualmente à perspectiva de estar no âmbito social e coletivo; e desde

<http://www.europarl.europa.eu/charter/default_pt.htm>. (Acesso em: 10 set. 2018).

[32] PERLINGEIRO, Ricardo. A codificação do direito à informação na América Latina. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional A&C*. Ano 14, n. 56 – abr./jun. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p.224.

[33] PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*. Madrid: Universitas, 2012, p. 115.

o direito à personalidade ao deslocamento que aponta para órbita patrimonial[34].

O primeiro significado da intimidade (direito a estar só) se situa na esfera de *foro interno*, de solidão, de ensimesmamento e autoconfinamento pessoal, consequentemente, este conceito corre o risco de ser inexplicável e carecer de qualquer relevância jurídica; ou se ao contrário, toma-se como ponto de referência suas implicações e projeções intersubjetivas no âmbito do "foro externo", corre-se o risco de deformar a intimidade, de coisificá-la, de diluí-la em um conjunto de tópicos sociais, e vendê-la em seu antônimo, isto é, na sua alteração; ou seja, em que deixe de ser ela mesma para ser traída, levada e tiranizada pelo outro[35].

Existe algum ponto de mediação nesta polaridade do dilema, aparentemente insolúvel?

Antonio Enrique Pérez Luño estima que sim. A concepção de intimidade como isolamento e ensimesmamento não é necessariamente incompatível com suas projeções sociais, caso se coloque como um primeiro momento de seu processo formativo. Esse *intus* ou fase solitária e interna da intimidade se encontraria conformada por ideias, que reclamariam sua posterior exteriorização em ações. O isolamento confinado em si mesmo somente seria capaz de fabricar mundos exteriores, fantasmagóricos condenados a degenerar em puro solipsismo. A dimensão

[34] A respeito da evolução do direito à intimidade, veja-se artigo produzido no Anuário nº 10 da Unisinos. LIMBERGER, Têmis. *Acesso à informação pública em rede: a construção da decisão adequada constitucionalmente*. In: Lenio Luiz Streck; Leonel Severo Rocha; Wilson Engelmann. (Org.). Constituição, sistemas sociais e hermenêutica. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. 1ed. Porto Alegre e São Leopoldo: Livraria do Advogado e Unisinos, 2013, p. 259/276.

[35] ORTEGA Y GASSET, J. *El hombre y la gente* , en Obras Completas, Alianza Editorial & Revista de Occidente, vol.7, Madrid, 1983, *apud* PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*. Madrid: Universitas, 2012, p. 116.

interna e ensimesmada da intimidade para realizar-se plenamente precisa extroverter-se; a convivência é indispensável na nossa vida, necessita apoiar-se em outras vidas[36].

Essa abertura da convivência se exercita por formas de comunicação e de linguagem que se integram e socializam no mais íntimo de nosso ser, assim o ser mais íntimo de cada homem já está informado, modelado por uma determinada sociedade. Isto porque, a própria noção de intimidade ou de privacidade é uma categoria cultural, social e histórica[37].

Assim, o núcleo significativo da intimidade se deslocou, inclusive se pode afirmar que foi ao seu oposto, desde o âmbito solitário do ensimesmamento à esfera dos usos sociais em que se manifesta e se exterioriza em termos de alteração. A decantação da cultura europeia da intimidade e privacidade, que pretende traduzir a noção anglo-saxão de privacidade, assim como a categoria dos denominados dados pessoais e perfis de personalidade, que se projetam sobre um conjunto mais amplo e global das relações intersubjetivas, refletem esta tendência paradoxal em direção a uma *socialização da intimidade*[38].

---

[36] GARCÍA MORENTE, *Ensayo sobre la vida privada* (1935); se cita por la nueva Ed. De la Facultad de Filosofía de la Universidad Complutense, Madrid, 1992, p. 36, "*apud*" PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*. Madrid: Universitas, 2012, p.116.

[37] ORTEGA Y GASSET, J. *El hombre y la gente* , en Obras Completas, Alianza Editorial & Revista de Occidente, vol.7, Madrid, 1983, *apud* PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*. Madrid: Universitas, 2012, p. 116.

[38] CABEZUELO ARENAS, A.L. *Derecho a la intimidad*, con Prólogo de L. H. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Tirant to Blanch, Valencia, 1998; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., Reflexiones sobre los derechos de la personalidad a la luz de la LO1/82 de 5 de mayo de 1982, em *Anuario de Derecho Civil*, octubre-deciembre, 1983, pp. 1243/1268; M. GALÁN JUAREZ, *Intimidad, Nuevas dimensiones de un nuevo derecho*, Editorial Universitaria Ramón Areces & Servicio de Publicaciones de la Universidad Rey Juan Carlos I, Madrid, 2005, p. 79 ss.; PÉREZ LUÑO, A. E., Intimidad y protección de datos personales: del habeas corpus al habeas data, en *Estudios sobre el derecho a la intimidad*,

Outro aspecto que merece referência é o fato de que houve um deslocamento do âmbito do direito de personalidade ao âmbito patrimonial, considerando que muitas pessoas recebem quantias patrimoniais expressivas para exporem sua intimidade, negociando esta exposição, principalmente em programas televisivos[39].

A intimidade, que foi concebida inicialmente, como integrante dos direitos de personalidade e um dos mais destacados exemplos; atualmente, com os novos perfis coletivos e sociais, que conformam o exercício do direito à intimidade, encontra-se condicionada aos acontecimentos sociais. Com isso, a intimidade corre o risco de ser submetida aos modismos e, inclusive, às exigências de mercado.

Por isso, na sociedade da informação e de consumo, a intimidade se converteu, em muitas ocasiões, em uma mercadoria cujo valor se calcula em termos da lei da oferta e da procura. Nestas ocasiões, a intimidade de cada um vale o que os demais, em especial os meios de comunicação estão dispostos a pagar para publicizá-la[40].

Deste modo, o direito à intimidade somente se mantém como direito da personalidade dotado dos atributos de inviolabilidade, irrenunciabilidade e inalienabilidade para os menores, enquanto que para os maiores pode ser objeto de transações consentidas, de renúncias e cessões, em troca das correspondentes prestações econômicas. Constata-se, então, que para os

---

ed. A cargo de L. GARCÍA SAN MIGUEL, 1982, cit., Tecnos, Madrid, 1992, p. 36 ss.; id., *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, en colab. Con M.G. LOSANGO y M.F. GUERRERO MATEUS, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

[39] Programa televisivo exibido por emissora nacional denominado *Big Brother Brasil*.

[40] PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*. Madrid: Universitas, 2012, p. 120.

adultos perdeu sua dimensão de direito da personalidade para integrar-se no sistema de direitos patrimoniais[41].

Assim, a metamorfose do direito à privacidade, segundo Pérez Luño, trouxe mudanças importantes. Deslocou-se do âmbito interno - direito a estar só a uma perspectiva social e coletiva e da condição de integrante de direito da personalidade passou a direito patrimonial, porque integra a ótica negocial para muitas pessoas, na condição desfrutada pela maioridade, subsistindo apenas para os menores.

A *reinvenção da privacidade* é como o Rodotà[42] denomina o fenômeno atual, enquanto a construção da identidade, efetua-se em condições de dependência crescente do exterior. Nesta perspectiva, assume um novo significado a liberdade de expressão como elemento essencial da pessoa e de sua situação na sociedade. Isto modifica a relação entre esfera pública e privada e a própria noção de privacidade. Reforça-se a noção de cidadania com outros poderes que caracterizam a cidadania do novo milênio, a partir da constitucionalização da pessoa humana.

Quando se consideram as questões suscitadas pela inovação tecnológica, ocorre o denominado *tsunami digital*[43]. Como consequência desta transformação, o critério de segurança pública se converte em exclusivo critério de referência.

Isto significa que as pessoas estão cada vez mais transparentes e os organismos públicos mais afastados do

[41] PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*. Madrid: Universitas, 2012, p. 121.
[42] RODOTÀ, Stefano. *El derecho a tener derechos*. Madrid: Trotta, 2014, p. 293.
[43] The Future Group: Freedom, Security, Privacy: European Home Affaires in na Open World, junho de 2008, In RODOTÀ, Stefano. *El derecho a tener derechos*. Madrid: Trotta, 2014, p.298.

controle jurídico e político, ocasionando uma nova distribuição de poderes políticos e sociais.

O denominado *tsunami digital* pode ser considerado desde outros pontos de vista, começando pela identidade. Nesta perspectiva, o direito de acesso aos dados representa um aliado forte, em termos de proteção jurídica, que permite manter o controle sobre as próprias informações, seja qual for o sujeito que as gestiona, o local em que se encontrem e as modalidades de sua utilização. Direito fundamental à construção da identidade, já que confere poder para cancelamento nos seguintes casos: dados falsos, ilegitimamente recolhidos, conservados muito além do tempo previsto, os inexatos ou para completação.

O conhece-te a ti mesmo, já não é uma operação voltada ao interior, mas devido a esta nova perspectiva, vai-se ao exterior e à suposta necessidade de conhecer quem somos na dimensão eletrônica, aonde se desenvolvem questões importantes nas nossas vidas. Considerando hoje a dinâmica que caracteriza a recolhida dos dados e os sujeitos que a utilizam, cada vez é menos verossímil uma identidade como *sou o que digo que sou*, pois que haveria que substituí-la por *tu és o que Google diz que és*[44].

A construção da identidade fica entregue por completo aos algoritmos. A construção da identidade é interior e exterior. O sistema deve então: a) fazer explícito o fluxo de dados para permitir o controle da pessoa interessada, b) respeitar o princípio da minimização dos dados, tratando somente aqueles necessários em um contexto determinado, c) impor limites às conexões entre bancos de dados.

[44] RODOTÀ, Stefano. *El derecho a tener derechos*. Madrid: Trotta, 2014, p. 300.

A nova abstração produz um esvaziamento do humano, de modo que é problemático afirmar que nos encontramos frente a uma nova antropologia.

Manuel Castells[45] - um dos maiores sociólogos da atualidade no estudo das redes sociais e internet - adverte para o perigo da exposição exacerbada nas redes, os programas de vigilância governamentais. Chega a afirmar de forma contundente que a privacidade na rede mundial de computadores acabou, no denominado mundo virtual.

Apesar do gasto de bilhões de dólares em segurança eletrônica, tornou-se evidente, que numa rede, a segurança só é tão boa, quando a segurança do elo mais fraco está protegida. Penetrando-se na rede, em qualquer ponto, pode-se percorrer seus nós com relativa facilidade.

Isto envolve a (in)capacidade que tem um Estado de agir sobre um comportamento, que tem lugar em outra jurisdição – isso será limitado pelas velhas formas de poder baseadas na territorialidade.

Castells adverte a respeito do *Panóptico Eletrônico*[46]. Há uma ameaça fundamental à liberdade sob o novo ambiente de policiamento global: a estruturação do comportamento cotidiano pelas normas dominantes da sociedade. A liberdade de expressão era a essência do direito à comunicação irrestrita na época em que a maior parte das atividades diárias não era relacionada à esfera pública. Mas em nosso tempo, uma proporção significativa da vida cotidiana, inclusive o trabalho, o lazer, a interação pessoal, tem lugar na Internet. A maior parte da atividade econômica, social e política é de fato um híbrido de interação *on-line* e física. Em muitos casos, estão imbricadas.

---

[45] CASTELLS, Manuel. *A Galáxia da Internet: reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade*. Rio de janeiro: Zahar, 2003, p. 145 e 152.
[46] CASTELLS, Manuel. *A Galáxia da Internet: reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade*. Rio de janeiro: Zahar, 2003, p.148.

Assim, viver num panóptico eletrônico equivale a ter metade de nossas vidas permanentemente expostas a monitoramento.

A segunda perda é a liberdade; isto é, o direito de se fazer o que se quer. Por que isso? Por que a ameaça à privacidade traduz-se na redução potencial de liberdade?

Destarte, é impossível conceber direitos e garantias tendo como referência espaços do passado, especialmente nas dinâmicas sociais, no que diz respeito ao direito à privacidade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da tríade de autores estudados, tem-se sucintamente que, Pérez Luño propugna a Metamorfose da Privacidade, Rodotà a Reinvenção da Privacidade e Manuel Castells atualiza o simbolismo do Panótico, e diz que se vive sob a vigilância de um Panótico eletrônico, afirmando que a privacidade deixará de existir nas relações virtuais.

O RGPD na Europa é fruto de uma legislação evoluída nas últimas cinco décadas. Contemplando mecanismos de transparência, no consentimento informado para coleta de dados, agência de proteção de dados, responsabilidade do encarregado da proteção de dados, de maneira pró-ativa, agindo preventivamente e pró-ativamente, diante da possibilidade de violação de dados. Como consequência dos recentes escândalos de apropriação indevida dos dados dos usuários do *Facebook*, foi disponibilizada uma ferramenta para que seja possível a visualização de dados que estão armazenados em poder da rede social virtual, sendo que o arquivo contém dados que anteriormente haviam sido apagados pelo usuário. E, ainda, a *Google* criou ferramenta com melhorias de

controle de privacidade e de política de privacidade para o usuário.

A proteção legal conferida pelo Marco Civil Brasileiro é um projeto inacabado, pois foi vetada a Agência de Proteção de Dados, na criação do recente diploma legislativo de Proteção de Dados. Trata-se de um prejuízo efetivo não somente para os cidadãos, mas, também, relativo às relações comerciais que as empresas pretendam empreender com empresas internacionais europeias.

REFERÊNCIAS

BENDA, Ernesto. *Dignidad Humana y derechos de la personalidad*. In: Manual de Derecho Constitucional. Madrid: Marcial Pons, 1996.

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. (Acesso em: 08 set. 2018).

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. (Acesso em: 10 set. 2018).

BRASIL. Notícias R7. Disponível em: <https://noticias.r7.com/tecnologia-e-ciencia/facebook-notificara-usuarios-que-tiveram-dados-violados-05042018>. Acesso em 1º/10/2018.

BRASIL. Revista ISTOÉ, 18/04/2018, *Zuckerberg contra a parede*, Tecnologia, p. 66.

CABEZUELO ARENAS, A.L. *Derecho a la intimidad*, con Prólogo de L. H. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Tirant to Blanch, Valencia, 1998.

CASTELLS, Manuel. *A Galáxia da Internet: reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade*. Rio de janeiro: Zahar, 2003.

CASTELLS, Manuel. Ruptura: a crise da democracia liberal. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., Reflexiones sobre los derechos de la personalidad a la luz de la LO1/82 de 5 de mayo de 1982, em *Anuario de Derecho Civil*, octubre-deciembre, 1983, pp. 1243/1268;

COSTA JR., Paulo José da. *O direito a estar só: tutela penal da intimidade*. São Paulo: RT, 1970, p. 31, citando HENKEL, Der Strafschutz des Privatlebens.

DAVARA RODRIGUEZ, Miguel Ángel. *Manual de Derecho Informático*. Madrid: Aranzadi, 1993.

DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

DENNINGER, E. *El derecho a la autodeterminación informativa*. In problemas actuales de la documentación y la informática jurídica, PÉREZ LUÑO, Antonio E. (Org.). Madrid: Tecnos, 1987.

GARCÍA MORENTE, *Ensayo sobre la vida privada* (1935); se cita por la nueva Ed. De la Facultad de Filosofía de la Universidad Complutense, Madrid, 1992, p. 36, "*apud*" PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*. Madrid: Universitas, 2012.

HIGUERAS, Manuel Heredero. *La nueva ley alemana de protección de datos*. Boletín de Información del Ministerio de la Justicia, ano XLVI, nº 1630, 1992.

LIMBERGER, Têmis. *Acesso à informação pública em rede: a construção da decisão adequada constitucionalmente*. In: Lenio Luiz Streck; Leonel Severo Rocha; Wilson Engelmann. (Org.). Constituição, sistemas sociais e hermenêutica. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. 1ed. Porto Alegre e São Leopoldo: Livraria do Advogado e Unisinos, 2013, p. 259/276.

LIMBERGER, Têmis. *O Direito à Intimidade na Era da Informática: A necessidade de proteção dos dados pessoais*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

M. GALÁN JUAREZ, *Intimidad, Nuevas dimensiones de un nuevo derecho,* Editorial Universitaria Ramón Areces & Servicio de Publicaciones de la Universidad Rey Juan Carlos I, Madrid, 2005.

MENKE, Fabiano. A proteção de dados e novo direito fundamental à garantia da confidencialidade e da integridade dos sistemas técnico-informacionais no direito alemão. In: MENDES, G.F.; SARLET, I.W.; COELHO, A.Z. P.. (Org.). Direito, Inovação e Tecnologia. 01 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v., p. 205-230.

MURILLO, Pablo Lucas. *El derecho a la autodeterminación informativa*. Madrid: Tecnos, 1990 (Temas Clave de la Constitución Española) e Informática y protección de datos personales. Cuadernos e Debates, Madrid nº 43, 1993, p. 47-87.

ORTEGA Y GASSET, J. *El hombre y la gente* , en Obras Completas, Alianza Editorial & Revista de Occidente, vol.7, Madrid, 1983, *apud* PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*. Madrid: Universitas, 2012.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*. Madrid: Universitas, 2012.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Manual de informática y derecho*. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1996.

PÉREZ LUÑO, A. E., Intimidad y protección de datos personales: del habeas corpus al habeas data, en *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, ed. A cargo de L. GARCÍA SAN MIGUEL, 1982, cit., Tecnos, Madrid, 1992, p. 36 ss.; id., *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, en colab. Con M.G. LOSANGO y M.F. GUERRERO MATEUS, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

PERLINGEIRO, Ricardo. A codificação do direito à informação na América Latina. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional A&C*. Ano 14, n. 56 – abr./jun. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

REIGADA, Antonio Trancoso "in" Reglamento General de Protección de Datos: Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad, director PIÑAR MANÃS, José Luis, Madrid: Reus, 2016.

RODOTÀ, Stefano. *El derecho a tener derechos*. Madrid: Trotta, 2014.

RUIZ MIGUEL, Carlos. *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*. Madrid: Tecnos, 1995.

SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro A. *Hacia un nuevo marco europeo de protección de datos personales: empoderamiento de los ciudadanos en la sociedad tecnológica*. In: Yarina Amoroso Fernández. (Org.). Sociocibernética e Infoética: contribuición a una nueva cultura y praxis jurídica. 1ed.Habana - Cuba: Editorial UNIJURIS, 2015, v. 1.

UNIÃO EUROPEIA. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, de 07 de dezembro de 2000. Carta de Nice. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/default_pt.htm>. (Acesso em: 10 set. 2018).

UNIÃO EUROPEIA. *Jornal Oficial da União Europeia*. Tratado de Lisboa. C 306, 50º ano, 17 de dezembro de 2007. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:306:FULL:PT:PDF>. (Acesso em: 06 set. 2018).

UNIÃO ESTÁVEL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO: O DIREITO COMPARADO E A DELIBERAÇÃO PELO STF.

STABLE UNION BETWEEN PEOPLE OF THE SAME SEX: THE COMPARED RIGHT AND THE DELIBERATION BY STF.

Flávio Marcos de Oliveira Vaz
Bárbara Fabiane Alves e Silva Resende

Resumo

A ADI 4277 tem como centro deliberativo o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, pautada pelos princípios constitucionais, de forma a assegurar aos casais homoafetivos os mesmos direitos e garantias que são asseguradas aos casais heteroafetivos. Analisa-se o disposto no artigo 1723 do Código Civil em consonância com o artigo 226, da Constituição Federal, passando pelos princípios da dignidade da pessoa humana, da vedação à discriminação odiosa, e da igualdade da liberdade, e da proteção à segurança jurídica. Contudo, o modo de deliberação pela Suprema Corte, quando do julgamento da ADI, é objeto de contrariedade de alguns institutos jurídicos, como o Direito Comparado.

Primeiramente ressalta-se o modo de interpretação das normas constitucionais pela Suprema Corte, que geralmente foge do debate constitucional, sendo uma mera reprodução de votos iguais aos do relator, sendo que que cada ministro se fecha no conteúdo de seu voto (que, vale ressaltar, chega pronto ao tribunal), minimizando a possibilidade de um debate amplo, que deveria ocorrer no momento da análise dos argumentos no próprio tribunal. Ressalta-se também o fato de não se discutir todos os argumentos apresentados pelas partes requerentes, fugindo assim a Suprema Corte do seu dever de analisar todos os argumentos e consequentemente promover o debate sobre todos eles.

Palavras-Chave: Ação. Deliberação. Princípios Constitucionais. Decisão. Julgamento. Direito Comparado.

Abstract

ADI 4277 has as its deliberative center the recognition of the union between people of the same sex. Guided by constitutional principles in order to ensure homosexual couples the same rights and guarantees that

are guaranteed to heterosexual couples. Article 1723 of the Civil Code is analyzed in accordance with Article 226 of the Federal Constitution, including the principles of human dignity, the prohibition of hateful discrimination, equality of freedom and protection of legal certainty. . However, the manner of deliberation by the Supreme Court in the ADI judgment is the object of some legal institutes, such as Comparative Law, to be opposed. First of all, the Supreme Court's way of interpreting constitutional norms, which usually escapes the constitutional debate, is a mere reproduction of votes as the rapporteur, and that each minister is closed in the content of his vote (which is worth mentioning, arrives in court), minimizing the possibility of a broad debate, which should occur at the time of the analysis of the arguments in the court itself. It is also noteworthy that all the arguments put forward by the requesting parties are not discussed, thus evading the Supreme Court from its duty to examine all the arguments and consequently to promote the debate on all of them.

Key-Word: Action. Constitutional principles. Decision. Judgment. Comparative law.

INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda uma análise crítica ao modo de deliberação, pela Suprema Corte, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 como Ação Direta de Inconstitucionalidade, o que, por votação unânime julgou ambos os institutos constitucionais em conjunto com a ADI 4277, que ocorreu no ano de 2014. O Tribunal julgou procedente, por votação unânime, reconhecer as mesmas regras e consequências jurídicas das uniões heteroafetivas às uniões homoafetivas.

Inicia-se com a exposição das partes integrantes da presente ação, apresentando-se os fundamentos e motivos principais da propositura da ação, de forma a assegurar a garantia dos princípios constitucionais. Trata ainda de uma análise da interpretação constitucional dos institutos pelos ministros e a aplicabilidade do direito comparado ao caso concreto.

Em razão do contexto social contemporâneo, ignorar as uniões homoafetivas seria um contrassenso ao que expõe a carta constitucional, ao garantir igualdade a todos os cidadãos. Além de assegurar igualdade, a carta ainda dispõe sobre garantias legais como a não discriminação, a liberdade, a segurança jurídica entre outros institutos. Verifica-se então a necessidade de

interpretação da norma constitucional de forma a assegurar direitos e garantias de determinados grupos ou minorias. No presente caso, especificamente da minoria homoafetiva, em que foi necessária a distribuição de ação direta de inconstitucionalidade para assegurar o reconhecimento da união e, consequentemente, a segurança jurídica advinda de tal ato.

Indo além, observa-se um vício dentro da Suprema Corte, quando da deliberação da decisão, que é o debate promovido em razão dos argumentos apresentados pela parte autora. Uma vez que os ministros levam prontos seus votos, tal *modus operandi* acaba por prejudicar a análise de todos os argumentos iniciais e o debate promovido com base nas alegações autorais. Isto evidencia uma cultura de reprodução de votos e de decisões estrangeiras nos casos que chegam até o Superior Tribunal, sem qualquer verificação de aplicabilidade de tais institutos dentro do ordenamento jurídico pátrio. Os ministros meramente reproduzem jurisprudências ou doutrinas estrangeiras sem assegurar a sua efetividade dentro do caso concreto em conformidade com a legislação nacional.

Assim, tem-se a necessidade de se discutir a efetividade das decisões do Supremo Tribunal, tendo em vista os efeitos das decisões proferidas pelo aludido órgão

e que geram impactos sociais de efeito benéfico ou não. Sem a análise aprofundada de tudo o que se discute na inicial, poderá o tribunal incorrer em erro e, em vez de solucionar demanda, trazer ainda mais prejuízo conforme situação *in* concreto.

1. Das partes integrantes do processo, da conclusão e dos pedidos

A ADI 4277 teve como objeto central o requerimento para reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, seguindo os mesmos requisitos previstos na Constituição para a família constituída entre um homem e uma mulher, no que inclui as consequências jurídicas. A ADI 4277 foi distribuída pela Procuradoria Geral da República, tendo diversas classes atuando como *amicus curiae*, além dos respectivos advogados, conforme relação a seguir exposta. Constituem as partes do processo:

> REQUERENTES: PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA.
> INTDO. (A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA/ ADVOGADOS: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO.
> INTDO. (A/S): CONGRESSO NACIONAL.

(...)
Atuando como *AMICUS CURIAES*:
a-) CONECTAS DIREITOS HUMANOS
b-) ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS – ABGLT / ADV.(A/S) MARCELA CRISTINA FOGAÇA VIEIRA (252930/SP)
c-) ASSOCIAÇÃO DE INCENTIVO À EDUCAÇÃO E SAÚDE DE SÃO PAULO / ADV.(A/S) FERNANDO QUARESMA DE AZEVEDO (110503/SP)
d-) INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA – IBDFAM/ ADV.(A/S) RODRIGO DA CUNHA PEREIRA (30143/DF, 0037728/MG, 37728/MG, 307490/SP)
e-) ASSOCIAÇÃO EDUARDO BANKS / ADV.(A/S) REINALDO JOSÉ GALLO JÚNIOR (115910/RJ)
h-) CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL – CNBB / ADV.(A/S)JOÃO PAULO AMARAL RODRIGUES (24867/DF). (STF, 2018).

Tangendo a conclusão dos fatos, a procuradoria sintetizou diversos pontos importantes no que diz respeito a união homoafetiva e os princípios constitucionais. Destacam-se pontos relevantes para o debate proposto pelo presente artigo. Nota-se:

> a) O não reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar pela ordem infraconstitucional brasileira priva os parceiros destas entidades de uma série de direitos patrimoniais e extrapatrimoniais, e revela também a falta de reconhecimento estatal do igual valor e respeito devidos à identidade da pessoa homossexual.
>
> b) este não-reconhecimento importa em lesão a preceitos fundamentais da Constituição, notadamente aos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), da vedação à discriminação odiosa (artigo 3º, inciso IV), e da igualdade (art. 5º, caput) da liberdade (artigo. 5, caput), e da proteção à segurança jurídica.
>
> (...)
>
> d) a redação do art. 226, § 3º, da Constituição, não é óbice intransponível para o reconhecimento destas entidades familiares, já que ela não contém qualquer vedação a isto;
>
> e) a interpretação deste artigo deve ser realizada à luz dos princípios fundamentais da República, o que exclui qualquer exegese que aprofunde o preconceito e a exclusão social do homossexual; (STF, 2018).

Ao final, após a conclusão do objeto de discussão proposto na ação, além da medida liminar para reconhecer a união homoafetiva até o julgamento

definitivo da ação, nos pedidos a Procuradoria requereu o seguinte:

> A declaração de obrigatoriedade do reconhecimento, como entidade familiar, da união entre pessoas do mesmo sexo, desde que atendidos os mesmos requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher, bem como requerer a declaração que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo. (STF, 2018).

O embasamento constitucional da presente ação direta de inconstitucionalidade gira em torno da interpretação do artigo 1.723 do Código Civil, em consonância com diversos dispositivos constitucionais, principalmente com o *caput* do artigo 5º, da Constituição Federal. Debruça-se sobre princípios que asseguram a garantia dos princípios constitucionais, entre eles a dignidade da pessoa humana, liberdade de religião, laicidade, igualdade, vedação de discriminações odiosas e proteção à segurança jurídica. Os ministros do Supremo, em votação unânime, julgaram procedente a ação, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, garantindo à união homoafetiva as mesmas regras da união heteroafetiva.

Face às configurações sociais da atualidade, não se pode defender um conceito petrificado de família, em que a mesma é composta somente por um homem e uma mulher com o intuito de procriação. Com a constante mudança social, o Direito não mais podia ignorar as novas famílias, devendo respaldar as novas relações originárias sem interpretar a norma constitucional de forma restritiva.

A Constituição Federal é, conforme já exposto no seu artigo 1º, um Estado Democrático de Direito, pautado pela soberania, cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político (CF, 1988). Insta salientar ainda, que no artigo 226, a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado (CF, 1988).

Tendo em vista o caráter democrático da Constituição, não se pode privilegiar somente um grupo alcunhado "heteronormativo", uma vez que a Constituição assegura os direitos de todos os cidadãos. Salienta-se que é objetivo fundamental da República do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, conforme preceituado no artigo 3º, e incisos da Carta Magna. (CF, 1988).

Apesar de constar na Constituição, § 3º, do artigo 226, que é reconhecida a união estável entre o

homem e a mulher como entidade familiar, não se pode excluir outros casais que não os formados por homem e a mulher do conceito de *entidade familiar*, uma vez que isto caracterizaria a não-observância dos princípios constitucionais. Souza Neto, apresentando a teoria proposta por Schmitt, do caráter democrático constitucional, expõe que:

> O Conceito de Constituição de Carl Schmitt não se apoia em critérios de justiça ou racionalidade do conteúdo normativo adotado, como sustenta a teoria ideal. Para Shcmitt, o poder constituinte pode estabelecer qualquer conteúdo constitucional, inclusive um completamente divergente dos princípios do Estado Liberal. Nisso repousa o aspecto central da sua concepção "decisionista", que considerava a Constituição não como a positivação de um sistema racional de princípios, mas como um ato de "vontade" do poder constituinte. Sob um prisma normativo, a decisão "nasce do nada"; é uma *creatio ex nihilo*. Para Schmitt, tal como, antes dele, sustentara Thomas Hobbes, *auctoritas non veritas facit legem*". O Poder constituinte é poder político "existencial", e soberano é quem, de fato, toma a decisão constituinte. A Constituição, nessa perspectiva, resulta de um ato de vontade, não sendo decorrência da razão nem de nenhuma fonte de legitimação acima da realidade da vida política. (SOUZA NETO, 2016, p. 189).

Verifica-se que, de acordo com os autores, com a tomada de decisão pelo Constituinte em razão do seu caráter soberano, este tem o poder de dar efetividade à norma constitucional, de modo a garantir uma interpretação extensiva de seus dispositivos como no presente caso, assegurando o reconhecimento da união, que não esteja diretamente prevista no texto constitucional.

Em razão da omissão legislativa quanto ao tema, coube ao Poder Judiciário tratar sobre a questão. Nota-se que não há meios de discutir a temática proposta pela ADI 4277 sem adentrar na discussão de direitos fundamentais, uma vez que o reconhecimento da união homoafetiva é, conforme ventilado na peça inicial, um direito social. Sarlet, quando dos direitos fundamentais e o seu reconhecimento, expõe o seguinte:

> O Pluralismo da Constituição advém basicamente do seu caráter marcadamente compromissário, já que o Constituinte, na redação final dada ao texto, optou por acolher e conciliar posições e reinvindicações nem sempre afinadas entre si, resultantes das fortes pressões políticas exercidas pelas diversas tendências envolvidas no processo Constituinte. Também a marca do pluralismo se aplica ao título dos direitos fundamentais, do que dá

> conta a reunião de dispositivos reconhecendo uma grande gama de direitos sociais, ao lado dos clássicos, e de diversos novos direitos de liberdade, direitos políticos, etc. Saliente-se, ainda no que diz com este aspecto, a circunstância de que o Constituinte – a exemplo do que ocorreu com a Constituição Portuguesa – não aderiu nem se restringiu a apenas uma teoria sobre os direitos fundamentais, o que teve profundos reflexos na formatação do catálogo constitucional destes. (SARLET, 2011, p. 65).

A Constituição em vigência foi promulgada em 1988, sendo objeto de algumas emendas ao longo do tempo. Isto chancela que o Direito não pode ignorar as ocorrências que estão a surgir com o desenvolvimento social. Apesar da Carta Magna de 1988 não tratar especificamente da união entre pessoas do mesmo sexo, é inerente ao Judiciário interpretar as normas de forma a não excluir qualquer casal que se encontra na situação objeto da ADI 4277.

2. Da interpretação pela Corte Suprema e voto pronto para o debate

Não se pode olvidar que o papel da Corte Superior é interpretar as normas jurídicas de forma a

assegurar sua efetividade e o cumprimento dos princípios constitucionais. Quando da tratativa de alguma temática que envolva questões sociais, como por exemplo a união homoafetiva, a suprema corte deve promover o debate sobre a questão, não apenas reprodução de votos e dispositivos legais, como costumeiramente observado.

Compete ao Supremo interpretar as normas de forma a resguardar o direito de todo cidadão, sem qualquer forma de exclusão, mesmo que haja uma omissão legislativa. Não compete aos outros poderes a interpretação das normas jurídicas. Souza Neto é enfático ao indicar que:

> A literatura jurídica mais tradicional concebe interpretação constitucional como tarefa eminentemente judicial, com destaque para o papel das cortes constitucionais e das supremas cortes. (SOUZA NETO, 2016, p. 403).

A intepretação constitucional ocorre quando não há diretamente um dispositivo que verse sobre alguma temática. Exemplificando, a Constituição prevê a união entre homem e a mulher, mas não tratou da união entre pessoas do mesmo sexo, ou pelo menos não expôs essa questão de maneira clara. Lado outro, não expor

especificamente que a união civil, atendidos os requisitos legais como o intuito de constituição de família, pode ser considerada para o homem que queira se unir a outro homem ou mulher que deseja se unir a outra mulher, que tal união não será protegida pela norma constitucional.

Sobre o conflito de exposição de institutos dentro do dispositivo legal, Travessonni, citando Ferra, expõe que:

> Como ensina Ferrara, há três formas de classificação da interpretação das normas jurídicas quanto ao resultado: extensiva, declarativa e restritiva (Ferrara, 2002, p. 40-44). A interpretação extensiva ocorre quando se chega à conclusão de que "a lei disse menos do que queria dizer"; a interpretação declarativa ocorre quando se chega à conclusão de que "a lei disse exatamente o que queria dizer", e a interpretação restritiva ocorre quando se chega à conclusão de que "a lei mais do que queria dizer". " (TRAVESONNI, 2013, p. 215).

Nota-se que o dispositivo legal pode não expor de maneira simples a ideia do legislador quando da tratativa do tema objeto de discussão. Todavia, enseja-se a interpretação para se ter uma efetividade da norma, mesmo

que isso implique em abranger aquilo que está codificado no artigo.

Não se pode negar o direito de um casal homoafetivo em ter sua união reconhecida legalmente, sob o argumento de que por não haver artigo que trate especificamente da matéria, o ordenamento jurídico proíbe tal união. Sobre o argumento de omissão legislativa como centro gravitador do debate, Travessonni pontua que:

> O argumento de omissão legislativa não possui validade alguma isoladamente, mas ao lado de outros argumentos que justifiquem a existência de um direito subjetivo ao reconhecimento pode ter certo peso. (TRAVESONNI, 2013, p. 215).

Ligado diretamente à questão da interpretação constitucional, verifica-se um problema quando do julgamento da Corte Superior. Cada ministro deve interpretar a norma no proferimento de seu voto, de acordo com o caso em julgamento. Neste ponto, um vício que permeia o Supremo Tribunal Federal. Geralmente os demais votos da casa seguem o voto do relator. Insta salientar o fato de todos os ministros levarem prontos os seus votos para o julgamento. O que se tem é uma Suprema Corte decidindo sobre os casos sem às vezes

analisar quais foram os argumentos apresentados pela parte Requerente, agindo por mera deliberalidade.

Logo, o Tribunal deveria decidir sobre todos os argumentos apresentados, não deixando qualquer lacuna ou margem para interpretação divergente, justamente pelo fato de estarem decidindo sobre matérias conflitivas em algum estamento da sociedade, na maioria das vezes. Silva esclarece pontos peculiares, como:

> (1) Nos casos que atraem mais atenção do público, todos os ministros tendem a levar seus votos já prontos para a sessão de julgamento. (2) O fato de os demais ministros não receberem o voto do relator com antecedência, ou seja, o fato de os demais ministros irem para a sessão de julgamento sem saber quais são a decisão e os argumentos do relator. Além disso, não parece haver consenso se o relator deveria expor opiniões contrárias às suas no seu voto ou se deve apenas defender a sua posição, ignorando os argumentos que não ajudem a sustentar sua tese. (SILVA, p. 190, 2015).

Outra questão que decorre do fato dos ministros levarem os votos prontos para julgamento é justamente a interferência no debate sobre o julgamento

em pauta, uma vez que o Supremo foge do dever de debater e deliberar, sendo que a partir do momento em que cada ministro apresenta seu voto, ele limita-se a discutir somente sobre a fundamentação contida no seu relato, prejudicando assim os debates fundamentais. Silva expõe também que "essa prática tem o potencial de relativizar o papel do relator como o ministro que pauta o debate, já que o debate é pautado pelos votos já escritos". (SILVA, p. 191, 2015).

Nesse diapasão, verifica-se que institutos importantes no modo de deliberação pela suprema Corte estão sendo aplicados de forma deficiente nos julgamentos, uma vez que compete à mesma interpretar a norma constitucional e consequentemente promover o debate em sessão de julgamento, o que acaba acontecendo, mas geralmente pautando-se por subjetivismo e individualismos, portando decisões prontas em forma de voto na Suprema Corte.

3. Da deliberação pelo STF e o Direito Comparado

No caso da ADI 4277, verifica-se o conflito na votação acerca da fundamentação da decisão e seus efeitos jurídicos, principalmente quando os juristas traçam um

comparativo entre o disposto no Código Civil (artigo 1.723) e a Constituição Federal (artigo 226, § 3º). Os ministros, ao compararem os dispositivos, analisaram os requisitos específicos de cada artigo, bem como utilizam demasiadamente fontes estrangeiras para sustentar o argumento de reconhecimento da união homoafetiva no ordenamento jurídico brasileiro.

Sobre o conflito de normas, Travessonni expõe requisitos necessários em se tratando do comparativo de dispositivos, especificamente no caso da ADI 4277:

> Naturalmente a norma do Código Civil é mais específica que a norma constitucional, estabelecendo requisitos ausentes nesta: o caráter contínuo e duradouro da convivência e o objetivo de constituir família. Esses requisitos são importantes para configurar a união estável, mas, no que diz respeito ao reconhecimento de sua validade para casais formados por pessoa do mesmo sexo, o que importa é a parte comum aos dois artigos. Na discussão sobre a matéria, e, sobretudo, para fundamentar a decisão, foram usados pelos ministros do STF, diversos argumentos favoráveis à união homoafetiva. (TRAVESSONNI, 2013).

Os ministros utilizaram argumentos favoráveis ao teor da decisão para fundamentar os votos e muitos utilizaram decisões estrangeiras para dar embasamento às suas decisões. Contudo, o Direito Comparado é utilizado de forma deturpada, uma vez que na sua raiz, trata de uma análise crítica do instituto para então verificar sua possibilidade de aplicação no ordenamento jurídico nacional. A técnica de interpretação é fundamental para que se tenha um provimento final coerente com os fatos apresentados no pedido inicial, de forma a afastar toda e qualquer obscuridade. O que se vê no presente cenário jurídico atual é o jurista atuando como legislador, principalmente ao evocar direito estrangeiro para fundamentar suas decisões.

Não basta simplesmente trazer à baila jurisprudências estrangeiras sem verificar as consequências jurídicas que a mesma pode acarretar no judiciário brasileiro. A técnica é algo fundamental no modo de elaboração do voto de qualquer ministro. Sobre a técnica jurídica, Gonçalves esclarece que:

> A técnica jurídica, conforme a define CLAUDE DU PASQUIER, é "o conjunto de procedimentos pelos quais o Direito transforma em regras claras e práticas as diretivas da política jurídica". Mas, no estudo desses

> procedimentos, embora a Técnica Jurídica, desenvolvida no âmago da Ciência do Direito, já percebesse que há uma "técnica legislativa" e uma "técnica da jurisprudência", seus estudos se concentram na formulação dos conceitos, de categorias jurídicas, de institutos jurídicos, e de ramos do Direito positivo. Na expressão de Pierre Pescatore, tais procedimentos constituíam o *savoir faire* daqueles que elaboram e praticam o Direito, podendo assumir duas funções distintas: a de fazer leis – a técnica legislativa e a de aplicar a lei, em *d'autres mots, la pratique judiciaire et administrative*" (GONÇALVES, 2012, p. 25/26).

Insta salientar que a mera reprodução de legislação estrangeira no ordenamento, sem a verificação metodológica correta quando da sua aplicabilidade, não se caracteriza como a comparação tanto ventilada pelos estudiosos do Direito Comparado. Não se trata, portanto, de simplesmente comparar: a prática aponta para comprar e verificar os limites de aplicabilidade. Horbach esclarece que a princípio, o trabalho de verificação de institutos internacionais sobre determinado caso específico, e sua posterior aplicação, é o primeiro passo do trabalho de comparação:

> Sem esses elementos de compreensão global dos

> ordenamentos, a simples justaposição de várias regras não é direito comparado, mas sim seu passo preliminar. A partir dessa justaposição é que começa o trabalho mais árduo em qualquer comparação, que igualmente diz com a identificação de diferenças nas aparentes semelhanças. (HORBACH, 2016, p. 158)

Em um dos momentos de seu voto na ADI 4277, o ministro Celso de Melo faz menção à busca da felicidade, positivada nos textos da constituição japonesa, além de mencionar sobre o *direito* à busca da felicidade pela corte norte americana (STF, 2014), fazendo um comparativo com ideais iluministas ao evocar o pensamento de John Locke. As menções ocorrem sem qualquer critério científico, costurando trechos soltos dentro do voto sem incorrer ao estudo metodológico da forma de se aplicar tal instituto no ordenamento jurídico brasileiro. O ministro menciona o princípio constitucional japonês tão somente porque um outro tribunal fez a sua utilização em um julgamento, se tornando apenas uma reprodução sem teor efetivo para o julgamento da ADI 4277.

Com a reprodução de princípios internacionais, o ministro foge do seu papel de decidir com base no caso concreto e passa a legislar apresentando teorias e axiomas

que, antes de quaisquer reproduções, devem respeitar os ditames constitucionais. Apesar de o Brasil ser signatário de tratados internacionais, a base principal de qualquer decisão é a constitucional nacional, uma vez que não é permitido dentro do ordenamento jurídico conflitos de normas com a própria constituição.

Logo, nota-se a importância da interpretação da norma e a consequência que tal interpretação pode acarretar. A deturpação do Direito comparado é escancarada principalmente no voto do ministro Gilmar Mendes, ao citar o pensamento de Peter Häberle e ao mesmo tempo citar obras do direito americano, sem fazer qualquer estudo e relação com os fatos discutidos na ADI 4277 (STF, 2014).

Sobre o dever de interpretação da norma de que é incumbido o julgador, Fazzalari sinaliza a necessidade de verificação do conteúdo, destacando a análise hermenêutica em dois momentos, sendo o primeiro

> Quanto a interpretação da norma de que se tenha constatada a existência, ela consiste: - na determinação da "*fatispécie legal",* isto é, no aprendizado em abstrato, da situação descrita pela norma como pressuposto da "estatuição", isto é, como situação em constância da qual se da a valoração do comportamente. – na

> determinação do conteúdo da "estatuição" ligada pela norma à fastispécie, isto é, na individualização do comportamento descrito pela norma (e dos seus elementos constitutivos: sujeito, vontade, conteúdo, forma, e, onde seja relevante, causa) e da qualificação de "lícito" ou "devido" que a norma lhe atribui. O dever do juiz – como interprete em geral – seria fácil se se tratasse da mera leitura de um texto normativo, claro e isolado. Mas assim não é; insurge, para tanto, a questão hermenêutica, isto é, do método de interpretação.(FAZZALARI, 2006, p. 463).

E o segundo:

> Independentemente da óbvia constatação de que, se as normas incorporam "valores", elas são "valores", como todos os objetos do discurso humano, vãos, por serem conhecidos e manejados, traduzidos em verba, isto é, em sinais e conceitos – o emprego, prevalecente (não exclusivo) de um e de outro método depende disso. Há valores normativos (relativamente) estáveis e inelásticos, e em relação a eles, exatamente por suas tais características, o intérprete pode proceder, e em geral procede, geométrico more, isto é, mediante esquema lógico "formal": pensa-se, justamente, na derivação da norma,

> por via lógica, de uma série de "constantes", de "formas" (por exemplo, "direito subjetivo", "contrato", "procedimento"). (FAZZALARI, 2006, p. 465).

Assim, verifica-se a necessidade do julgador partir de uma análise científica da legislação internacional para só então fazer a sua comparação ao direito nacional. Em específico no caso da ADI 4277, verifica-se a deturpação de conceitos e o modo de aplicação na votação. Há, portanto, um emaranhado de regras que devem ser analisadas antes do proferimento do voto pela Corte Suprema, uma vez que em se tratando de norma estrangeira, a mesma pode ser mencionada na votação desde que ocorra coerência com a argumentação e o objeto da discussão. Fazzalari ressalta que

> A norma – como o ato que ela qualifica e como a posição jurídica subjetiva que dela se extrai – está, no âmbito de um determinado ordenamento, em conexão com outras normas, com outros atos, com outras posições jurídicas. FAZZALARI (2006, p. 85)

No caso da ADI 4277, os ministros que mencionaram decisões internacionais para fundamentar o seu voto demonstraram o embasamento de maneira

inapropriada, sem o rigor metodológico necessário para se ter uma efetividade do direito comparado. Logo, não se trata do mérito da votação, mas sim do modo de deliberação pelo Supremo, que vale de mecanismos sem observância do crivo cientifico exigido, se tornando apenas um mero reprodutor de legislação internacional, o que pode acarretar inseguranças jurídicas, que não devem permear a mais alta corte do ordenamento jurídico brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Procuradoria Geral da República pleiteou com sucesso o reconhecimento da união homoafetiva dentro do ordenamento jurídico brasileiro, a partir de uma nova interpretação de dispositivo civil conjuntamente a dispositivos constitucionais. Nota-se que a base da fundamentação do objeto da ADI 4277 foram os princípios constitucionais de direito. Contudo, ao analisar o inteiro teor da ADI 4277, verifica-se algumas situações que dão margem à discussão sobre o modo de atuação da Suprema Corte. Constatou-se a urgência na tratativa do tema objeto da ADI 4277, uma vez que no respectivo contexto jurídico não mais se poderia ignorar os casais homoafetivos, sendo imprescindível garantir os seus direitos fundamentais,

como por exemplo a união como casal no intuito de constituir família.

Para se tratar do tema, muitos institutos são analisados, adentrando no contexto do conceito de família, em que é urgente a desconstrução da ideia de que é formada somente por um homem e uma mulher com vistas à procriação. Esta nova concepção perpassa a garantia constitucional da liberdade, em que o indivíduo pode se relacionar com quem quiser, inclusive com outra pessoa do mesmo sexo. Assim sendo, o cidadão também tem o direito de ter resguardadas todas as suas garantias legais estabelecidas, fazendo com que ao se unir a outro, tenha como reflexo da união todos os efeitos conjugais como pensão, patrimônio, entre outros.

Nota-se também na matéria que o Supremo Tribunal apresenta em sessão na corte os votos de julgamento concluídos, incorrendo no fato de que o debate acerca da temática objeto de discussão fica limitado aos argumentos já apresentados no voto, o que empobrece e draga o debate, uma vez que os votantes chegam com posições contrárias ou não pré-estabelecidas. Insta salientar também, que na maioria dos casos os votos seguem os mesmos caminhos do relator e nem sempre os argumentos apresentados pela parte Autora são analisados,

em razão de se somente proferir discursos prontos nas sessões.

Lado outro, especificamente na ADI 4277, alguns ministros fundamentaram seus votos com a citação de legislação estrangeiras, entre elas Japão, Estados Unidos e Inglaterra. Contudo, observa-se a mera reprodução de dispositivos internacionais sem um mínimo de análise metodológica para a reprodução de tais decisões. Percebe-se a necessidade da correta utilização de metodologia comparada na fundamentação de decisões pela Suprema Corte, sendo que a simples elucidação utilizada não tem um critério mínimo estabelecido de verificação de sua coerência com o ordenamento jurídico a que se compara. O fato de se utilizar o direito comparado sem qualquer verificação científica faz com seja ineficaz a comparação em se tratando de legislação brasileira.

Assim, vê-se que a Suprema Corte brasileira ainda carece de um rigor metodológico na aplicação do Direito comparado como fundamentação de votos, de modo a não se tornar uma corte que somente reproduz institutos internacionais sem critérios, de modo a ser desacreditada na seriedade quando da decisão dos julgamentos.

REFERÊNCIAS

FAZZALARI, Elio. **Instituição de direito processual.** Campinas: Bookseller, 2006.

GONÇALVES, Aroldo Plinio. **Técnica processual e teoria do processo.** 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

LAGES, Cintia Garabini, Lôbo, Edilene, Junior, Eloy Pereira Lemos. II Seminário Internacional **"Direitos Fundamentais, jurisdição e processo coletivo"**. Volume 01. Pará de Minas – MG, VirtualBooks Editora, 2016.

SARLETE, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional** / 10. Ed. Ver.atual. e ampl.; 3. Tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho.** Belo Horizonte: Fórum, 2016.

STF. **ADI 4277.** Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11872. Acesso em 15 de jun. de 2018.

SILVA. Virigilio Afonso da. **"Um voto qualquer"?.** Disponível em: https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/21. Acesso em 18 de jun. de 2018. 2015.

TRAVESSONI. Alexandre Gomes Trivisonno. **Igualdade, dignidade, proteção à família e união homoafetiva: o STF sem saída? Direitos Sociais em**

debate / Cláudia Toledo (organização) – Rio de Janeiro: Elsevier 2013.

RESSOCIALIZAÇÃO PELA APAC – ASSOCIACÃO DE PROTECÃO E ASSISTËNCIA AOS CONDENADOS

RESIDENCY BY APAC - ASSOCIATION OF PROTECTION AND ASSISTANCE TO THE CONVICTS

Rogério de Oliveira Borges
César Ferreira Mariano da Paz

RESUMO: O presente trabalho, tratará da APAC - Associação de Proteção e Assistência aos Condenados como forma digna de ressocializacão, para a concretização deste trabalho foram realizadas pesquisas objetiva descritiva e exploratória, quanto aos procedimentos bibliográfica e documental, e também entrevistas em forma de questionários aos condenados que passaram pelo sistema comum e hoje se encontram neste sistema alternativo. A APAC em sua estrurtura possui o Centro de Reintegração Social – C.R.S que fornece aos condenados condições de ressociliazação e socialização. Com a aplicação de seu método permiti ao recuperando uma oportunidade de "mudar de vida". A APAC se mantém através de convênios com a Secretaria de Defesa Social e também por meio de doações da comunidade. Um meio ressocializador trazido à realidade, após muitas dificuldades e inúmeras doações. Apesar de terem enfrentado diversas dificuldades, hoje esta, se encontra em diversos lugares do Brasil e do mundo. Como uma entidade renomada e respeitada por seus meios ressocializadores e com intuito de diminuir a reincidência, utilizando-se deste sistema alternativo. A ressocialização será tratada neste trabalho, demonstrando o entendimento de alguns estudiosos, que se posicionam de forma contraria ao sistema prisional comum. Frisando que não adianta isolar o indivíduo, mas sim ressocializá-lo.

Palavras-chave: Encarceramento. Ressocilização. Metodologia APAC, Punicão e Progressão.

***ABSTRACT**: This article will deal with the APAC - Association for the Protection and Assistance of Convicted Persons as a form of resocialization, for the accomplishment of this work were*

carried out objective descriptive and exploratory research, as for bibliographic and documentary procedures, as well as interviews in the form of questionnaires to convicted persons which have passed through the common system and are now in this alternative system. The APAC in its estrurtura owns the Center of Social Reintegration - C.R.S that provides to condemned conditions of ressociliazação and socialization. With the application of his method allowed to recovering an opportunity to "change of life". APAC is maintained through agreements with the Secretariat of Social Defense and also through community donations. A resuscitation medium brought to reality, after many difficulties and innumerable donations. Although they have faced several difficulties, today it is found in several places in Brazil and the world. As an entity renowned and respected for its resocializing means and with the purpose of reducing recidivism, using this alternative system. The resocialization will be treated in this work, demonstrating the understanding of some scholars, who stand in a way contrary to the common prison system. Emphasizing that it is no use to isolate the individual, but to re-socialize it.

Keywords: Incarceration. Resorption. APAC, Punicão and Progressão Methodology.

INTRODUÇÃO

Os indivíduos que vivem na reclusão dos presídios possuem dificuldades que não são imaginadas pelas pessoas que gozam a liberdade de poder ir e vir de qualquer lugar. Salienta-se que, o quê leva um ser humano a ser privado de sua liberdade, trata-se da prática de atos ilícitos que ferem os direitos regulamentados pelas normas e leis que comandam a sociedade.

Apesar da necessidade da punição aos infratores da lei e da ordem de segurança para os indivíduos que ultrapassam seus limites, vale ressaltar que, os mesmos são

acometidos por punições que não se restringem somente em relação ao cumprimento da pena nos presídios, sofrem agressões por parte dos próprios presos, ou mesmo pelos agentes penitenciários, que abusam do poder para humilhar e constrangir os indivíduos condenados por suas ações ilícitas (PRADO, 2007).

Percebe-se que, a importância de ressaltar sobre a necessidade de propiciar condições de acesso de inclusão dos ex-detentos, é justificada pela busca da diminuição dos atos que infringem a lei e a ordem pública, evidenciando que, grande parte dos infratores que após cumprirem sua pena volta a cometer crimes é significativa, devido à escassez de oportunidade de se reintegrar à sociedade.

O sistema prisional brasileiro apresenta questões em relação a sua forma de cuidado aos detentos, demonstrando que a realidade a qual se encontram não contribui para a melhoria dos seres humanos, a ausência de ações que propiciem a evolução dos indivíduos que cometem delitos, que são julgados e punidos, favorece o surgimento do quadro atual do sistema prisional, o qual não contribui para a evolução do indivíduo, mas para a sua revolta, devido à falta de condições de dignidade para sobreviverem enquanto cumprem o período de reclusão (SÁ, 2012).

Convive-se cada vez mais, com a elevada taxa de criminalidade, o que resulta na superlotação dos presídios, contribuindo para a revolta dos detentos que acabam sendo pressionados e nutrem como conseqüência, o sentimento de revolta.

Dentro deste contexto, surge a seguinte indagação: Quais os benefícios que a APAC promove no processo de ressocialização dos condenados?

O objetivo geral visa analisar a Associação de Proteção e Assistência dos Condenados – APAC em relação a sua atuação na ressocialização dos detentos que se encontram nos presídios brasileiros.

Os objetivos específicos buscam refletir sobre o sistema prisional brasileiro; definir a APAC – Associação de Proteção e Assistencia dos Condenados; demonstrar os benefícios referentes ao trabalho desenvolvido pela associação em relação a ressocialização dos detentos.

A justificativa para o desenvolvimento da reflexão proposta, permeia a busca da compreensão da importância da dignidade humana para todo e qualquer indivíduo, ressaltando que, em relação aos detentos, a dignidade humana se apresenta cada vez mais esquecida ampliando os conhecimentos referentes as propostas da APAC para a recuperação dos detentos, oferecendo-lhes

oportundiades de dignidade humana e novos olhares para a sua reinserção na sociedade.

METODOLOGIA E MÉTODO

O estudo se caracteriza pela pesquisa de revisão bibliográfica descritiva, apresentando caráter qualitativo, referente ao estudo sobre a APAC – Associação de Proteção e Assistência aos Condenados.

Quanto à obtenção de informações referente à pesquisa bibliográfica, Gil (2010) afirma que a pesquisa bibliográfica se realiza a partir de materiais já disponíveis que foram elaborados por pesquisas anteriores. Mesmo que os outros estudos exigirem este tipo de trabalho, existem pesquisas anteriores desenvolvidas apenas por fontes bibliográficas. É através das bibliografias já publicadas que o conhecimento sobre determinado tema é construído.

Quanto aos objetivos apresenta como sendo uma pesquisa descritiva, que de acordo com Triviños (1987, p.112) "exige do investigador uma série de informações sobre o que deseja pesquisar".

De acordo com Gibbs (2010, p.03), a pesquisa qualitativa trata-se de um processo de construção de versões da realidade, apresentando os discursos ou falas

dos sujeitos de forma a promover o entendimento sobre os temas pesquisados.

Para a obtenção das informações referentes ao tema proposto foram pesquisados em sites acadêmicos, artigos, teses, dissertações e bibliografias de diferentes autores que dissertam sobre o tema abordado.

SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

O sistema prisional brasileiro apresenta-se sobrecarregado, a falta de estrutura, de recursos para a manutenção dos presídios, o acúmulo de detentos nas prisões, tem sido constado diariamente, o que causa indignação nos indivíduos que necessitam cumprir as punições estabelecidas pela Justiça. Assim, Prado (2007) comenta que:

> As reivindicações dos presos são na maioria das vezes, ignoradas pelas autoridades administrativas e judiciárias, sob a alegação de necessidade de manutenção da ordem, esta representada pelos signos da disciplina e segurança. Com isso, o que se vê, na prática, é o completo descaso pela situação

> carcerária brasileira. Após o trânsito em julgado da sentença condenatória, resta ao réu expiar sua culpa, e ao fazê-lo, o faz sob condições desprovidas de humanidade (PRADO, 2007, p. 408).

A superlotação dos presídios, bem como das cadeias públicas sediadas nos municípios e capitais, vem sendo analisadas de maneira preocupante por sociólogos e psicólogos. Organizações defendem os direitos universais dos seres humanos.

É notório que os infratores da lei necessitam ser punidos, mas não enjaulados de forma a favorecer a revolta dos mesmos. A situação instalada no sistema prisional atual, identifica a precariedade do Estado e da própria justiça em punir e ao mesmo tempo, garantir de maneira justa, condições de cumprimento da punição estabelecida com dignidade (SÁ, 2012).

As organizações das Nações Unidas – ONU destacou que o Brasil, em relação ao tratamento destinado aos detentos, é um dos piores países no que tange a condição de sobrevivência digna nos presídios. Convive-se com a realidade de superlotação, de formação de quadrilhas, comandos que mesmo tendo os seus líderes encarcerados, conseguem agir amedrontando a sociedade.

> A verdade é que as condições humilhantes denunciam a existência de uma “crueldade oficializada” nos presídios e, em decorrência disso, a própria Organização das Nações Unidas reconheceu que o Brasil é um dos maiores violadores dos Direitos Humanos. O mesmo órgão recomenda que seja preservado o direito ao voto, mas isso é negado aos presos. Levando-se em consideração a importância que é dada pela nossa Constituição ao direito do voto, tornando a pessoa cidadã, resta óbvio que tal proibição é uma grande afronta à dignidade do condenado, a qual torna um apátrida (KIRST, 2008, p. 02).

O problema é que a violência é também gritante e preocupante dentro dos presídios, a preocupação com a falta de recursos, visando à possibilidade de garantir o mínimo de dignidade aos detentos, vem afastando até mesmo os profissionais que atuam como agentes carcerários, em decorrência da possibilidade de revoltas e motins por parte dos detentos, buscando através de suas

ações violentas, demonstrar a falta de condição de vida estabelecida nos presídios.

Enquanto não houver por parte do Estado, uma reformulação no sistema prisional, a dificuldade de recuperação dos detentos será cada vez maior, faz-se pelo motivo de não haver perspectivas que desenvolvam a promoção de melhorias em sua condição social, como capacitação dos mesmos para o trabalho, novas oportunidades de crescimento intelectual e cultural, e, principalmente, a busca pelo reconhecimento dos detentos como seres humanos, e não apenas como presidiários que necessitam ficar encarcerados para que dessa forma, parem de amedrontar a sociedade (MIRABETE, 1997).

A prisão, nas atuais condições, fere o indivíduo na sua autoestima sob todos os aspectos, eis que o obriga a viver em condições deficientes como a superpopulação, alimentação insuficiente, falta de higiene e assistência sanitária, dentre tantas outras situações degradantes e inaceitáveis sob uma ótica humanista.

Esse quadro apresentado em relação às condições de sobrevivência dos indivíduos nos presídios, vem contribuindo cada vez mais, para o surgimento de novas agressões e revoltas, identificando a situação de que, os detentos não estão sendo tratados com respeito a sua dignidade enquanto seres humanos, mas sim, são

amontoados em celas, as quais não promovem o mínimo de dignidade no que tange as condições básicas de desenvolvimento humano (PRADO, 2007).

Infelizmente, a sociedade é preconceituosa em relação aos detentos, os conceitos de julgamentos em relação à índole dos presidiários são negativos, o que estimula a incompreensão de que, àquele cidadão que infringiu a lei, após o cumprimento de sua punição, necessita de uma oportunidade para se reinserir na sociedade.

Tais oportunidades de reinserção, necessitam ser criadas e efetivadas dentro do âmbito jurídico e legislativo, enfatizando que, a punição necessita ser vista como um ato de fazer com que o indivíduo perceba que devido aos seus atos, o mesmo não pôde permanecer em meio a sociedade (MACIEL, 2016).

Esta situação não é compreendida no atual sistema, o qual, apenas se preocupa em retirar o infrator da sociedade, puni-lo severamente, através do rigor da lei, mas sem se preocupar com o seu futuro, com as suas possibilidades de inserção, as quais são essenciais para que realmente ocorra a sua reintegração à sociedade.

Presos e encarcerados tornam-se fenômenos que representam uma ameaça profunda à sociedade normatizada e, assim, as atitudes desta, frente ao problema

prisional, revelam o desejo de que sejam totalmente excluídos deste mundo.

APAC – ASSOCIAÇÃO DE PROTEÇÃO E ASSISTENCIA AOS CONDENADOS

A Associçaão de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC, surge no cenário jurídico e social brasileiro na década de 1970, em 18 de novembro de 1972, na cidade de São José dos Campos, no estado de São Paulo. Fundada por seu idealizador Mário Ottoboni e um grupo de amigos, teve como objetivo amenizar as aflições constatadas pela população prisional da Cadeia Pública de São José dos Campos (CAMPOS, 2011).

A ajuda humanitária promovida pela associação evidenciou novos olhares para os detentos, ressaltando que, as suas atividades respaldam nos princípios fundamentais da dignidade humana que deve ser direito de todo e qualquer indivíduo. Através de suas ações, a associação foi se caracterizando por uma personalidade jurídica, ampliando o seu atendimento para outro presídio na cidade de São José dos Campos, o que ganhou projeção nacional e se espalhou para outras localidades, em razão da eficiência de seus método de humanização, reconhecido

pelo ordenamento jurídico brasileiro e pela sociedade como um todo.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais/ TJMG, dispõe sobre a Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC, como sendo:

> Uma entidade civil de direito privado, com personalidade jurídica própria, dedicada à recuperação e reintegração social das condenados a penas privativas de liberdade. O trabalho da APAC dispõe de um método de valorização humana, vinculada à evangelização, para oferecer ao condenado condições de recuperar. Busca também, em uma perspectiva mais ampla, a proteção da sociedade, a promoção da Justiça e o socorro às vítimas (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS/ TJMG, 2009, p.17).

A APAC é amparada pela Constituição Federal Brasileira de 1988, possibilitando a atuação em presídios, tendo o seu Estatuto resguardado pelo Código Civil Brasileiro, atua como entidade que contribui junto aos Poderes Judiciários e Executivos, em relação a execução penal e na administração do cumprimento das penas privativas de liberdade nos regimes fechado, semiaberto e aberto (CAMPOS, 2011).

A diferença existente entre a APAC e o Sistema Carcerário se estabelece em relação a forma de tratamento

que é destinado aos presos, oportunizando-os condições de recuperação por meio do apoio fornecido pelos voluntários, auxiliando-os em suas necessidades, como assistência médica, psicológica, espiritual e jurídica, favorecendo a sua recuperação em relação a possíveis dificuldades que podem acometer os detentos que se encontram em recuperação.

Além disso, por meio da APAC, os recuperandos são convidados a ampliar as suas possibilidades de inserção na sociedade, fornecendo oportunidade de ampliação de sua escolaridade, preparação para a inserção no mercado de trabalho, desencadeando novas perspectivas para os presos que cometeram crimes e ao saírem necessitam ser reinseridos na sociedade (CAMPOS, 2011).

Toda a atividade desenvolvidas pela APAC embasa-se em método organizado que prioriza a disciplina, tendo como base o respeito, a ordem, o trabalho e o envolvimento da família do recuperando, como é comentado ainda por Campos (2011).

No entanto, faz-se relevante o entendimento de que, o objetivo da associação embasa-se nos princípios da dignidade humana, buscando a promoção de melhor qualidade de vida para os presos, contribuindo assim, para que, estes ao cumprirem as suas penas possam

compreender que as oportunidades oferecidas contribuem para a sua reinserção na sociedade.

Na atualidade, a APAC apresenta-se estimuladora de diversas associações espalhadas pelo mundo em defesa da ajuda humanitária aos presos, em razão do seu método de humanização, sendo que, no exterior, o método utilizado se encontra implantado em países como Alemanha, Bulgária, Cingapura, Chile, Costa Rica, Equador, El Salvador, Eslováquia, Estados Unidos, Inglaterra, Países de Gales, Honduras, Latvia, Malawi, Modávia, México, Namícia, Nova Zelândia e Noruega (CAMPOS, 2011).

O método APAC apresenta-se de acordo com Maciel (2016) pautado em 12 fundamentos essenciais, sendo eles: participação da comunidade; recuperação; trabalho; assistência jurídica; assistência religiosa; assistência à saúde; valorização humana; participação da família; serviço voluntário; centro de reintegração social; mérito; jornada em Cristo.

Estes fundamentos que sustentam a metodologia utilizada pela APAC, tem obtido resultados satisfatórios no que tange ao tratamento dos condenados e, a sua reinserção na sociedade após o cumprimento de sua pena. Primando pelo princípio da dignidade humana, e pelo reconhecimento do condenado como ser humano, onde se

enfoca o trabalho humanizado que é desenvolvido pelos voluntários e profissionais que integram a associação.

As vantagens relacionadas ao método APAC são apresentadas por Sá (2012 *apud* Maciel, 2016) sendo estas citadas:

> Por ser um método que têm como índice de reincidência menos de 10% em todos os locais que é usado; por conseguir fazer que de fato o preso volte a ter uma vida normal na sociedade; os índices de rebeliões são pouquíssimos ou até mesmo nenhum em muitos casos; por realmente cumprir o que demada a lei 7210/84[47]; dar a dignidade merecida, estabelecida constitucionalmente; ser um método de participaão coletiva, baseada no voluntariado (SÁ, 2012 *apud* MACIEL, 2016, p. 37).

Dessa forma, é possível compreender que, as atividades desenvolvidas pela APAC vem contribuindo para a melhoria das condições dos condenados, propiciando-lhes oportunidades que atingem até mesmo a sua condição referente ao cumprimento de sua pena, uma vez que, por meio do comportamento, a possibilidade de progressão em concordância com o Código Penal Brasileiro, torna-se cada vez mais possível, em razão da mudança de conduta demonstrada pelos detentos.

[47] LEI N. 7.210, de 11 de julho de 1984 – Estabelece a aplicação da Lei de Execução Penal.

Sendo assim, faz-se relevante demonstrar como a método APAC contribui para a ressocialização do condenado em concordância com a legislação vigente do Código Penal Brasileiro, permitindo-lhes novas oportunidades de se reintegrar na sociedade com possibilidades de afastá-los do crime e obterem uma vida digna, honesta e participativa do processo de transformação da sociedade na qual precisam estar inseridos.

A RESSOCIALIZAÇÃO DO CONDENADO PELO MÉTODO APAC

O sistema judiciário em razão da confiabilidade existente na APAC que se espalha por todo o Brasil e para diferentes países do mundo, vem demonstrando que, na atualidade, a busca por alternativas mais viáveis financeiramente e mais eficazes para a recuperação dos indivíduos que cometem delitos se apresenta em relação à ressocialização de presos, o que se trata da recuperação dos indivíduos demonstrando-os a sua capacidade para produzirem sem a necessidades de descumprir as leis que regem um país e buscam proteger e garantir a segurança de todos os cidadãos.

A FBAC – Fraternidade Brasileira de Assistencia aos Condenados (2009), em relação as APACS comenta que:

> As APACS poderão estabelecer parcerias com outras instituições para atingir seus objetivos, não cabendo a umas e outras, no entanto, complementar os recursos repassados pelo Estado para manutenção do presídio, pois as contribuições angariadas junto à comunidade e às prefeituras deverão ser destinadas a ampliação da assistência aos presos e a seus familiares, já que o voluntariado e as entidades parceiras integram o trabalho da APAC para aprimorá-lo, e não para isentar o Estado de suas responsabilidades (FBAC, 2009, p. 56).

Ainda de acordo com a FBAC (2009), fica clara a obrigatoriedade de atuação do Estado no processo de recuperação dos condenados, retomando o discurso empreendido pela Lei de Execução Penal estabelecida em 11 de julho de 1984 que define no art. 10º que, "a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade".

Embasando-se na Lei da Execução Penal, em seus arts. 40º e 41º da Lei de Execução Penal em relação ao processo de ressocialização indica que:

> Art. 40 – Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos proesos provisórios:
>
> Art. 41 – Constituem direitos do preso: I – alimentação suficiente e vestuário; II – atribuição de trabalho e sua remuneração; III – previdência social; IV – constituição de pecúlio; V – proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; VI – exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; VII – assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; VIII – proteção contra qualquer foram de sensacionalismo; IX – entrevista pessoal e reservada com o advogado; X – visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amios em dias determinados; XI – chamamento nominal; XII – igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena; XIII – audiência especial com o diretor do estabelecimento; XIV – representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito; XV – contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes (LEI DA EXECUÇÃO PENAL – LEI. N. 7.210, de 11 de julho de 1984).

Sendo assim, compreende-se que a a APAC é uma das reais possibilidades que o Estado admite poder cumprir as obrigações do Estado para com os detentos. Os recuperandos, como é denominado o preso, realiza uma série de atividades nos presídios, que promove a eles o

retorno financeiro, bem como a possibilidade de pleitear de acordo com o Código Penal Brasileiro, o direito do regime semi aberto e aberto, evidenciando novas oportunidades para a sua reinserção à sociedade.

Vale salientar que, no regime semi aberto, os recuperando podem realizar trabalhos externos conquistados por meio das parcerias realizadas por iniciativa da APAC com empresas privadas das cidades, oportunizando-os a produção e o reconhecimento do fruto do seu trabalho (MACIEL, 2016).

Essas oportunidades contribuem para a mudança do comportamento dos recuperandos, uma vez que, o trabalho é uma maneira do ser humano se sentir útil, participativo da sociedade e reconhecido por seu trabalho. Além disso, a questão de recuperação da dignidade devido aos meios de sobrevivência promove o repensar de suas ações e os encaminham para o comportamento de cidadãos que participam ativamente para a construção de um país digno, democrático e de valorização de seus cidadãos que contribuem para o progresso de toda a nação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após o estudo realizado concluiu-se que, a importância de estabelecer os direitos dos indivíduos, trata-se de uma das questões fundamentais para que a dignidade humana possa ser ressaltada como sendo um dos pilares que permite a convivência entre os indivíduos em meio à sociedade, destacando a APAC como um dos instrumentos contribuintes para que os recuperandos tenham novas oportunidades de ressocialização e de possibilidades de inserção no mercado de trabalho.

Ressaltou-se durante o estudo propostos que, a dignidade humana é constituída pela racionalidade, que é responsável pela diferenciação entre os indivíduos, ressaltando que, o ser humano, existe a partir do momento que o mesmo pensa através de suas próprias reflexões, contribuindo dessa maneira, de forma ativa para o desenvolvimento social.

Tanto o Estado, quanto a Lei da Execução Penal, encontram-se falhos no que tange a preservação da dignidade humana, uma vez que, não basta apenas impedir o convívio dos infratores, mas a função de retirada dos mesmos da sociedade, permeia algo mais complexo, ou seja, a sua reabilitação para o desenvolvimento de sua dignidade enquanto cidadão.

O direito a uma vida digna é fator fundamental a todo indivíduo, e cabe ao Estado e a justiça zelar para a

defesa deste direito. Para tanto, faz-se necessário comentar que, a partir da adoção de novas estratégias que visem o desenvolvimento das capacidades dos detentos, haverá também o resgate de sua dignidade, impedindo que o comum que se vivencia atualmente, que se trata da falta de dignidade apresentada nos presídios, seja exterminada, tanto para o bem da sociedade em si, quanto para os detentos que são cidadãos, que após cumprirem sua punição judicial, necessitam ser respeitados por todos.

REFERÊNCIAS

CAMPOS, R.F.S. APC: **Aternativa na Execução Penal**. Monografia. Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, Barbacena, MG, 2011. Disponível em: http://www.unipac.br/site/bb/tcc/tcc-84b6940eb39cc638606113097b06a440.pdf Acesso em 10 de setembro de 2018.

GIBBS, G. **Análise de dados qualitativos.** Porto Alegre: Artmed, 2010.

GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

KIRST, C. P. **O princípio da dignidade humana frente ao sistema prisional: graves omissões e contradições em relação à legislação vigente**. Artigo, 2008.

MACIEL, J.L.C. **O trabalho penitenciário desenvolvido por meio do método APAC na unidade prisional de Pimenta Bueno – RO e sua (im)possibilidade de ressocialização do condenado**. Monografia. Universidade Federal de Rondônia – UNIR, 2016.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. **Agravo em Execução Penal nº. 1. 0000. 00.341049-5/000: Pretensão de remição ficta ou presumida da pena.** Relator desembargador Demival de Almeida Campos. Alfenas, 09 de novembro de 2010. Disponível em: www2.mp.pr.gov.br/cpcrime/boletim84/cep_b84_j_16.doc Acesso em 25 de setembro de 2018.

MIRABETE, J. F. **Execução Penal**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 1997.

PRADO, G. **A Execução Penal e o Sistema Acusatório**. In: CARVALHO, Salo de (coord.) Crítica à execução penal. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

SÁ, F.G.A. **A Importância do método de associação e proteção aos condenados (APAC) para o sistema prisional brasileiro**. Artigo Científico, 2012. Disponível em: http://periodicos.urca.br/ojs/index.php/DirDialog/article/view/460/332. Acesso em 16 de setembro de 2018.

TRIVIÑOS, A. N. S. **Introdução à pesquisa em ciências sociais:** a pesquisa qualitativa em educação**.** São Paulo: Atlas, 1987.

UMA ANÁLISE DA FUNDAMENTAÇÃO DOS VOTOS DOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FRENTE A ARGUMENTAÇÃO DAS PARTES E INTERESSADOS NA ADI 4.439/DF

ONE ANALYSIS OF THE GROUND OF THE VOTES OF THE MINISTERS OF THE SUPREME COURT REGARDING THE ARGUMENTATION OF PART AND INTERESTED IN THE ADI 4.439/DF

Lorrane Queiroz

Paulo Ricardo Braga Maciel

Resumo

Toda decisão judicial deve ser devidamente fundamentada, sob pena de nulidade, nas quais todos os argumentos apresentados pelas partes e interessados devem ser devidamente enfrentados por ocasião da prolação judicial. No controle de constitucionalidade concentrado não é diferente, cada voto dos Ministros do Supremo Tribunal Federal devem ser pronunciados com essa observância, sob pena de se ferir o princípio da fundamentação das decisões judiciais, ensejando a nulidade de qualquer decisão que não respeite este postulado. Nesse sentido, esta pesquisa se propõe a apresentar um a um os argumentos apresentados pela parte e terceiros interessados na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade de número 4.439/DF, na qual se questionou a constitucionalidade do ensino religioso confessional como disciplina facultativa dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, bem como analisar o voto

de cada Ministro, na referida ADI, pautando se os votos dos Ministros foram prolatados tendo como base os fundamentos apresentados pelas partes e pelos *Amicus Curiae*. É nesse cenário que se insere o presente trabalho, que tem por objetivo demonstrar como a decisão colegiada do STF pouco levou em consideração os argumentos trazidos pela parte e terceiros interessados.

Palavras-chave: Princípio da Fundamentação das Decisões Judiciais - Supremo Tribunal Federal - *Amicus Curiae* - Ensino Religioso.

Abstract

Every judicial decision must be duly substantiated, in which all arguments presented by the part and interested must be duly dealt with in court. In the control of concentrated constitutionality it is not different, each vote of the Ministers of the Supreme Court must be pronounced with this observance, under penalty of violating the principle of justification of the judicial decisions, provoking the nullity of any decision that does not respect this postulate. In the control of concentrated constitutionality it is not different, each vote of the Ministers of the Supreme Court must be pronounced with this observance, under penalty of violating the principle of justification of judicial decisions, provoking the nullity of any decision that does not respect this postulate. In this sense, this research proposes to present one by one the arguments presented by the part and interested third in the Declaratory Action of Unconstitutionality number 4.439/DF, in which the constitutionality of religious denominational teaching was questioned as an optional discipline of the normal hours of public schools of fundamental education, as well as to analyze the vote of each Minister in said ADI, indicating if the votes of the

Ministers were drawn up based on the grounds presented by the party and by these Amicus Curiae. It is in this scenario that the present work is inserted, whose objective is to demonstrate how the collegial decision of the STF little took into account the arguments brought by the part and interested third.

Keywords: Principle of Justification of the Judicial Decisions -Supreme Court -*Amicus Curiae* - Religious Teaching.

INTRODUÇÃO

De acordo com o princípio da fundamentação das decisões judiciais, toda decisão judicial deve ser devidamente fundamentada, devendo todos os argumentos apresentados pelas partes e interessados serem devidamente enfrentados por ocasião da pronunciação judicial.

O presente estudo se propõe a apresentar um a um os argumentos apresentados pelas partes e terceiros interessados (*Amicus Curiae*) na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade de número 4.439/DF, bem como analisar o voto de cada Ministro, na referida ADI, dissecando se os votos dos Ministros foram prolatados

tendo como base os fundamentos - ou ao menos alguns - apresentados pelas partes e interessados.

Para tanto, dividiu-se o trabalho em 6 (seis) tópicos. O primeiro consiste neste item introdutório, que apresenta a discussão em que se insere a pesquisa, demostrando de forma sucinta os contornos da problemática. O tópico segundo analisa o princípio da fundamentação das decisões judiciais discorrendo sobre o conceito do referido postulado.

No terceiro tópico,inicia-se apresentando o que de fato foi o objeto da ADI: 4.439/DF. No quarto tópico,em um primeiro momento,inicia-se apresentando quem são as partes e quais foram os *Amicus Curiae* que manifestaram na ADI: 4.439/DF, expondo também um a um os argumentos que cada um desses apresentaram na ADI: 4.439/DF, seja através de manifestação escrita, memoriais ou em sede de sustentação oral.

No quinto tópico,apresenta-se o votos de cada um dos ministros, destacando-se quais argumentos foram utilizados por estes, em especial se algum dos argumentos apresentados pelas partes ou terceiros interessados embasaram o voto de algum dos Ministros. O sexto tópico realiza as considerações finais com a abordagem dos fundamentos apresentados pelas partes e terceiros

interessados que efetivamente refletiram nos votos dos Ministros, apresentando-seuma crítica a respeito do tema abordado.

No presente artigo, optou-se pela pesquisa teórica-bibliográfica desenvolvida por meio da utilização do método dedutivo, a partir de material já publicado, constituído principalmente da análise de bibliografia e documentos, tais como, jurisprudências, legislação e periódicos, que versam sobre a temática, com ênfase no Direito Constitucional e no Direito Processual.

1. DO PRINCÍPIO DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS:

Parte-se do pressuposto de que toda decisão judicial deve ser devidamente fundamentada, nas quais todos os argumentos apresentados pelas partes e interessados devem ser devidamente enfrentados por ocasião da prolação judicial. No controle de constitucionalidade concentrado não é diferente, cada voto dos Ministros do STF devem ser pronunciados com essa observância, sob pena de se ferir o princípio da fundamentação das decisões judiciais.

A Emenda Constitucional nº 45 de 2004, passou a prever expressamente, no artigo 93, IX, da Constituição Federal, o princípio no qual "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade". Com isto todas as decisões judiciais passaram a ter a obrigatoriedade de fundamentação.

Posteriormente, o Código de Processo Civil de 2015, nessa mesma esteira, dispôs acerca da exigência de fundamentação dos julgados em seu artigo 11. O Novo Código foi além do Código de 1973, vindo a estabelecer as hipóteses em que não considera atendida a exigência da fundamentação. Tais hipóteses, apesar de se estenderem por todo o Código, nos artigos 984, § 2º, 1.029,§ 2º, 1.038, § 3º, e 1.043, § 5º, estão mais evidentes no art. 489, § 1º.

No referido artigo 489, § 1º, em seu inciso IV, há a previsão em que se considera não fundamentada a decisão que "não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador." Referido dispositivo legal estabelece que ao magistrado cabe o enfrentamento dos fundamentos "capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada", cabe ressaltar que não se trata de toda e qualquer alegação.

Para que se chegue à conclusão se um argumento é ou não adequado, pressupõe, antes, que tal argumento seja analisado. O que se exige, então, é que o magistrado decline as razões pelas quais o entende infundado.

Desta feita, é imprescindível que o magistrado tenha o cuidado de explicar os porquês da sua decisão, quer seja favorável ou desfavorável, pois tal explicação é inafastável e inerente aos direitos das partes.

Também chamado de princípio da motivação das decisões judiciais, referido princípio tem como escopo impor limites a atuação jurisdicional, para evitar qualquer arbitrariedade em detrimento dos direitos inerentes aosjurisdicionados.

Nessa esteira de raciocínioRogério BellentaniZavarize (2004) aduz que:

> "O dever de fundamentar as decisões judiciais, ao mesmo tempo em que é um consectário de um Estado Democrático de Direito, é também uma garantia. Quando o jurisdicionado suspeitar que o magistrado decidiu contra a lei, desrespeitando direitos fundamentais ou extrapolando suas funções institucionais, deverá buscar na fundamentação da decisão subsídios para aferir a

> qualidade da atividade jurisdicional prestada. É a inserção dessa garantia no texto da Constituição é da maior relevância" (ZAVARIZE, 2004)

Por sua vez, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, por ocasião da prolação de seu voto como relator no HC 68.530/SP disse que decisões sem fundamentação são decisões nulas:

> "A exigência de motivação dos atos jurisdicionais constitui, hoje, postulado constitucional inafastável, que traduz, em sua concepção básica, poderoso fator de limitação do próprio poder estatal, além de constituir instrumento essencial de respeito e proteção às liberdades públicas. Atos jurisdicionais, que descumpram a obrigação constitucional de adequada motivação decisória, são atos estatais nulos".(Min. Celso de Mello, do STF, como relator do HC 68.530/SP)

Para que uma decisão judicial não seja passível de nulidade, inclusive em sede de Controle Concentrado de Constitucionalidade, faz-se necessário que os Ministros se pronunciem de forma fundamentada e enfrente todos os argumentos apresentados pelas partes e interessados. Neste viés, Cíntia Garabini Lages (2016) aduz que:

> "Dessa forma, são aplicáveis ao processo de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, da publicidade, da fundamentação das decisões, do juiz natural, entre outros." (LAGES, 2016)

Para se garantir aos jurisdicionados uma atividade jurisdicional embasada nos preceitos constitucionais previstos na Constituição, faz se necessária a observância a fundamentação das decisões.

2. O OBJETO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADENA ADI: 4.439/DF

Na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade de número 4.439 do Distrito Federal, questionou-se a constitucionalidade do ensino religioso confessional como disciplina facultativa dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.

Um dos dispositivos legais questionados é o Art. 33, *caput* e §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.394, de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – "LDB"), o qual dispõe que:

> Art. 33 O ensino religioso, de matrícula facultativa, é parte integrante da formatação básica do cidadão e constitui disciplina de horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, vedadas quaisquer formas de proselitismo.
> § 1º - Os sistemas de ensino regulamentarão os procedimentos para definição dos conteúdos do ensino religioso e estabelecerão as normas para a habilitação e admissão dos professores.
> § 2º - Os sistemas de ensino ouvirão entidade civil, constituída pelas diferentes denominações religiosas, para a definição dos conteúdos os ensinos religiosos. (BRASIL, 1996)

A PGR sustentou não ser viável que, em nome da laicidade do Estado, se adote uma posição que negue qualquer possibilidade de ensino de religião nas escolas públicas, bem como que se admite transformar a escola pública em um espaço de catequese e proselitismo religioso, católico ou de qualquer outra confissão.

Para a PGR, a escola pública não é lugar para o ensino confessional e também para o interconfessional ou ecumênico, tendo em vista que estes têm o propósito de

inculcar aos alunos princípios e valores religiosos partilhados pela maioria, com prejuízo das visões ateístas, agnósticas ou de confissões com menor poder na esfera sócio-política, pois que, mesmo no ensino interconfessional não há laicidade do Estado.

A tese central da PGR consiste em afirmar que a única forma de se compatibilizar o caráter laico do Estado Brasileiro com o ensino religioso nas escolas públicas, é através da adoção de um modelo, não confessional, no qual o conteúdo programático das disciplinas consistem na exposição de doutrinas, das práticas, da história e de dimensões sociais das diferentes religiões, além de exposições de posições não religiosas, como o ateísmo e o agnosticismo, pautado na não tomada de partido por parte dos educadores, que devem ser professores regulares da rede de ensino e não pessoas ligadas às igrejas ou confissões religiosas.

Esse formato seria o único compatível com o princípio da laicidade do Estado, pois somente assim é que se pode formar cidadãos e pessoas autônomas, de modo a se atingir um dos mais nobres objetivos constitucionais subjacentes ao direito à educação. Nesse modelo, as pessoas são capazes de tomar decisões por si próprias, em

todos os campos de sua vida, em especial no da religiosidade.

Sustenta que a expressão "católico e de outras religiões", prevista no Artigo 11, do Acordo Brasil - Santa Fé, relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, aprovado pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 698/09 e promulgado pelo Presidente da República por meio do Decreto nº 7.107/10, deve ser extraída, por ser um modelo de ensino religioso confessional, o que estaria em desconformidade com a Carta Maior.

Um dos principais argumentos da PGR consiste em que, esta confusão entre Estado e religião nesta seara não só viola o princípio constitucional da laicidade do Estado, como deixa de promover a autonomia do educando. E, pior, cria-lhe constrangimentos e discrimina indevidamente crianças e adolescentes, cujos direitos fundamentais revestem-se de caráter absolutamente prioritário no ordenamento constitucional brasileiro.

3. ARGUMENTOS APRESENTADOSNA ADI: 4.439/DF

Apresentado o que foi o objeto da ADI:4.439/DF, bem como quais foram as partes requerentes e interessados, os *amicus curiae*, passa-se ao estudo dos argumentos que foram apresentados pela parte requerente e pelos interessados.

Instado a prestar informações o Presidente da República, manifestou que a referida LDB, que trata do ensino religioso, encontra-se em perfeita sintonia com o texto constitucional, uma vez que não obriga os discentes a seguirem qualquer doutrina religiosa e nem prevê que as escolas fixem o conteúdo programático das disciplinas com base em dogmas de algum segmento religioso. Para o Presidente da República, o simples fato da disciplina de ensino religioso ser facultativa torna o ensino de caráter não confessional.

Dessa forma, no entender da Presidência da República, o Art. 33, *caput* e §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.394, de 1996, não conduz a multiplicidade de interpretações sobre o sentido e o alcance do preceito ali contido, razão pela qual não merece guarida o pleito da PGR.Para o Poder Executivo Federal, a vedação do proselitismo e a previsão constitucional da laicidade do Estado não indicam que a única modalidade de ensino religioso que pode ser ministrado nas escolas públicas seja aquela de caráter não-

confessional. Argumenta que a Lei nº 9.394 apenas veda o proselitismo religioso nas escolas, sendo permitido os ensinos confessionais, interconfessionais e não-confessionais.

A Presidência da República sustenta que a proibição de se contratar professores que sejam representantes de determinadas denominações religiosas afronta os princípios constitucionais da igualdade e da não discriminação, uma vez que, se determinado professor, aprovado em concurso público, vier a ser impedido de assumir o cargo, por ser representante de determinada denominação religiosa, trata-se de uma discriminação totalmente inconstitucional, haja vista que, de acordo com Artigo 5º, VIII, CF, "ninguém será privado de direitos por motivos de crença religiosa ou convicção política".

No que tange ao pleito da PGR, em que pugna pela declaração da inconstitucionalidade parcial do Artigo 11, do Acordo Brasil - Santa Fé, para que seja extraída a expressão "católico e de outras religiões", o Poder Executivo Federal manifesta no sentido de que tal expressão está em perfeita consonância com a Carta Política, uma vez que garante a diversidade de religiões, sendo a denominação "Católico" somente um exemplo das

várias denominações religiosas que podem contemplar o referido dispositivo legal.

A Câmara dos Deputados se ateve a aduzir que os dispositivos legais objetos da ADI foram processados dentro dos "mais estritos trâmites constitucionais e regimentais atinentes à espécie". Por sua vez, o Senado Federalseguiu seu discurso na mesma linha da Câmara dos Deputados.

A Advocacia-Geral da União também se manifestou pelaimprocedência do pedido. Argumentou que o art. 210, §1º, da Constituiçãoevidencia que "o ensino religioso a ser ministrado nas escolas públicas não temcunho "aconfessional", pois, se possuísse essa natureza, não haveria razão para quefosse de matrícula facultativa aos alunos". Assim, o caráter facultativo e avedação ao proselitismo seriam suficientes para tornar o ensino religiosoharmônico com os demais princípios constitucionais envolvidos. A AGUdefendeu que a contratação de professores é regida pelas disposiçõesgerais de admissão no serviço público, incluindo a realização de concursopúblico, de modo que não seria compatível com o princípio da igualdadevedar que professores vinculados a instituições religiosas ingressem nasinstituições estatais de ensino. Finalmente, quanto ao Acordo Brasil-SantaSé,

afirmou que a norma não contraria o texto constitucional, pois prevêexpressamente o respeito à diversidade cultural e religiosa do país.

Por sua vez a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) manifestou-se no sentido de entender que, por o Art. 33, *caput* e §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.394, de 1996 estipular que a disciplina de ensino religioso é de caráter facultativo, esta pode ser ministrada por representantes de denominações religiosas e de forma confessional, que não violaria qualquer preceito constitucional.

O Fórum Nacional Permanente do Ensino Religioso (FONAPER) iniciou sua tese, aduzindo que a Constituição da República assegura o EnsinoReligioso de matrícula facultativa, ministrado de acordo com a convicçãoreligiosa do aluno, defendendo o Ensino Religioso como área de conhecimento,que veicula os saberes religiosos historicamente construídos pelahumanidade, que,valorizando a diversidade cultural presente na sociedade brasileira, deveproporcionar o conhecimento dos elementos básicos que compõem ofenômeno religioso, a fim de possibilitar esclarecimentos sobre o direito àdiferença.

Alegou que a educação, para promover a liberdadereligiosa precisa desenvolver práticas

pedagógico-didáticasque despertem para o exercício da sensibilidade diante de qualquerdiscriminação religiosa no trato cotidiano, no respeito à identidade naalteridade, no encontro com as diferentes expressões religiosas e com o outro.

A Conferência dos Religiosos do Brasil (CRB) argumentou que a procedência da ADI proibirá que os membros da CRB possam frequentar as escolas públicas em todo Brasil, em grave flagrante ao texto constitucional, não indicando o dispositivo que estaria se contrariando. Afirma que a interpretação que o Ministério Público Federal confere aos dispositivos objeto da ADI conferem automaticamente uma conotação de que a participação dos religiosos é maléfica e lesiva, como se a presença de religiosos em salas de aulas fossem necessariamente uma pratica da alienação de crianças e jovens e do recrutamento proselitista (em sua concepção mais pejorativa).

Para a CRB tais dispositivos, objeto da ADI, não afrontam a Carta Maior, haja vista que a real intenção do legislador é possibilitar a instrução de doutrinas, das mais variadas confissões religiosas, às crianças, sendo essa uma possibilidade, uma faculdade e não uma obrigatoriedade.

Basicamente a Associação Nacional de Educação Católica do Brasil (ANEC) intervém na ADI com a

finalidade de tornar evidente o erro da PGR em querer demonstrar que o ensino religioso propriamente dito não é o que se tem proteção pela Carta Política, tampouco pela LDB, no qual faz-se presumir que a doutrina religiosa é um mal em si mesmo. A ANEC sustenta que é perfeitamente constitucional a instrução de cada uma das religiões (inclusive a católica), nas escolas públicas.

A Grande Loja Maçônica do Estado do Rio de Janeiro (GLMERJ) manifestou-se no sentido de entender que o Artigo 11, do Acordo Brasil - Santa Fé, relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, está com manifesta desconformidade com o Princípio Constitucional da Liberdade religiosa, uma vez que institui o ensino religioso católico por imposição, não o fazendo com as demais religiões, sustentando que essas demais religiões se quer tenham um Estado internacionalmente reconhecido, como o é, no caso do catolicismo, configurando esse privilégio que este dispositivo legal pretende conferir ao catolicismo.

A Ação Educativa Assessoria, pesquisa e informação; Conectas Direitos Humanos; ECOS - Comunicação em Sexualidade; Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM); e a Relatoria Nacional para o Direito

Humano à Educação da Plataforma Brasileira de Direitos Humanos Econômicos, sociais, culturais e ambientais (Plataforma DHESCA BRASIL), representadas pelo mesmo patrono, apresentaram, conjuntamente, os mesmos argumentos, dentre os quais, afirmaram que a ausência de parâmetros interpretativosvinculantes do que determina a Constituição, inclusive em relação ao financiamentodesse ensino e a forma de mobilização de docentes, os sistemas de ensino vêmampliando a presença do ensino confessional (ou interconfessional,pluriconfessional, ecumênico etc) e do proselitismo religioso nas escolas públicas,com graves consequências para a realização dos princípios da laicidade e da igualdadee, consequentemente, criando um ambiente propício à violação dos direitos humanos eda diversidade cultural.

Para estes intervenientes, o ensino religioso não compõe o conteúdo obrigatório do ensinofundamental público. O ensino religioso não é parte da formação básica obrigatória do cidadão,mas expressão da liberdade de religião. A Constituição não confere um direito público subjetivo ao ensino religioso,mas reconhece uma prerrogativa constitucional que pode ou não serexercida. Entendem que o ensino religioso, ao menos nas formas de ensino confessional, não podeacarretar ônus direto para o

Estado. Por fim, entendem que o acordo firmado entre o Brasil e a Santa Fé é um grave risco ao princípio da Laicidade, corroborando com os argumentos apresentados pelo *Parquet*, endossando todos os seus pedidos na peça inicial.

A ANIS - Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero manifestou-se no sentido de concordar com todos os argumentos apresentados na peça vestibular da Procuradoria Geral da República, apresentando seus argumentos apenas em sede de sustentação oral.

A Associação Brasileira de Ateus e Agnósticos inicia sua manifestação aduzindo que concorda e corrobora com todos os argumentos apresentados na peça vestibular da Procuradoria Geral da República, tendo como argumento central de sua peça acessória a liberdade religiosa, que entende ser um princípio constitucional implícito, princípio este que inspira a produção de diversas normas eimpõe a adoção de um regime político de clara separação entre Estado e Igreja.Sustenta sobre a necessidade de se ter o efeitorepristinatório, o restabelecimento da redação anterior do art. 33 da Lei de Diretrizes e Bases daEducação (Lei nº. 9.394/96).

A Liga Humanista Secular do Brasil (LIHS) inicia sua petição de requerimento de sua admissão com *Amicus*

Curiae aduzindo que concorda e corrobora com todos os argumentos apresentados na peça vestibular da Procuradoria Geral da República.

A União dos Juristas Católicos do Rio de Janeiro (UJUCARJ), a Associação dos Juristas Católicos do Rio Grande do Sul, e a União dos Juristas Católicos de São Paulo (UJUCASP), representadas pelo mesmo patrono, apresentaram, conjuntamente, os mesmos argumentos, afirmando que a interpretação dos dispositivos legais, objeto da ADI, estão em conformidade com o direito constitucional pátrio, uma vez que a Carta Magna faz referência expressa ao ensino religioso que deve ser ministrados de acordo com a confissão religiosa do aluno, bem como a LDB que define que, para se estipular o conteúdo programático da disciplina de ensino religioso, deve-se ouvir diferentes denominações religiosas, o que deixa clara a abertura para a possibilidade do ensino religioso confessional.Alega que o acordo do Brasil com a Santa Fé em nada colide com a Constituição, uma vez que a previsão do ensino religioso católico é apenas exemplificativo, deixando margem para as demais confissões religiosas, assegurando a diversidade cultural religiosa do Brasil, não havendo qualquer forma de discriminação.

4. ANÁLISE DA FUNDAMENTAÇÃO DOS VOTOS DOS MINISTROS DO STF NA ADI: 4.439/DF

Apresentados os argumentos da requerente e dos terceiros interessados (os *amicus curiae*), passa-se ao estudo dos votos de cada Ministro do Supremo Tribunal Federal, no qual será dado um enfoque na fundamentação dos votos, para verificar se os argumentos apresentados pelas partes e interessados foram observados por ocasião da prolação de cada voto dos Ministros.

O Relator da ADI, o Ministro Barroso aduz que "*o ensino religioso ministrado em escolas públicas deveser de matrícula efetivamente facultativa e ter caráter nãoconfessional, vedada a admissão de professores na qualidadede representantes das religiões para ministrá-lo*".

Apesar de apresentar um voto extenso e robusto, o Ministro Relator faz menção apenas à fundamentação da Associação Brasileira de Ateus e Agnósticos.Em seguida, proferiu seu voto, o Ministro Redator do Acórdão, Alexandre de Moraes, o qual também não enfrentou qualquer dos argumentos apresentados pela parte Autora e interessados. Apesar disso, pode-se verificar em seu voto a identidade de argumentos com as manifestações da

Presidência da República, da CNBB, da CRB, da UJUCARJ, da UJUCASP.

O Ministro Alexandre de Moraes votou pela improcedência da ADI, por não vislumbrar, nos dispositivos questionados na inicial, "*nenhuma ofensa aos ditames constitucionais, e afirmando a constitucionalidade do ensino religiosoconfessional como disciplina facultativa dos horários normais das escolaspúblicas de ensino fundamental*".

O Ministro Edson Fachinjulgou improcedente a ADI, no que acompanhou, porfundamentos diversos, o Ministro Alexandre de Moraes.O Ministro não faz nenhuma menção às teses apresentadas pela parte ou interessados, se atém apenas a cumprimentar as sustentações que ocorreram na tribuna.

Por sua vez, a Ministra Rosa Weber prolatou seu voto, sem maiores delongas, no qual ela "julga procedente a ADI, acompanhando na íntegra o eminenteRelator, inclusive quanto à tese por ele proposta", sustentando queo ensino religioso nas escolas públicas, de matrículafacultativa, só pode ser o de naturezanão confessional, o que igualmente afasta o ensinoreligioso interconfessional ou ecumênico, sob pena decomprometimento do próprio princípio da laicidade, que

implicaabsoluta neutralidade do Estado frente à pluralidade de crenças, não fazendo nenhuma menção às teses apresentadas pela parte ou interessados, atendo-se a cumprimentar "as brilhantes sustentações".

Posteriormente, o Ministro Luiz Fux julgou procedente a ADI, acompanhando os votos do Ministro Relator, Edson Fachin e Rosa Weber, fazendo menção à tese apresentada pela Clínica de Direitos Humanos da UERJ, que atuou nacondição de *amicus curiae*.

Mais adiante em seu voto, o Ministro remeteu à manifestação da AGU (parte[48]), a qual sustenta que "*oensino religioso a ser ministrado nas escolas públicas não tem cunhoaconfessional, pois, se possuísse essa natureza, não haveria razão para que fossede matrícula facultativa aos alunos*". Segundo o Ministro Fux, o ponto não se sustenta, uma vez que, a facultatividade da matrícula expressa a cautela do constituinte emrelação aos interesses potencialmente em conflito, tais como os dos alunosateus ou agnósticos. Ainda que não-confessional, há

[48] Para Cíntia Garabini Lages (2016) "o Advogado-Geral da União não atua em nome próprio, mas como representante da União, dos interesses da União e dos órgãos que a integram, exercendo funções constitucionais especializadas." Segundo a autora, "o Advogado-Geral da União é parte, contraditor e não fiscal da ordem jurídico constitucional, papel este atribuído pela CF 88 ao Ministério Público."

significativorisco de o ensino violar a neutralidade estatal, sendo o constituintesensível a isso.

O Ministro Marco Aurélio acompanhou integralmente, inclusivequantoà tese de julgamento que formulou, o votoproferido pelo Ministro Relator, todavia não apresentou tampouco enfrentou qualquer argumentos apresentados pela parte e interessados.

O Ministro Gilmar Mendes entendeu não haver nenhumainconstitucionalidade dos dispositivos impugnados na ADI, tampouco a necessidade de realizar-se suainterpretação conforme à Constituição. O Ministro Gilmar Mendes não enfrentou ou corroborou com nenhum argumento apresentado pela parte ou pelos amigos da causa, ele se ateve a apresentar um voto com fundamentação basicamente no direito comparado, em especial o direito alemão.

O Ministro Dias Toffoli acompanhou o voto dos Ministros Alexandre de Moraes e Edson Fachin no sentido de julgar improcedente a ADI, uma vez que entende que o modelo de laicidade adotado no Brasil, compreendeuma abstenção por parte do Estado, pois obsta que o Poder Públicofavoreça corporações religiosas, prejudique indivíduos em decorrência desuas convicções e impeça a liberdade de expressão religiosa, mas abrangetambém, por

expressa previsão constitucional, condutas positivas que oPoder Público deve tomar para assegurar a liberdade religiosa, fazendo menção à apenas uma das fundamentações das parte e dos interessados, sendo da AGU.

Em seu voto, o Ministro Ricardo Lewandowskise atém a apresentar seu voto divergente do Relator, no sentido da improcedência da ADI, fundamentando seu voto basicamente com a comparação e exposição de fundamentos de casos julgados pela Corte de Estrasburgo, não fazendo menção, tampouco utilizando argumentos apresentados pela parte e interessados, da referida ADI.

O Ministro Celso de Mello aduz que "*oprincípio da laicidade do Estadoserá efetivamenterespeitado se, tratando-se de ensino religioso, este não tiver conteúdoconfessional, interconfessional ou ecumênico*". Dessa forma, ele acompanhou integralmente, inclusivequantoà tese de julgamento que formulou, o votoproferido pelo eminente Relator, todavia não apresentou tampouco enfrentou qualquer argumentos apresentados pela parte e interessados.

A Ministra Presidente Cármem Lúcia aduziu não enxergar submissão do Estado a qualquer religião nas normasquestionadas, na referida ADI, porque a oferta de

ensino religioso está prevista no § 1º doart. 210, da CF, condicionada à sua facultatividade. Por esse fundamento, não declara inconstitucionais as normas e julgou improcedente a ação, acompanhando a divergência iniciada peloMinistro Redator, em seus fundamentos, não enfrentou qualquer um dos argumentos apresentados pela parte e interessados.

Assim, pelos fundamentos acima expostos, por maioria de votos, o STF votou pela improcedência da referida ADI, por não vislumbrar ofensa aos ditames constitucionais,declarando constitucionais os artigos 33, *caput* e §§ 1º e2º, da Lei 9.394/1996, e 11, §1º, do Acordo entre o Governo da RepúblicaFederativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da IgrejaCatólica no Brasil, e afirmando a constitucionalidade do ensino religiosoconfessional como disciplina facultativa dos horários normais das escolaspúblicas de ensino fundamental.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho, a partir do estudo do controle de constitucionalidade, no modelo concentrado, teve por objetivo precípuo, com ênfase no princípio da fundamentação das decisões judiciais, analisar quais argumentos trazidos pela autora e interessados foram

levados em consideração por ocasião da prolação dos votos de cada Ministro do STF na ADI:4.439/DF, na qual se questionou a constitucionalidade do ensino religiosoconfessional como disciplina facultativa dos horários normais das escolaspúblicas de ensino fundamental.

Observou-se que os votos proferidos pelos Ministros do STF, com algumas pequenas excessões, não guardam qualquer relação com o argumentos apresentados pelas partes e interessados. O que pode-se denotar com a análise dos votos ministeriais trata-se de um verdadeiro "concurso de egos" no qual cada Ministro apresenta seus fundamentos em descompasso com os que foram apresentados ao caso, de modo que, nos extensos votos os Ministros se atém a apresentar seus pontos de vistas, sem enfrentar os argumentos da parte ou dos terceiros interessados.

O que se observa é que, de fato, a atuação desses terceiros interessados em nada influenciam nos votos dos Ministros, pois que, estes sequer enfrentam tais argumentos, simplesmente votam como se não houvessem manifestações e audiência pública, o que fere flagrantemente o princípio da fundamentação das decisões judiciais, tornando nula referida decisão colegiada.

Os argumentos apresentados pela parte e interessados refletiram nos votos apenas do Ministro Relator, Roberto Barroso e de Alexandre de Moraes, já os ministros Luiz Fux e Dias Toffoli fazem menção expressa à fundamentação de alguns dos *Amicus Curiae.*

A Ministra Rosa Weber, a exemplo dos demais ministros, não fizeram nenhuma menção às teses apresentadas pelas partes ou interessados, se atendo apenas a cumprimentar "as brilhantes sustentações".

Por fim, na fundamentação do Acórdão, verifica-se que não há referência expressa aos argumentos das partes, entretanto é possível verificar a identidade de fundamentação em relação às manifestações de quatro dos vinte e um *Amicus Curiae*.

Cumpre ressaltar que foi realizada na audiência pública para discutir o tema,na qual compareceramrepresentantes de inúmeras confissões religiosas, aí incluídos católicosprotestantes, pentecostais, espíritas, judeus, muçulmanos, cultos deorigem africana, budistas, bem como especialistas na área de educação eparlamentares.

Dessa forma, pode se constatar que a maioria dos *Amicus Curiae* defendem o modelo não confessional,

todavia, na decisão colegiada, foi privilegiado o interesse dos *Amicus Curiae*ligados a uma confissão religiosa, embora, em se tratando de número de entidades, sejam minoria, em relação à população como um todos, são maioria.

REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional.** Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicaoconstituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17mai. 2018.

BRASIL.**Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.**. Brasília, DF, 20dez. 1996. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/l9394.htm >. Acesso em: 04jul. 2018.

BRASIL. **Promulga o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, firmado na Cidade do Vaticano, em 13 de novembro de 2008**. Brasília, DF, 11fev. 2010. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7107.htm >. Acesso em: 04jul. 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 22. ed., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

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

COMELLA, Víctor Ferreres. **Una Defesa del Modelo Europeo de Control de Constitucionalidad**. Madrid: Marcial Pons, 2011.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Controle de constitucionalidade**: teoria e prática. 9. ed. Salvador: Juspodvm, 2007. 11 p. Disponível em: <https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/26de930cede5eadd8ae0e622c9163941.pdf>. Acesso em: 16mai. 2018.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LAGES, Cintia Garabini. **O Caráter Objetivo dos Procedimentos de Controle Concentrado de Constitucionalidade**: análise da sua legitimidade. Pará de Minas: VirtualBooks, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade:** estudos de direito constitucional. 4. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20 ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002.

STF, Pleno, **HC 68.530/SP**, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 01.02.2013.

STF, Pleno, **ADI 4.439/DF**, Rel. Min. Luis Roberto Barroso, DJ de 21.06.2018.

ZAVARIZE, Rogério Bellentani. **A fundamentação das Decisões Judiciais.** 1 ed. – Campinas/SP: Millennium, 2004.

REFORMA TRABALHISTA E CONTRIBUIÇÃO SINDICAL SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA LIBERDADE SINDICAL

LABOR REFORM AND TRADE UNION CONTRIBUTION UNDER THE OPINION OF THE PRINCIPLE OF FREEDOM OF ASSOCIATION

Ana Cláudia de Pinho Godinho
Jessica Duque Cambuy

Resumo

Este trabalho tem como objetivo investigar a lei 13. 467/2017, com relação às mudanças sobre contribuição sindical. Mediante pesquisa bibliográfica e documental, demonstrou-se que a lei inovou no instituto de contribuição sindical, tendo em vista o princípio da liberdade sindical previsto na Constituição Federal. Deste modo, os sindicatos terão que se reestruturar para que os trabalhadores percebam a importância de contribuir. E para isso, é necessário um sindicato atuante com relação a interesses coletivos.

Palavras-chave: Lei 13.467/2017; Contribuição sindical; Princípio da liberdade sindical.

Abstract

This study aims to investigate the law 13. 467/2017 regarding the changes on union contribution. Through a bibliographical and documentary research, it was

demonstrated that the law innovated in the institute of union contribution, in view of the principle of freedom of association established in the Federal Constitution. In this way, trade unions will have to restructure so that workers realize the importance of contributing. And to do this, we need an active union with respect to collective interests.

Keywords: Law 13,467 / 2017; Union contribution; Principle of freedom of association

1. Introdução

O objetivo geral da pesquisa é investigar a lei 13.467/2017, denominada reforma trabalhista, no que concerne a mudanças ocorridas na contribuição sindical. Ou seja, pretende-se analisar a não obrigatoriedade do pagamento do tributo de acordo com o princípio da liberdade sindical.

A escolha do tema justifica-se em razão da sua atualidade, relevância jurídica, prática e social. A problemática proposta visa analisar a mudança normativa no direito do trabalho e as consequências para os trabalhadores, tendo em vista a não obrigatoriedade de pagamento da contribuição sindical.

O estudo bibliográfico da reforma nas leis trabalhistas, no que tange a mudança na contribuição

sindical foi fundamental para o entendimento específico do assunto. Pretendeu-se com o presente estudo destacar a importância do debate, apontar aporias, despertar a curiosidade epistemológica, tendo em vista a atualidade do tema, no contexto do princípio da liberdade sindical como fundamento jurídico regente de toda a reflexão científica.

Através dessas premissas iniciais, desenvolveu-se estudo pontual sobre reforma trabalhista, bem como a alteração na forma de cobrança do imposto sindical, desobrigando os empregados e as empresas a contribuírem.

Assim, delimitou-se que a não obrigatoriedade do pagamento da contribuição sindical está em consonância com a Constituição Federal Brasileira de 1988, que prevê o princípio da liberdade sindical.

Nesse contexto, a pergunta problema proposta foi a seguinte: a não obrigatoriedade do pagamento da contribuição sindical pode ser considerada um avanço, tendo em vista o princípio da liberdade sindical consagrado no texto constitucional?

A utilização do método dedutivo viabilizou a delimitação do tema, partindo-se dos direitos dos trabalhadores, direito de liberdade sindical, alterações ocorridas na lei 13.467/2017 e suas consequências.

Os procedimentos técnicos utilizados para a realização do estudo foram pesquisa bibliográfica e pesquisa documental. A fim de se conhecer mais a fundo o assunto em questão, realizou-se pesquisas em livros, artigos, teses e dissertações de autores que falam diretamente sobre os assuntos abordados nesse estudo, como as mudanças ocorridas pela lei 13.467/2017 e seus impactos nos direitos trabalhistas.

A reforma trabalhista ocorrida em 2017 inovou o direito do trabalho brasileiro em alguns aspectos, sobretudo com relação à garantia de princípios consagrados na Constituição Federal.

No que tange a contribuição sindical, deixou de ser obrigatório o seu desconto em contracheque, cabendo ao empregado decidir se quer contribuir. Assim, os sindicatos agora tem que se reestruturarem, demonstrando os serviços e benefícios conseguidos à categoria.

2. Direito Coletivo

O Direito do Trabalho é um ramo jurídico especializado, que regula a relação de trabalho, tendo em vista a melhoria da condição social do trabalhador, através de medidas protetoras.

O Direito do Trabalho – como qualquer ramo jurídico - constitui um complexo coerente de institutos, princípios e normas jurídicas, que resulta de um determinado contexto histórico específico. (DELGADO, 2011, p. 85)

Surgiu com a Revolução Industrial, no século XVIII, na Inglaterra, devido à intensificação das relações de trabalho decorrentes da necessidade de mão de obra para trabalhar na indústria. O empregado presta serviços de acordo com a orientação do empregador, que lhe dá uma contraprestação.

Maurício Godinho Delgado (2011) afirma:

> O Direito do Trabalho é, pois, produto cultural do século XIX e das transformações econômico-sociais e políticas ali vivenciadas. Transformações todas que colocam a relação de trabalho subordinado como núcleo motor do processo produtivo característico daquela sociedade. Em fins do século XVIII e durante o curso do século XIX é que se maturaram, na Europa e Estados Unidos, todas as condições fundamentais de formação do trabalho livre mas subordinado e de concentração proletária, que propiciaram a emergência do Direito do Trabalho. (DELGADO, 2011, p. 87)

No Brasil, o primeiro período significativo na evolução do Direito do Trabalho foi de 1888 a 1930, sendo caracterizado por manifestações esparsas. Foi um período em que as relações empregatícias se apresentavam

somente no segmento agrícola cafeeiro. Nesse período, já existiam movimentos operários, no entanto, não tinha capacidade de organização e pressão. Esse período se destaca pelo surgimento disperso de algumas normas justrabalhistas.

Em 1930 deu-se início a segunda fase da evolução do Direito do Trabalho, denominada de fase de institucionalização, pois firmou a estrutura jurídica e institucional de um novo modelo trabalhista. O modelo justrabalhista mencionado forma-se a partir de políticas integradas. A área sindical seria também imediatamente objeto de normatização federal, através do Decreto nº 19.770/1931, que cria uma estrutura sindical oficial, baseada no sindicato único, submetido ao reconhecimento pelo Estado e compreendido como órgão colaborador deste. (DELGADO, 2011, p. 110)

Na análise comparativa entre as duas primeiras fases, fica evidente que deu-se um salto, da fase de manifestações esparsas para a fase institucionalização do direito do trabalho, sem que ocorresse a maturação político-jurídica propiciada pela fase da sistematização e consolidação. (DELGADO, 2011, p. 111)

No Brasil, a Constituição de 1934 foi a primeira a ter normas específicas de Trabalho. A Constituição de 1937 previu normas de intervenção do

Estado na relação de trabalho, proibindo greve e instituindo sindicatos.

Com o intuito de regular as relações trabalhistas, foram editadas diversas leis esparsas, que deram origem a Consolidação das Leis Trabalhistas, criada pelo Decreto-Lei 5.452/ 1943.

Nesse contexto, foi criado o direito coletivo do trabalho, que é o ramo que tutela os conflitos de interesses existentes entre empregados e empregadores, a organização sindical e a representação dos trabalhadores. É o instituto que cria normas que regula as relações de trabalho e as atividades dos empregados enquanto grupo organizado. Surgiu mais expressivamente após a Revolução Industrial, com o reconhecimento do direito de livre associação dos trabalhadores.

> O Direito Coletivo do Trabalho, por sua vez, regula as relações inerentes à chamada autonomia privada coletiva, isto é, relações entre organizações coletivas de empregados e empregadores e/ou entre as organizações obreiras e empregadores diretamente, a par das demais relações surgidas na dinâmica da representação e atuação coletiva dos trabalhadores. (DELGADO, 2011, p. 1217)

Esse ramo do direito tem sua categoria básica nas relações coletivas entre empregados e empregadores. Sendo assim, é caracterizado por sindicatos, que são

associações que reúnem pessoas de mesmo segmento econômico ou trabalhista, bem como de empresários.

Os sindicatos ganharam destaque por volta de 1720, no entanto, somente em 1875 que foi criada a primeira lei reconhecendo o direito de associação dos trabalhadores. No Brasil, antes de 1930, o direito do trabalho encontrava-se apenas em manifestações esparsas. As primeiras associações de trabalhadores livres e assalariados surgiram nas décadas finais de século XIX, ampliando-se no início do século XX.

Em 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem determinou que todo trabalhador tem direito a fazer parte de um sindicato e, a partir daí, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) passou a tutelar e fiscalizar esse direito em escala global.

O sindicato é entidade associativa permanente que representam trabalhadores e empregadores, visando à defesa dos seus interesses coletivos. A denominação "sindicato" é utilizada no ordenamento jurídico brasileirotanto para identificar associações de trabalhadores quanto de empregadores.(MARTINEZ, 2016, p. 1488)

A Constituição Federal de 1988 por ter baseado no Estado Democrático de Direitodispõe que é direito do trabalhador a livre associação sindical, bem

como, garante que a criação de sindicatos é livre, autônoma e independente de prévia autorização do Estado.

O desequilíbrio da relação trabalhista entre empregado e empregador, dificulta que o empregado sozinho busque os seus direitos. Assim, para atender essa necessidade criam-se os sindicatos, que são agentes representativos de uma coletividade de trabalhadores. Os sindicatos, segundo a Constituição Federal, tem como função precípua a representação de uma categoria de trabalhadores, visando à defesa dos direitos e interesses.

3. Contribuição sindical e o princípio da liberdade sindical

A lei trabalhista brasileira faz menção a quatro tipos de contribuições dos trabalhadores para sua respectiva entidade sindical, são elas: contribuição sindical obrigatória, contribuição confederativa, contribuição assistencial e das mensalidades dos associados do sindicato.

> A contribuição sindical obrigatória é a mais controvertida, do ponto de vista político-ideológico, dessas receitas. Prevista numa ordem jurídica desde a implantação do tradicional sistema sindical corporativista, há várias décadas, inicialmente sob a denominação de imposto sindical, foi, tempos depois, rebatizada com epíteto mais eufemístico,

> ainda hoje prevalecente. (DELGADO, 2011, p. 1275)

A contribuição sindical é o pagamento de cota única e anual devida pelos empregados aos empregadores. Até o ano de 2017 era o equivalente a um dia de trabalho, que será repassado aos sindicatos. Assim, pagavaa contribuição todos àqueles pertencentes à categoria, independente de serem sindicalizados. Era obrigatório também às empresas recolherem o tributo aos sindicatos representantes da sua atividade.

Dessa forma, tal tributo garantia uma receita, sem que houvesse de fato uma contrapartida. Destarte, mesmo que a entidade sindical não trabalhasse para garantir à sua categoria melhores condições de trabalho, ou outros benefícios, ela recebia anualmente um faturamento.

O grande valor financeiro arrecadado limitava a alternância do poder e fazia com que os objetivos do sindicato fossem outros, como satisfação de interesses pessoais, em detrimento dos anseios da classe trabalhadora.

Essas contribuições realizadas pelos trabalhadores eram as principais fontes de rendimento das entidades sindicais. Até a reforma instituída pela lei 13. 467/17, a estrutura sindical era financiada, principalmente, pelo imposto sindical e a contribuição associativa.

Com a promulgação da lei 13.467/17, o imposto sindical deixou de ser obrigatório, devendo ser descontado somente com a concordância expressa do trabalhador. Assim, a manutenção dos sindicatos se dará através de taxas associativas e não mais contribuição compulsória. Houve uma reclassificação da taxa, que antes era de natureza tributária, agora será de natureza civil, perdendo o caráter de obrigatoriedade.

Neste sentido afirma Aldemiro Rezende Dantas Junior (2017)

> Agora, é necessário fazer o caminho inverso, e para isso será necessário algum tempo, para que os sindicatos se reestruturem e possam sair à luta, mostrando serviço para os integrantes da categoria e mostrando que efetivamente existe vantagem em ser associado à entidade sindical. Além do mais, a acomodação que se viu foi da direção do sindicato, e não se mostra coerente fazer com que toda a categoria pague por isso. (DANTAS JUNIOR, 2017, p. 283)

O Direito Coletivo do Trabalho enquanto matéria jurídica especializada constitui um sistema composto por princípios. Neste rol de princípios está o princípio da liberdade associativa.

A Constituição Federal determina, no artigo 8º, que seja livre a associação sindical, assim cabe ao trabalhador decidir se quer se filiar ao sindicato ou não. Nesse sentido, o constituinte de 1988 fez opção pela

manutenção de um modelo de sindicalismo sustentado na unicidade sindical, representatividade obrigatória e custeio das entidades sindicais por meio da contribuição sindical.

O princípio da liberdade de associação assegura consequência jurídico-institucional a qualquer iniciativa de agregação estável e pacífica entre pessoas, independentemente de seu segmento social ou dos temas causadores da aproximação. (DELGADO, 2011, p. 1241)

Afirma Luciano Martinez (2016) que há, portanto, uma evidente incongruência no conceito de liberdade sindical previsto no texto constitucional, uma vez que não há como ser livre sem efetivamente sê-lo.

> Há a garantia constitucional da liberdade sindical embutida no caput do artigo 8° da Constituição Federal. O alcance dessa garantia, de forma geral, está sendo mitigado pelos sindicatos dos trabalhadores, com a justificativa da necessidade do aparelhamento sindical. A cobrança de contribuições, de maneira forçada, de trabalhadores não filiados é uma forma de ignorar a liberdade sindical e retirar desses trabalhadores a sua liberdade de escolha de filiação. (FILHO, 2015, p. 172)

Efetivamente, o modelo sindical livre, que atenda ao princípio da liberdade sindical não pode conviver com a compulsoriedade de representação. A formação histórica dos sindicatos brasileiros revelou forte intervenção do Estado na representação classista com

controle político e ideológico, favorecido pela instituição de contribuição compulsória controlada pelo Estado e subtraída de trabalhadores e empregadores totalmente desvinculados, em sua maioria, de representação formal legal.

Assim, o princípio da liberdade associativa e sindical caracteriza-se por ser princípio basilar do direito sindical, assegurado pela Constituição Federal de 1988, que visa estabelecer o direito de associação de trabalhadores e empregadores de maneira democrática, sem intervenção e sem a necessidade de autorização prévia do Estado.

O princípio da liberdade sindical é a espinha dorsal do Direito Coletivo representado por um Estado Social e Democrático de Direito. É um direito subjetivo público que veda a intervenção do Estado na criação ou funcionamento do sindicato. (CASSAR e BORGES, 2017, p. 71)

A Convenção 87 da OIT, não ratificada pelo Brasil, informa que essa liberdade consiste no direito dos empregadores e trabalhadores, sem distinção e intervenção estatal, de constituírem as organizações que consideram convenientes, assim como de se filiarem a essas organizações ou delas se desligarem. (CASSAR e BORGES, 2017, p. 71)

O artigo 23 da Declaração dos Direitos Humanos também destaca a liberdade sindical, reforçando o caráter de princípio fundamental.

Neste sentido, a liberdade sindical possui duas características: a individual e a coletiva. Denomina-se coletiva a liberdade de o grupo constituir o sindicato de sua escolha, com a estrutura e o funcionamento que desejar, com autonomia.

Já a individual caracteriza-se como,

> A liberdade individual pode ser positiva ou negativa. Na positiva estão incluídos os seguintes direitos: a) o direito dos trabalhadores e dos empregadores de se reunirem a companheiros de profissão ou a empresas com atividades iguais ou conexas para fundar sindicatos ou outras organizações sindicais; b) o direito de cada trabalhador ou empregador de se filiar a essas organizações e nelas permanecer. Sob a ótica negativa, a liberdade sindical individual abrange: a) o direito de se retirar de qualquer organização sindical, quando quiser; b) o direito de não se filiar a sindicato ou outra organização sindical. (CASSAR e BORGES, 2017, p. 71)

A interpretação constitucional da liberdade sindical deve ser entendida como princípio fundamental, uma vez que está diretamente ligada a outros princípios, como a dignidade da pessoa humana e do direito do trabalho.

Neste sentido, é possível afirmar que o Brasil ainda não adotou a ampla liberdade sindical, no entanto, a lei 13.467/2017 representa grande avanço, pois retira a compulsoriedade da contribuição anual sindical e faz com que os sindicatos atuem com maior efetividade, buscando interesses da categoria, para ter maior adesão e, consequentemente, fortalecimento da classe.

4. Decisão do Supremo Tribunal Federal

No dia 29 de Junho de 2018, o Supremo Tribunal Federal julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5794, na qual se questionou o fim da compulsoriedade da contribuição sindical.

A ação foi proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Transporte Aquaviário e Aéreo, na Pesca e nos Portos – CONTIMAF, tendo por objeto o pedido de inconstitucionalidade do artigo da Lei 13. 467/2017, que deu nova redação aos artigos 545[49], 578[50], 579[51], 582[52], 583[53], 587[54] e 602[55] da Consolidação

[49]Art. 545 Os empregadores ficam obrigados a descontar da folha de pagamento dos seus empregados, desde que por eles devidamente autorizados, as contribuições devidas ao sindicato, quando por este notificados.

[50]Art. 548 As contribuições devidas aos sindicatos pelos participantes das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas pelas referidas entidades serão, sob a denominação de contribuição sindical, pagas, recolhidas e aplicadas na forma estabelecida neste Capítulo, desde que prévia e expressamente autorizadas.

[51] Art. 579 O desconto da contribuição sindical está condicionado à autorização prévia e expressa dos que participarem de uma determinada

das Leis do Trabalho, regulamentando a contribuição sindical.

A CONTIMAF alega que a nova norma violou os artigos 146, II[56] e III[57], 149[58] e 150, §6º[59], da

categoria econômica ou profissional, ou de uma profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou profissão ou, inexistindo este, na conformidade do disposto no art. 591 desta Consolidação.

[52]Art. 582 Os empregadores são obrigados a descontar da folha de pagamento de seus empregados relativa ao mês de março de cada ano a contribuição sindical dos empregados que autorizaram prévia e expressamente o seu recolhimento aos respectivos sindicatos.

[53]Art. 583 O recolhimento da contribuição sindical referente aos empregados e trabalhadores avulsos será efetuado no mês de abril de cada ano, e o relativo aos agentes ou trabalhadores autônomos e profissionais liberais realizar-se-á no mês de fevereiro, observada a exigência de autorização prévia e expressa prevista no art. 579 desta Consolidação.

[54]Art. 587 Os empregadores que optarem pelo recolhimento da contribuição sindical deverão fazê-lo no mês de janeiro de cada ano, ou, para os que venham a se estabelecer após o referido mês, na ocasião em que requererem às repartições o registro ou a licença para o exercício da respectiva atividade.

[55]Art. 602 Os empregados que não estiverem trabalhando no mês destinado ao desconto da contribuição sindical e que venham a autorizar prévia e expressamente o recolhimento serão descontados no primeiro mês subsequente ao do reinício do trabalho

[56]Art. 146. Cabe à lei complementar:

II - regular as limitações constitucionais ao poder de tributar

[57]III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas.

d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239.

[58]Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do

Constituição da República Federativa do Brasil, pois afirma que seria necessária lei complementar e norma específica para promover alterações na regulamentação da contribuição sindical, com base nos artigos 146 e 150, § 6º da Constituição Federal. Bem como, que a mudança legislativa desrespeitou direitos e garantias fundamentais dos trabalhadores, uma vez que os sindicatos tem o dever de representar os trabalhadores juridicamente e esta prerrogativa fica desatendida. Afirma ainda, que a nova norma feriu o princípio da proporcionalidade, uma vez que o Estado legislou de forma abusiva.

O Ministro relator do processo, Edson Fachin, votou pela procedência da ADI afirmando que o texto constitucional de 1988 trouxe inovações que mitigaram o modelo corporativo altamente controlado pelo Estado vigente desde o Estado Novo. Afirmou que entre as mudanças estão o direito à livre fundação de sindicatos, a liberdade de filiação e de desfiliação, a obrigatoriedade da participação sindical nas negociações coletivas e a possibilidade de instituição, por assembleia de

previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

[59] § 6º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g.

contribuição confederativa. Ainda, o regime atual tem como base três pilares: a unicidade sindical, a representatividade obrigatória e o custeio das entidades sindicais por meio de um tributo, qual seja, a contribuição sindical. Assim, a reforma trabalhista impede os sindicatos de buscarem formas de organização mais eficazes para defender os direitos dos trabalhadores perante os interesses patronais. Destarte, a inexistência de uma fonte de custeio obrigatória inviabiliza a atuação do sindicato.

O Ministro entendeu ainda, que a mudança legislativa é inconstitucional, pois a contribuição sindical possui natureza tributária. Assim, para sua alteração, era obrigação constitucional expressamente prevista no artigo 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) indicar estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro, o que não foi demonstrado nos autos.

Neste sentido, o Ministro votou pela inconstitucionalidade dos dispositivos alterados pela lei 13. 467/17.

Alguns Ministros divergiram do voto do relator, foram eles Luiz Fux, Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Marco Aurélio, sendo a tese vencedora.

Assim, tais Ministros votaram pela constitucionalidade do dispositivo, afirmando que não se

pode admitir que a contribuição sindical seja imposta a trabalhadores e empregadores quando a Constituição Federal determina que ninguém é obrigado a se filiar ou a se manter filiado a uma entidade sindical. Além de, o fim da obrigatoriedade sindical não ofender a Constituição da República Federativa do Brasil.

Neste contexto, afirmaram que a reforma trabalhista busca a evolução de um sistema sindical centralizador, arcaico e paternalista para um modelo mais moderno, com base no princípio da liberdade. Não há autonomia quando um sistema sindical depender de dinheiro estatal para se manter.

A Constituição Federal não constitucionalizou a contribuição sindical, apenas recepcionou a legislação que criou o tributo, permitindo de forma subsidiária, mas não compulsória.

Assim, o princípio constitucional implicado no caso é a liberdade sindical, ou seja, o direito de o trabalhador se filiar ou não, de contribuir ou não a uma entidade que representa sua atividade.

Ainda, afirmaram que o modelo de contribuição compulsória é ruim, pois não estimula a competitividade e a representatividade. Sendo um sistema bom para os sindicalistas e não para os trabalhadores.

O Ministro Marco Aurélio asseverou que não considera a contribuição sindical um tributo propriamente dito, sendo assim, não se enquadra no art. 149 da Constituição Federal, que trata das contribuições sociais, de intervenção de domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas. Sustentou que essa contribuição visa a atuação do fortalecimento das entidades sindicais.

Destarte, as novas regras não ofendem a Constituição Federal e as mudanças ofertadas pela lei 13. 467/17 leva a sociedade a pensar diferente em como lidar com todas as categorias econômicas e trabalhistas, com todas as suas formas de atuação na sociedade, sem depender do Estado, que nem sempre pode suprir todas as demandas.

Assim, por seis votos a favor da constitucionalidade dos dispositivos, a alta cúpula do poder judiciário brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, decidiu a favor do princípio da liberdade sindical, tornando a contribuição sindical facultativa.

5. Conclusão

As relações de trabalho são diferenciais para o crescimento, a produtividade e o desenvolvimento do país. No Brasil há enorme desafio de fazer com que as relações

de trabalho privilegiem o diálogo e confiram segurança jurídica aos envolvidos, com garantia de sustentabilidade para as empresas, competitividade no mercado e estímulo a geração de empregos.

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) datada de 1943 teve sua motivação e importância na época, para consagrar direitos e proteger os trabalhadores. No entanto, sendo a configuração do país muito diferente do que se visualizava,fundamental era a atualização.

No que tange à contribuição sindical há diversos debates sobre a sua mudança, que deixou de ser obrigatória. O Supremo Tribunal Federal,julgou a ADI 5794 afirmando ser constitucional os artigos 578 e 579 da lei 13.467/17.

O presente trabalho buscou analisar a desobrigação do pagamento da contribuição sindical com base no princípio da liberdade sindical disposto no artigo 8º da Constituição Federal.

A lei 13.467/17 não contemplou questões fundamentais para promove o fortalecimento e para a constituição de entidades sindicais representativas, com capacidade efetiva de organizar os trabalhadores na defesa dos seus interesses.

Deste modo, o Brasil ainda não adotou a ampla liberdade sindical, no entanto, a nova lei trabalhista

representa grande avanço, pois retira a compulsoriedade da contribuição anual sindical e faz com que os sindicatos atuem com maior efetividade, buscando interesses da categoria, para ter maior adesão e, consequentemente, fortalecimento da classe.

Assim, conclui-se que mantida a contribuição sindical, pode-se perder a oportunidade de sindicatos fortes e representativos se aproximarem dos principais interessados, os representados, de forma a justificar a sua finalidade.

A auto-sustentação constitui o principal mecanismo que garante legitimidade às entidades para enfrentar as transformações, no entanto é necessário rever suas estruturas e prioridades, se voltar para os representados, unificar estruturas e superar o corporativismo sindical.

Referências

ALVÃO, Leandra Cauneto; DA SILVA, Leda Maria Messias. **Reforma trabalhista – negociado se sobrepõe ao legislado: análise à luz da Constituição Federal**. Direito do trabalho e meio ambiente do trabalho II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA Coordenadores: Elda Coelho de Azevedo Bussinguer; Marco Antônio César Villatore. Florianópolis: CONPEDI, 2018. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/0ds65m46/g9flk5c4/ltsL0F6AXxcKp025.pdf> Acesso em: 20 jul. 2018.

ANDRADE, Luiz Gustavo de; PAVELSKI, Ana Paula. **Reflexos da Reforma Trabalhista na Contribuição Sindical: tributo que persiste com caráter obrigatório**. Reforma Trabalhista III. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/122550/2017_andrade_luiz_reflexos_reforma.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 17 jul. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição, de 05 de outubro de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 19 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.794. Lei 13.467/2017, o qual deu nova redação aos artigos 545, 578, 579, 582, 583, 587 e 602 da Consolidação das Leis do Trabalho, regulamentando a contribuição sindical**. Rel Min. Edson Fachin. DJU, Brasília, 29 jun. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/VotoADI5794.pdf> Acesso em: 20 jul. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.477, de 13 de Julho de 2017. **Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm> Acesso em: 20 de jul. 2018.

CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. **Comentários à Reforma Trabalhista**. Rio de Janeiro, Forense. 2017.

DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. **Fim da Contribuição Sindical Obrigatória – Consequências para as entidades sindicais e categorias representadas**. in Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, nov. 2017, p. 271-287.

DELGADO, Maurício Godinho. **Direito Coletivo do Trabalho**. 5 ed. São Paulo, LTr, 2014.

FILHO, Rubens Patruni. **Contribuições Sindicais e a Liberdade Sindical do Trabalhador Celetista**. Revista de Movimentos Sociais e Conflitos. 2015, v. 1, n.2. Disponível em: <file:///D:/BACKUP%2004-10-2017/USUARIO/Downloads/272-559-2-PB.pdf> Acesso em: 21 jul. 2018.

GALVÃO, Andrea (Coord). **Movimento sindical e negociação coletiva**. Texto para discussão nº 5. CESIT, UNICAMP, 2017. Disponível em: <http://www.cesit.net.br/wp-content/uploads/2017/11/Texto-de-discuss%C3%A3o-5-Negociacao-coletiva-e-sindicalismo-1.pdf> Acesso em: 19 jul.2018.

GIACOMOSSI, Michelli. **Retrocesso Transvestido por Modernização: relação entre a ficção e a realidade com destaques da reforma trabalhista e os filmes O Homem que virou Suco e o Emprego**. XXXIX Congresso Brasileiro de Advogados Trabalhistas "Do Pelourinho à Liberdade". Disponível em: <http://www.abrat.adv.br/teses_conat_2017/michelli_giacomassi.pdf> Acesso em: 18 jul. 2018.

GOMES, Laila Cristiny. **Algumas Diversas Inconstitucionalidades da Reforma Trabalhista (Lei**

13.475/2015): um atentado às garantias constitucionais do trabalhador. Belo Horizonte. 2017. Disponível em: <http://www.abrat.adv.br/teses_conat_2017/laila.pdf> Acesso em: 14 de jul. 2018.

INDÚSTRIA, Confederação Nacional da. **Modernização Trabalhista. Lei número 13.467, de 13 de Julho de 2017 – Panorama anterior e posterior à aprovação**. Estudos de Relações do Trabalho. Brasília, 2017.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **A contribuição sindical segundo a nova reforma trabalhista**. Revista Consultor Jurídico, 28 de julho de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-28/reflexoes-trabalhistas-contribuicao-sindical-segundo-reforma-trabalhista> Acesso em: 20 jul. 2018.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 7 ed. São Paulo, Saraiva, 2016.

TEIXEIRA, Marilane Oliveira; GALVÃO, Andréia; KREIN, José Dari; BIAVASCHI, Magda; ALMEIDA, Paula Freitas de; ANDRADE, Helio Rodrigues de (Orgs). **Contribuição Crítica à Reforma Trabalhista**. CESIT/IE/Unicamp. 2017. Disponível em: <https://www.eco.unicamp.br/images/arquivos/Reformatrabalhista.pdf> Acesso em: 15 jul.2018.

VELLINHO, Rubens Soares. **As Relações de Trabalho e a Atuação Sindical em Tempos de Austeridade**. XXXIX Congresso Brasileiro de Advogados Trabalhistas "Do Pelourinho à Liberdade". Disponível em: <http://www.abrat.adv.br/teses_conat_2017/rubens_velhinho.pdf> Acesso em: 18 jul. 2018.

REFLEXOS DA JURISPRUDÊNCIA DO STF NA REDEFINIÇÃO CONSTITUCIONAL DO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

REFLEXIONES DE LA JURISPRUDENCIA DEL STF EN LA REDEFINICIÓN CONSTITUCIONAL DEL BENEFICIO ASISTENCIAL DE PRESTACIÓN CONTINUADA

Bruno Martins Teixeira
Marina Garcia Valadares

Resumo

Percebe-se o quão ainda é precária a efetivação das políticas públicas no Brasil quando se verifica que aproximadamente 14,8 milhões de pessoas encontram-se em situação de extrema pobreza no País. Partindo dessa realidade, este artigo objetiva analisar os principais reflexos da jurisprudência do STF na redefinição do benefício de prestação continuada previsto no artigo 203, V, da CF, examinando-se os pontos mais importantes dos votos proferidos nas principais decisões atinentes ao tema, emitidas nas últimas três décadas. Utilizando-se do método dedutivo, pesquisa bibliográfica e análise documental, conclui-se que, apesar de alguns avanços obtidos nesse campo, ainda é lento o reconhecimento de alguns critérios jurídicos que possibilitariam uma maior inclusão por meio da ampliação das prestações assistenciais.

Palavras-chave: Jurisprudência; STF; benefício de prestação continuada; mínimo existencial; dignidade humana;

Resumen

Se percibe lo que es todavía precaria la efectividad de las políticas públicas en Brasil cuando se verifica que aproximadamente 14,8 millones de personas se encuentran en situación de extrema pobreza en el país. Partiendo de esta realidad, este artículo objetiva analizar los principales reflejos de la jurisprudencia del STF en la redefinición del beneficio de prestación continuada previsto en el artículo 203, V, de la CF, examinando los puntos más importantes de los votos pronunciados en las principales decisiones relativas al tema, pronunciadas en las últimas tres décadas. Valiéndose de un método de deducción, investigación bibliográfica y análisis documental, se concluye que, a pesar de algunos avances obtenidos en ese campo, aún es lento el reconocimiento de algunos criterios jurídicos que posibilitar una mayor inclusión por medio de la ampliación de las prestaciones asistenciales.

Palabras clave: la jurisprudencia; STF; beneficio de prestación continuada; mínimo existencial; dignidad humana;

1 INTRODUÇÃO

No último ano presenciou-se um significativo aumento da miséria no Brasil. O grupo de cidadãos considerados em situação de extrema pobreza aumentou de 13,34 milhões, em 2016, para 14,83 milhões, em 2017, o que representa um aumento de 11,2% na quantidade de pessoas privadas de condições básicas de sobrevivência no País. (VILLAS BÔAS, 2018)

Um dos mecanismos de que nosso ordenamento jurídico dispõe para buscar minorar esse problema encontra previsão no artigo 203, inciso V, da Constituição, e consiste em garantir um salário mínimo de benefício mensal às pessoas com deficiência e aos idosos que, comprovadamente,não possuem condições de se manter nem podem contar com apoio financeiro da família, conforme critérios definidos em lei. A regra representa um dos principais desdobramentos do objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização insculpido no artigo 3º, IV da Norma Ápice, além de manter ínsita

consonância com o princípio fundamental da dignidade humana, anotado no artigo 1º, III, da CF.

Por uma série de condicionantes política e juridicamente estabelecida, muitos cidadãos não conseguem obter tão facilmente o reconhecimento do direito ao referido benefício. Quando não desistem de pleiteá-lo após encarar alguns obstáculos excessivamente burocráticos, são obrigados a buscar o deferimento via processo judicial, o que na prática nem sempre se mostra um caminho rápido e economicamente viável para essas pessoas.

Nesse contexto, importa analisar alguns aspectos das decisões do Supremo Tribunal Federal relativos ao benefício de prestação continuada,verificando como se deu a evolução dessa jurisprudência nas últimas três décadas. A interpretação do STF nessa seara tem norteado a concretização do direito assistencial em comento, o que tem evidenciado ainda mais a preocupação com a crescente falta de acesso,pela grande maioria da população mais carente, a alguns itens básicos.

Preocupa, ainda, nesse âmbito, o fato de que a discussão e a difusão de ações relacionadas à ampliação das políticas públicas no Brasil ainda não ocupa, da forma como deveria, os principais espaços midiáticos hoje disponíveis, nem são as pautas que movimentam os

maiores *lobbies* nas Casas do Congresso Nacional. Avultam-se, antes de tudo, as preocupações sobre as exportações, sobre o preço do dólar e sobre como o mercado tem se comportado. Esses e outros temas quase sempre tomam lugar de destaque, secundarizando os graves problemas da falta de recursos e de oportunidades que assolam a grande maioria da população carente.

Essa exclusão que se vive hoje no Brasil, em que a garantia dos direitos fundamentais das pessoas desamparadas fica sempre em segundo plano, justifica o estudo ora proposto, em que se investigam alguns aspectos positivos das decisões do STF no tocante aos requerimentos de benefícios assistenciais de prestação continuada, hoje regulamentados pela Lei 8.742/1993.Busca-se identificar pontos das decisões dos ministros que convergem com o verdadeiro espírito contido no texto constitucional, respeitando-se princípios como o da dignidade da pessoa humana e o da garantia de um mínimo existencial, destacando-se os argumentos que jogam luzes na necessidade de maior valorização das políticas de solidariedade social, em âmbito interno e internacional.

No capítulo dois são conceituados os princípios da dignidade humana e do mínimo existencial, demonstrando-se a importância teórica e prática desses

preceitos no tocante a uma maior valorização e ampliação das políticas de assistência social.

O benefício de prestação continuada é objeto do capitulo três, quando são examinados os principais critérios legais exigidos para a percepção do benefício pelo idoso ou pela pessoa com deficiência.

Por fim, nos capítulos quatro e cinco,são examinados os principais argumentos apresentados pelos ministros do STF nos votos proferidos nos Recursos Extraordinários n.567.985/MT e 587.970/SP, que tratam, respectivamente, das questões relativas à flexibilidade do critério de incapacidade econômica da família do pleiteante ao BPC e da possibilidade de estender esse benefício a estrangeiros.

2 DIGNIDADE HUMANA E MÍNIMO EXISTENCIAL COMO PILARES DA ASSISTÊNCIA SOCIAL

A assistência social é definida no artigo 4º da Lei 8.212/1991como a política social que provê o atendimento das necessidades básicas de proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência, à velhice e à pessoa com deficiência. O mesmo dispositivo diz que tais atendimentos independerão de contribuição à Seguridade

Social, devendo ser mantidos pelo caixa da Previdência Social.

No presente capítulo, serão analisados alguns dos princípios que fundamentam a existência das políticas de assistência social enquanto conjunto de direitos, com destaque para o princípio da dignidade da pessoa humana e para a questão da garantia do mínimo existencial.

2.1 Princípio da dignidade humana

O grande marco para o reconhecimento jurídico do princípio da dignidade humana no contexto internacional contemporâneo é considerado o período pós – Segunda Guerra mundial, iniciado no final da década de 1940.

Em 1948, após o mundo todo presenciar as barbáries ocorridas durante as duas grandes Guerras do início do século passado, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em cujo preâmbulo os Estados membros signatários conclamam a população mundial a reconhecer e respeitar "a dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis [...]."(ONU, 1948)

As constituições italiana (1947), alemã (1949), portuguesa (1976) e espanhola (1978) foram as primeiras a tratarem expressamente da proteção da dignidade humana em seu texto. (BARROSO, 2015, p. 251). Em disposição semelhante à da atual Constituição brasileira, a Constituição Italiana, por exemplo, já dispunha no seu artigo 3º que todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei, sem discriminação de sexo, de raça, de língua, de religião, de opiniões políticas, de condições pessoais e sociais. (ITÁLIA, 1947)

No caso brasileiro, a Constituição de 1988 foi a primeira Carta Fundamental a prever expressamente o direto à dignidade no seu texto, apresentando-o como um princípio fundamental. A salvaguarda da dignidade humana foi reconhecida como um dos principais fundamentos do Estado Democrático de Direito, por meio do artigo 1º, III, da Carta Magna.

Dworkin (2003, p. 333 e 334) objetivamente vai dizer que o direito à dignidade é aquele que as pessoas têm de não "serem tratadas de um modo que, em sua cultura ou comunidade, se entende como demonstração de respeito".

Esse respeito deve ser acessível a toda pessoa pelo simples fato de existir e de pertencer à espécie humana. Por esse princípio, todos são destinatários do direito a viverem livres e devem poder contar com

condições materiais de subsistência que permitam a qualquer um exercer seu direito de ser, pensar e criar. (BARROSO, 2015, p. 252)

A obrigação estatal de resguardar a dignidade da pessoa humana implica diretamente na necessidade de se respeitar um conteúdo mínimo de direitos sociais, os quais compõem o que a doutrina atual reconhece como mínimo existencial.

2.2 Garantia do mínimo existencial

O mínimo existencial consiste na garantia de uma renda mínima, de saúde básica e educação fundamental, além do acesso à justiça, que propicia a efetivação dos direitos antes referidos. (BARROSO, 2015, p. 253)

É preciso lembrar que esse mínimo jurídico deve ser considerado apenas como um ponto de partida. O objetivo do constituinte ao estatuir os direitos sociais enquanto direitos fundamentais mira a possibilidade de que as pessoas possam viver com recursos bem superiores ao patamar mínimo existencial que hoje tem sido ideado em algumas políticas públicas tradicionais.Pode-se perceber tal intenção claramente descrita no artigo 7º, IV, da Constituição, que preconiza que o salário deve ser capaz de atender, pelo menos, às necessidades vitais

básicas relativas à moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social. Assim, ainda que busquemos trabalhar com o conceito de um mínimo existencial, o principal norte deve estar na constante busca da promoção de uma melhor distribuição dos direitos entre todos. (BRASIL, 1988)

Há ainda um valor social importantíssimo relacionado à garantia do mínimo existencial: o cumprimento desse preceito beneficia não apenas o indivíduo diretamente protegido por tal regra, mas possibilita um verdadeiro equilíbrio social, já que isso logicamente resultará, por exemplo, no maior controle da criminalidade, na diminuição de doenças infecto-contagiosas e na redução de diversos outros riscos para todos. Reduzir o número de pessoas que se situam na faixa da pobreza extrema, objetivo que se vincula estreitamente à promessa de garantia constitucional de um mínimo existencial, passa necessariamente pela oferta de saúde básica e de uma educação fundamental. Esses dois valores são condições essenciais para a mantença de um nível de civilidade que garanta um mínimo de harmonia social.(SANTOS JÚNIOR; SILVA; ZAGANELLI, 2018, p. 43-44)

É relevante observar que no último ano, no Brasil, houve considerável aumento na quantidade de cidadãos

que se situam no nível da pobreza extrema, grupo que engloba aquelas pessoas cuja renda per capita é de até R$ 136,00 mensais: Dos 13,34 milhões de indivíduos nessas condições, em 2016, chegou-se a 14,83 milhões no ano de 2017, o que representou aumento de 11,2% na quantidade de miseráveis no País.(VILLAS BÔAS, 2018)

A mudança desse panorama passa, ainda, pela ampliação do acesso à justiça, o que garante que os demais direitos sejam alcançados por essas pessoas. Nesse sentido, o referido acesso "[...] pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos." (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 12),

A implementação da garantia de um mínimo existencial capaz de assegurar o respeito à dignidade da pessoa humana, como já foi lembrado, é um compromisso que o constituinte de 1988 firmou expressamente e que, na prática, vem sendo cumprido mediante a realização de políticas públicas voltadas à finalidade proposta. Nessa perspectiva, o benefício assistencial de prestação continuada – BPC foi escrito no artigo 203, V, da Constituição, sob o influxo de reduzir a miséria que ainda persiste em permanecer na sociedade brasileira contemporânea.

3 O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

A assistência social, implantada efetivamente na sociedade brasileira com a Constituição de 1988, é uma política social voltada precipuamente para a redução das desigualdades e diminuição da pobreza nacionais.

Segundo o artigo 203 da Constituição, a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social. Seus objetivos, claramente elencados no Texto Maior, visam a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice, o amparo às crianças e adolescentes carentes, a promoção da integração ao mercado de trabalho, a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária, além da garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que não consigam se manter nem podem contar com a ajuda de sua família.

O Benefício de Prestação Continuada (BPC), inscrito textualmente na Constituição,é regulamentado pela Lei 8.742, de 07 de dezembro de 1993 e pelo Decreto 6.214, de 26 de setembro de 2007.Têm direito ao BPC,

conforme artigo 20 da Lei 8.742, a pessoa com deficiência e o idoso com 65 anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. O benefício em questão consiste no pagamento de um salário mínimo mensal ao beneficiário.

As condições básicas para a percepção do BPC, no caso da pessoa com deficiência, encontram-se previstas nos parágrafos 2º, 6º e 10º da Lei 8.742/1993. Nesse caso, é necessário que o impedimento decorrente da deficiência produza efeitos por no mínimo 2 anos, e que sua condição seja analisada mediante avaliação médica e por uma avaliação social realizadas por médicos peritos e por assistentes sociais do Instituto Nacional de Seguro Social – INSS. No caso do idoso, o principal requisito é de que este possua65 anos ou mais de idade, condição que deverá ser comprovada documentalmente.

Para ambas as categorias, há que se aferir se essas pessoas, além dos requisitos básicos de enquadramento, possuem condição economicamente hipossuficiente, sendo esta caracterizada ao se constatar que a pessoa não tem fonte de renda que possa lhes servir de subsistência e não possa contar com amparo por parte dos familiares. Para esse efeito, a lei estabelece uma faixa de renda que configura a incapacidade financeira da família do

beneficiário. Pelo § 3º do artigo 20da lei 8.742, com redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011, considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo. Ou seja, em valores atuais, cada membro da família deve receber no máximo R$ 238,50[60] para que o benefício possa ser concedido, devendo ser comprovada essa condição por meio de procedimento operacionalizado pelo INSS, consoante disposto no Decreto nº 6.214/2007.

Para fazer *jus* ao BPC, um requisito documental adicional passou a ser exigido com o advento do Decreto n. 8.805, de 07 de julho de 2016, que alterou o artigo 12 do Decreto 6.214/2007. Esse artigo passou a prever a exigência de cadastro dos candidatos ao BPC no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federa – CadÚnico, como requisito documental para ter direito ao benefício.

Conquanto o tratamento legal conferido ao BPC tenha regulado satisfatoriamente o preceito constitucional, têm sido levantadas algumas teses jurisprudenciais a respeito de certos aspectos do instituto, cuja efetivação vem sendo objeto de intensa judicialização. Nesse

[60] Valor atual do salário mínimo mensal, a partir de 01/01/2018, é de R$ 954,00, conforme Decreto nº 9.255, de 29/12/2017.

contexto, duas questões merecem ser examinadas dentro daquilo que se propõe nesse trabalho, a saber: a questão relativa à flexibilidade do critério de incapacidade econômica da família do pleiteante, cujo deslinde se deu, em grande parte, pela decisão no Recurso Extraordinário n.º 567.985/MT, e a possibilidade de estender o benefício de prestação continuada a estrangeiros, tema que foi objeto da decisão do STF no Recurso Extraordinário 587.970/SP. Nos próximos capítulos faz-se uma breve análise de cada uma dessas decisões.

4 O RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 567.985/MT E A FIXAÇÃO DE UM CRITÉRIO ECONÔMICO JUSTO

Como já mencionado, o benefício de prestação continuada previsto na Lei 8.742/93 é condicionado ao preenchimento de alguns requisitos por parte do beneficiário, entre eles se destacando a comprovação de sua condição de miserabilidade e de hipossuficiência financeira de seu grupo familiar. Desse modo, pelo que determina o artigo 20, § 3º, da Lei 8.742, o idoso ou a pessoa com deficiência que necessite desse direito deverá comprovar que a renda *per capita* dos membros do seu grupo familiar é inferior a 1/4 do salário mínimo.

Não se pode esquecer que, para além da garantia de tais necessidades básicas, afiançadoras de um mínimo existencial dignificante, também há que se buscar promover a acessibilidade de tais pessoas à alimentação saudável, a um trabalho digno, a oportunidades de lazer, recreação, esporte e turismo.(SASSAKI, 2010, pp. 97 a 110)

A polêmica em torno da fixação do critério objetivo de miserabilidade tratado pela lei 8.742/1993 foi,primeiramente, objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 1232/DF, proposta pelo Procurador-Geral da República em fevereiro de 1995. No mês de março desse mesmo ano, foi indeferida a liminar requerida. Nessa ação, a PGR questionou a constitucionalidade do § 3º do artigo 20 da Lei Orgânica de Assistência Social, afirmando que esse dispositivo limita e restringe o direito garantido pelo artigo 203, inciso V, da Constituição, com o qual considera incompatível. A ação em comento, cuja relatoria coube ao Ministro Ilmar Galvão, foi julgada improcedente pelo tribunal pleno no dia 27/08/1998, sob os fundamentos, em suma, de que o dispositivo constitucional reporta à lei para fixar os critérios de garantia do benefício de salário mínimo à pessoa portadora de deficiência física e ao idoso, sendo

necessário observar-se aquilo que definido legalmente. (STF, 1998)

Analisando o resultado da votação nessa decisão, verifica-seque não houve unanimidade, haja vista que os ministros Ilmar Galvão (relator) e Néri da Silveira divergiram parcialmente dos demais ministros por entenderem que a lei atacada não é o único parâmetro de verificação da miserabilidade da família da pessoa com deficiência ou idoso, manifestando-se no sentido de que fosse dada, à norma legal, interpretação conforme a Constituição.

Apesar da referida decisão ter declarado constitucional o artigo 20, § 3º, da Lei 8.742/1993, não cessaram os questionamentos acerca do critério econômico pré-fixado legalmente, permanecendo uma constante judicialização da questão nas diversas quadras do Poder Judiciário brasileiro.

A partir de então, verificou-se uma série de mudanças importantes nas esferas políticas, econômicas e sociais do país, além de terem sido editadas normas que se utilizaram de novos critérios econômicos para a concessão de benefícios assistenciais, o que colocava em xeque a constitucionalidade do critério usado pela Lei Orgânica da Assistência Social.

Em outubro de 2007 foi protocolizado no STF o Recurso Extraordinário 567.985, procedente do Estado do Mato Grosso, tendo como recorrente o Instituto Nacional do Seguro Social e, como reclamada, a cidadã Alzira Maria de Oliveira Souza. O relator foi o Ministro Marco Aurélio.

No apontado RE, o INSS questionou a decisão da Turma Recursal do 1º Juizado Especial Federal Cível de Mato Grosso no processo n. 2007.36.00.703020-0, que decidiu, a favor da segurada, que "o critério objetivo de miserabilidade previsto no art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 restou modificado para ½ salário mínimo, por força das Leis nº 9.533/97 e nº 10.689/2003"[61].

No citado RE, em 18/04/2013,o STF pronunciou-se em sede de repercussão geral e,por votação unânime, declarou a improcedência do Recurso apresentado pelo INSS. A decisão declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93. A ementa do acórdão foi a seguinte:

> O Tribunal, por maioria, negou provimento ao recurso extraordinário e declarou *incidenter tantum* a

[61] Essas leis tratam, respectivamente, de critérios para a instituição de programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas e do Programa Nacional de Acesso a Alimentação – PNAA, que estabeleceram como renda mínima *per capita* para atendimento o valor de meio salário mínimo.

> inconstitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93. Vencidos, parcialmente, o Ministro Marco Aurélio (Relator), que apenas negava provimento ao recurso, sem declarar a inconstitucionalidade da norma referida, e os Ministros Teori Zavascki e Ricardo Lewandowski, que davam provimento ao recurso. Não foi alcançado o quorum de 2/3 para modulação dos efeitos da decisão para que a norma tivesse validade até 31/12/2015. Votaram pela modulação os Ministros Gilmar Mendes, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Celso de Mello. Votaram contra a modulação os Ministros Teori Zavascki, Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa (Presidente). O Relator absteve-se de votar quanto à modulação. Impedido o Ministro Dias Toffoli. Redigirá o acórdão o Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 18.04.2013.(BRASIL, 2013, p. 106-107)

Portanto, quinze anos depois, a questão foi melhor delineada, reconhecendo-se que a fixação, por lei, de uma renda *per capita* familiar mínima para fazer jus ao BPC não deve ser o único critério usado para aferir a miserabilidade do pleiteante do benefício, havendo outros elementos que podem, conforme o caso concreto, levar à caracterização da necessidade da aludida prestação assistencial. Interessante, nesse ponto, destacar o seguinte trecho do voto do Ministro Marco Aurélio, quando afirmou que

> Ao fixar-se apenas no critério "renda", o legislador olvidou outros elementos do mundo dos fatos que são relevantes para o exame do parâmetro "miserabilidade". Por exemplo: uma família com duas ou três pessoas deficientes, além de diversos idosos com situação de saúde debilitada, possui maiores necessidades que uma família composta por apenas um idoso. Observem que, de todo modo, a legislação proíbe a percepção simultânea de mais de um benefício de assistência social – artigo 20, § 4º, da Lei nº 8.742, com a redação que lhe foi atribuída pela Lei nº 12.435/2011. (BRASIL, 2013, p. 17)

A questão foi ainda confirmada, por razões semelhantes, em decisão do STF na Reclamação n. 4.374/PE, publicado em 18/04/2013.

5 O RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 587.970/SP: O ACESSO AO BPC PARA ESTRANGEIROS

Em uma outra questão importante relacionada aos critérios de concessão do benefício de prestação continuada, o STF também iniciou o balizamento do entendimento do Poder Judiciário acerca dos parâmetros relativos à nacionalidade do pleiteante desse direito.

No Recurso Extraordinário n.º 587.970/SP, discutiu-se se uma italiana residente no Brasil há mais de

54 anos poderia receber o benefício assistencial previsto no artigo 203, V, da Constituição. O citado recurso foi proposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social, que se insurgiu contra a decisão da Primeira Turma Recursal do Juizado Especial Federal da 3ª Região, a qual havia condenado a referida autarquia a conceder o benefício à autora. A sentença foi publicada oficialmente em 22/09/2017, tendo o seu trânsito em julgado em 12/10/2017.

A decisão em comento, por unanimidade e nos termos do voto do relator, Ministro Marco Aurélio, fixou a tese de que "Os estrangeiros residentes no País são beneficiários da assistência social prevista no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal, uma vez atendidos os requisitos constitucionais e legais". (BRASIL, 2017, p. 57)

O problema debatido girou em torno do questionamento autárquico no sentido de que a concessão do benefício à estrangeira transgrediria o artigo 5º, caput, e 203, V, da Constituição, pelo fato de que, no que diz respeito ao BPC, não se poderia dispensar o mesmo tratamento para nacionais e estrangeiros.

Outrossim, no pedido inicial, o INSS argumentou que a crise econômica vivenciada pelo país não possibilitaria o custeio do benefício para todos os estrangeiros, ainda que residentes no país.

O Procurador-Geral da República emitiu parecer pelo provimento do extraordinário, destacando que o artigo 1º da Leinº 8.742/1993limita o direito ao BPC aos cidadãos brasileiro.

Além disso, o PGR afirmou que o Brasil é signatário da Convenção sobre Igualdade de Tratamento de Nacionais e Não Nacionais em Matéria de Previdência Social, inclusa no ordenamento brasileiro por meio do Decreto nº66.467/1970, o qual, no artigo 10, § 2º, exclui expressamente a assistência social. Alegou, ainda, que Brasil e Itália firmaram acordo bilateral em relação à previdência, frisando que este documento não trata da assistência social. Por fim, o PGR reafirma o argumento do INSS quanto ao preocupante impacto econômico que poderia advir de semelhantes decisões.

Os dois principais pontos levantados pelo INSS e confirmados pelo PGR - o questionamento do tratamento isonômico entre brasileiros e estrangeiros e a pretensa violação do princípio da reserva do possível - foram pontualmente rebatidos pelos votos de todos os ministros.

O Ministro Marco Aurélio, relator do acórdão, indagando sobre a verdadeira intenção do preceito contido no *caput* do artigo 203 da Constituição, destacou que o sentido da regra constitucional foi o de ampliar a assistência social a qualquer pessoa que dela necessitar,

considerando-se sempre, como objetivos primordiais, o respeito à dignidade humana, a promoção da solidariedade social, a erradicação da pobreza e a assistência aos desamparados. (STF, 2017, p. 4)

Lembrando o sentido do objetivo de solidariedade inscrito no artigo 3º, I, da Constituição, diretamente aplicável ao caso, o Ministro Marco Aurélio frisou o seguinte:

> O estrangeiro residente no País, inserido na comunidade, participa do esforço mútuo. Esse laço de irmandade, fruto, para alguns, do fortuito e, para outros, do destino, faz-nos, de algum modo, responsáveis pelo bem de todos, inclusive daqueles que adotaram o Brasil como novo lar e fundaram seus alicerces pessoais e sociais nesta terra. (STF, 2017, p. 6)

Sobre o argumento da reserva do possível, o relator destacou que:

> O orçamento, embora peça essencial nas sociedades contemporâneas, não possui valor absoluto. A natureza multifária do orçamento abre espaço à atividade assistencial, que se mostra de importância superlativa no texto da Constituição de 1988. Não foram apresentadas provas técnicas da indisponibilidade financeira e do suposto impacto para os cofres públicos nem, tampouco, de prejuízo para os brasileiros natos e naturalizados, isso sem considerar, presumindo-se, que não são muitos os estrangeiros enquadráveis na norma constitucional. (STF, 2017, p. 9)

Todos os demais ministros foram acordes, sobre os pontos apontados, ao que manifestou o Ministro Relator em seu voto, sendo desnecessário repisar os argumentos expostos por cada um. Mas é interessante transcrever um trecho do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, no qual ele vai ao âmago de um antigo imbróglio do sistema processual brasileiro, ao fazer a seguinte crítica: "Espanto-me ao ver que o Instituto recorrente venha à tribuna e defenda uma tese, *data venia*, altamente retrógrada e que se mostra, com o devido respeito, ofensiva ao princípio da dignidade da pessoa humana."(STF, 2017, p. 49)

É preciso ressaltar que o caso concreto, objeto do RE 587.970/SP, versa sobre situação específica de claro enquadramento dos princípios constitucionais apontados pelos ministros, pois a parte recorrida é uma senhora que, à época do ajuizamento da ação (2006), contava com 67 anos de idade e residia no Brasil há mais de 54 anos, estando comprovadamente desamparada, no sentido econômico. Entretanto, os votos dos ministros não se ativeram apenas às características da recorrida, mas cuidaram de evidenciar os objetivos mais elevados, inscritos na Constituiçãoe também aplicáveis ao caso fático, como a dignidade humana, a promoção da solidariedade social, a erradicação da pobreza e a

assistência aos desamparados, independentemente da nacionalidade das pessoas que possam vir a necessitar, justificadamente, da realização de tais garantias, ou mesmo de questionamentos acerca da previsão orçamentária pensada para dar suporte a tais prestações.

É preciso deixar claro que não se está defendendo, nesse ponto, uma posição permanentemente ativista dos ministros do STF. Tão somente está sendo destacada a necessidade, em determinados casos específicos, de se realizar aquilo que é claramente enunciado pela Constituição, notadamente nos seus princípios fundamentais, dentre os quais se deve sobrelevar, para os fins aqui perquiridos, o objetivo de assistir aos desamparados.

Entretanto, não se pode olvidar os importantes impactos simbólicos de tais decisões e a indução que podem ocasionar na mudança de percepção da sociedade como um todo e, particularmente, nas ações provenientes da Administração Pública.

Também deve ser lembrado que a decisão em comento não poderá significar o indicativo de uma futura generalização da concessão do benefício a quaisquer estrangeiros que venham a preencher minimamente os requisitos legais para a percepção desse tipo de amparo, pois

> Uma situação é conceder o benefício LOAS para uma italiana (ou seja estrangeira) residente há mais de 54 anos no Brasil, que embora não tenha formalmente adquirido o vínculo da nacionalidade, neste solo deitou raízes, adquiriu hábitos nacionais, tornou-se uma tupiniquim ao longo das décadas, características que não foram levadas em conta para diferenciar estrangeiros em futuros pleitos no judiciário. (CEREN; CARMO, 2017, p. 368)

Portanto, partindo do preceito constitucional de que pessoas de outras nacionalidades são bem vindas em nosso País, máxime quando vêm para contribuir com o progresso desta Nação, quanto mais estreito for o vínculo que o estrangeiro firmar no solo brasileiro, maior deve ser o raio de extensão dos amparos jurídicos nacionais a esses indivíduos. Referido princípio precisa ser definitivamente incorporado em todo sistema processual brasileiro, sobretudo no que tange ao processo administrativo, porta inicial de entrada dos pedidos de tal reconhecimento.

6 CONCLUSÃO

Os trinta anos de vigência da Constituição cidadã ainda não foram suficientes para que as políticas assistenciais, identificadas como necessidades urgentes no

final do século passado,alcanças sem uma efetividade mais expressiva, reduzindo a miséria na sociedade brasileira a índices ínfimos. É grave a contradição em que se vive no Brasil: um país com tantas riquezas naturais cuja população concentra mais de 14 milhões de cidadãos vivendo em situação de extrema pobreza.

O intento da erradicação da pobreza e da marginalização,escrito na Constituição e repetido em diversas normas internacionais, parece estar longe de alcançar resultados mínimos desejáveis.

Entretanto, apesar desse quadro de desigualdade preocupante, é preciso reconhecer que a lenta - e muitas vezes inadequada - evolução legislativa vem sendo confrontada com atuações pontuais do Poder Judiciário, por meio de decisões históricas importantes, bem exemplificadas pelos acórdãos proferidos nos REs 567.985/MTe 587.970/SP.

Dada a grande visibilidade e envergadura jurisdicional do STF, é papel de todos os cidadãos brasileiros criticar e também debater os pontos positivos da atuação deste órgão, cuja missão principal é resguardar os preceitos contidos na Constituição.

É inegável que no Estado Democrático de Direito a atuação do Poder Judiciário frente às omissões legislativas e administrativas injustas deve respeitar

algumas limitações legítimas, principalmente em observância ao princípio da separação dos poderes.Por outro lado, não se pode negar que semelhantes decisões promovem, ao menos simbolicamente, um importante movimento de conscientização popular e institucional acerca das reais necessidades da população mais carente.

De todo modo, apesar de alguns avanços obtidos nesse campo, verifica-se que no Brasil ainda é muito lento o processo de reconhecimento e implementação de alguns critérios legítimos para a concessão dos benefícios assistenciais – ou a flexibilização desses critérios - , no âmbito dos processos administrativos, o que reclama, principalmente, alterações estruturais profundas em algumas regras que regem a prestação dos serviços públicos no País.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Brasília. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão do Plenário noRecurso Extraordinário nº* 567.985/MT. Relator: Marco Aurélio. Brasília - DF. Publicação em 03/10/2013. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2569060>. Acesso em: 25 maio 2018.

_____. Brasília. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão do Plenário naReclamação nº* 4.374/PE. Relator: Gilmar Mendes. Brasília - DF. Publicação no DJ de

18/04/2013. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2382733>. Acesso em: 25 jun. 2018.

_____. Brasília. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão do Plenário na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.232*/DF. Relator: Ilmar Galvão. Publicado no DJ DE 06/06/2001. Disponível em: < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385451>. Acesso em: 25 maio 2018.

_____. Brasília. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão do Plenário no Recurso Extraordinário nº* 587.970/SP. Relator: Marco Aurélio. Brasília - DF. Publicação em 22/09/2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312785203&ext=.pdf >. Acesso em: 20out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão do Plenário na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1232/DF*. Relator: GALVÃO, Ilmar. Publicado no DJ 01/06/2001. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1609716> Acesso em 20 jun. 2018.

_____.Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292.** Relator: Teori Zavascki:. Diário de Justiça eletrônico, Brasília, 17 Fev. 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 20 fev. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo– Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5.ed.* São Paulo – SP: Editora Saraiva, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à Justiça.* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

CEREN, João Pedro; CARMO, Valter Moura. A Isonomia entre nacionais e estrangeiros no tocante ao assistencialismo público sob o olhar do STF. *Nomos - Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC.* Fortaleza – CE, v. 37.2, p. 347-374, jul./dez.2017.

DUARTE JUNIOR, Dimas Pereira; OLIVEIRA, Ilzver de Matos; OLIVEIRA, Icone Rocha. Direitos sociais: diálogo entre reserva do possível, mínimo existencial e necessidades humanas. Revista Iuris Poiesis, Rio de Janeiro – RJ, V. 21, n. 26, p. 33-51, ago. 2018. Disponível em: <http://periodicosbh.estacio.br/index.php/jurispoiesis/article/viewFile/5732/47965104>. Acesso em: 19 out.2018.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais.* São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HASSE, Franciane; BALDISSERA, Rafaela; BALDISSERA, Mariana. A Flexibilização do critério de miserabilidade no benefício de prestação continuada diante do mínimo existencial e da reserva do possível. *Revista Meritum*, Belo Horizonte - MG, v. 12, p. 102-119 – jan./jun. 2017. ISSN 2238-6939. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/5204>. Acesso em: 05 jun. 2018.

ITÁLIA. Senato della Repubblica. *Constituição da República Italiana de 22 de dezembro de 1947*. Edição em língua portuguesa. Disponível em: <https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg17/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf.> Acesso em: 23jun2018.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 25. ed. São Paulo-SP: Editora Atlas S.A, 2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Aprovada pela Resolução n.217, durante a assembleia-Geral da ONU, em Paris, França, em 10/12/1948. Disponível em: <www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf. Acesso em 22jan2018.

SANTO JÚNIOR, Jamiro Campos dos; SILVA, João Romário Gomes da; ZAGANELLI, Margareth Vetis. Mistanásia: ineficiência de políticas públicas, violência e vulnerabilidade social. *RevistaLinkscienceplace - Interdisciplinary Scientific Journal*, Nº 5, v. 4, article nº 3, October/December 2017. Disponível em: <http://revista.srvroot.com/linkscienceplace/index.php/linkscienceplace/article/view/467/237>. Acesso em: 19 out. 2018.

SASSAKI, Romeu Kazumi. *Inclusão – Construindo uma sociedade para todos.* 8.ed. Rio de Janeiro – RJ: 2010.

VILLAS BÔAS, Bruno. *Pobreza extrema aumenta 11% e atinge 14,8 milhões de pessoas*. Artigo em site. 12/04/2018. Disponível em: https://www.valor.com.br/brasil/5446455/pobreza-extrema-aumenta-11-e-atinge-148-milhoes-de-pessoas. Acesso em: 23 jun. 2018

PRIMÓRDIOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: DOS TRIBUNAIS DA RELAÇÃO AO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PERÍODO IMPERIAL

THE BEGINNING OF THE BRAZILIAN SUPREME COURT: FROM THE COURTS OF RELATIONSHIP TO THE SUPREME COURT OF JUSTICE OF THE IMPERIAL PERIOD

Tatiane Silva Ferreira

Resumo: O atual acúmulo de funções do STF traz como necessidade repensar suas competências, o que deve ser analisado a partir de uma reconstrução histórica, objetivo deste trabalho, que se limita até o fim do período Imperial. O STF tem origem não formal em 1808, com a Casa de Suplicação do Brasil, tendo a função de órgão de cúpula, de última instância. Após a criação do Supremo Tribunal de Justiça, observam-se traços de um primitivo controle de constitucionalidade ou legalidade, além de uma espécie de foro privilegiado.A pesquisa caracteriza-se como descritiva, bibliográfica e documental, com procedimento técnico de análise interpretativa da reconstrução histórica produzida. Chama a atenção o crescente, porém, discreto, acúmulo de funções.

Palavras-chave: História do Supremo Tribunal Federal; Casa de Suplicação; Supremo Tribunal de Justiça; Competências do Supremo Tribunal Federal.

Abstract: The current accumulation of functions of the Brazilian Supreme Court brings a need to rethink its competencies, which should be analyzed from a historical reconstruction, the objective of this work, that is limited to the end of the Imperial period. The Brazilian Supreme Court has a non-formal origin in 1808, with the House of Supplication of Brazil, having the function of a supreme authority. It can be seen traces of a primitive control of constitutionality or legality, and a kind of privileged forum after the creation of the Supreme Court of Justice. The research is characterized as descriptive, bibliographical and documentary, with technical procedure of interpretative analysis of the historical reconstruction produced. The increasing but discreet accumulation of functions is striking.

Key words: Brazilian Supreme Court History; House of Supplication; Supreme Justice Tribunal; Brazilian Supreme Court Competences.

1. Introdução

O atual contexto político brasileiro, de protagonismo do Supremo Tribunal Federal, que exerce as mais variadas funções, atuando em um enorme número de processos, tendo questionado os limites da sua jurisdição, traz a necessidade de revisão das competências estabelecidas para o STF. Objetiva-se, com este trabalho, reconstruir historicamente os primórdios do Supremo Tribunal Federal, com enfoque nas suas competências, a fim de iniciar o caminho para a compreensão – através de uma visão histórico-política – do estabelecimento de suas competências atuais, seu acúmulo de funções e poder concedido pela Constituição de 1988.Especialmente para a área do Direito, uma possível reforma da estrutura judiciária deve se pautar também em experiências passadas, sendo estes os testes práticos que possibilitam a evolução desta ciência.

Embora definido na Constituição Federal de 1988 como órgão de cúpula do Poder Judiciário, o STF tem entre as suas principais atribuições processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a arguição de descumprimento de preceito fundamental, todas estas, ações do controle concentrado de

constitucionalidade, típico dos tribunais constitucionais europeus.

Isto significa dizer que o STF acumula, no seu papel de guardião da Constituição, as funções de órgão de cúpula do Poder Judiciário e de órgão responsável por realizar o controle concentrado de constitucionalidade das leis, assim como acontece naqueles tribunais provenientes da Europa.

Porém, ao contrário do que acontece na Áustria, berço dos tribunais constitucionais, o controle concentrado brasileiro não é realizado por um tribunal apartado do Poder Judiciário. Acrescenta-se a isto o fato de que o STF vem sendo excessivamente acionado e que o controle concentrado de constitucionalidade, uma de suas principais competências, é uma das classes processuais menos recorrentes e com mais alta taxa de congestionamento de processos na Corte, segundo dados do relatório "Supremo em Ação 2018", produzido pelo CNJ.

Com estas considerações iniciais, espera-se responder às seguintes perguntas: como ocorreu o processo de organização judiciária brasileira que, no futuro, deu origem ao STF? Quais as principais competências estabelecidas aos órgãos que representam os primórdios do STF?

Apesquisa caracteriza-se como descritiva, buscando reconstruir os fatos, tal como ocorreram. Trata-se de pesquisa bibliográfica e documental, vez que o trabalho se utiliza de Constituições brasileiras e outras normatizações jurídicas.Quanto ao procedimento técnico, foi feita a análise interpretativa da reconstrução histórica realizada, a fim de reconhecer a maneira pela qual a Justiça brasileira passou a se organizare organizar suas competências rumo à Corte Suprema do país, contextualizando para os dias atuais, desde o início aqui reconstruído.

Enfatiza-se que, embora a Justiça em território brasileiro seja permitida desde a época das Capitanias Hereditárias, a importância histórica para o surgimento do Supremo Tribunal Federal remonta aos Tribunais da Relação, a partir de onde, cronologicamente, partirá este trabalho.

2. Brasil-Colônia: dos Tribunais da Relação à Casa de Suplicação do Brasil

Dos prévios Tribunais da Relação, da Bahia – criado em 1587, constituído em 1609, suprimido em 1626 e reestabelecido em 1652 – e do Rio de Janeiro – organizado em 1751 –, vêm os primórdios da última

instância da Justiça em território brasileiro: a Casa de Suplicação do Brasil.

Àqueles Tribunais, que também possuíam funções administrativas e policiais, era confiada a Justiça do Estado Ultramarino de Portugal, o Brasil-Colônia. (NEQUETE, 2000, p. 13).

Primeiramente, criou-se o Tribunal da Relação da Bahia, chamado Relação do Brasil; posteriormente, criou-se o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, que passou então a ser a Relação do Brasil, no lugar da Relação da Bahia. (BRASIL, 2018f).

Quanto às Relações, competia-lhes

> conhecer dos conflitos de jurisdição entre as autoridades a ela submetidas; decidir as questões que se suscitassem entre prelados e outras autoridades eclesiásticas, com audiência do Procurador-Geral da Coroa; prorrogar o tempo das cartas de seguro e das fianças no caso de impedimento que obstasse que os réus se livrassem dentro do respectivo prazo; conhecer dos recursos interpostos das decisões dos Juízes de ausentes; prorrogar os prazos para a conclusão de inventários; e conceder licença para advogar, nos lugares em que não houvesse

> bacharéis graduados.(NEQUETE, 2000, p. 43).

Criaram-se os Tribunais da Relação com a função de julgar recursos de revista – equipara dos funcionalmente aos atuais Tribunais de segunda instância –, pela demanda por uma Corte coletiva, frente a abusos de poder no Brasil-Colônia, para a resolução de assuntos políticos e administrativos, sendo que assuntos civis e criminais deviam atravessar o mar "em suplício" para serem revistos, pela Casa de Suplicação de Lisboa. (OLIVEIRA, 2007, p. 10). Além destes assuntos, todas as decisões de última instância davam-se apenas em Portugal:

> Ressalte-se que as relações definem, em suas jurisdições, uma complexificação da Justiça comparável à da segunda instância. Mesmo assim, o Brasil, na condição de colônia, ainda depende de Portugal para as decisões de última instância, tomadas na Casa de Suplicação – uma situação que somente seria modificada em 1808. (LOPES, 2009, p. 25).

Observa-se, neste contexto, que ainda não havia no Brasil um órgão definitivo em decisões jurídicas, de última instância.

Em decisão estratégica de transferência da capital do Império português, de Lisboa para o Rio de Janeiro, deixando o solo e o povo português sob o jugo das tropas napoleônicas, mas mantendo o Império e a Coroa Portuguesas livres politicamente em terras sul-americanas, a vinda de Dom João VI para o Brasil, em 1808, ocorreu às pressas, sem grande planejamento. (LOPES, 2009, p. 25-26).

Com urgência e prontidão, todos os órgãos do Estado Português foram transferidos para o Rio de janeiro. (LOPES, 2009, p. 33-33). Como a interrupção da relação com Portugal não permitia ser utilizada a Casa de Suplicação de Lisboa, o príncipe Regente converte, por Alvará em 10 de maio de 1808,a Relação do Rio de Janeiro em Casa de Suplicação do Brasil, tendo "os Ministros a mesma alçada que têm os da Casa da Suplicação de Lisboa". (BRASIL, 2108e).

> *"I – A Relação desta cidade se denominará Casa da Suplicação do Brasil, e* ***será considerada como Superior Tribunal de***

> ***Justiça para se findarem ali todos os pleitos em última instância****, por maior que seja o seu valor, sem que das últimas sentenças proferidas em qualquer das Mesas da sobredita Casa se possa interpor outro recurso, que não seja o das Revistas, nos termos restritos do que se acha disposto nas Minhas Ordenações, Leis e mais Disposições. E terão os Ministros a mesma alçada que têm os da Casa da Suplicação de Lisboa. (...).*(Decreto 10 de maio de 1808, *apud*BRASIL, 2018f, grifo nosso).

Tal decisão do Príncipe-Regente Dom João mostra-se de grande importância para a História do Brasil e para este trabalho, posto que, ao tornar desnecessária a remessa dos Agravos Ordinários e das Apelações à Lisboa, agora interpostos diretamente no Brasil (NEQUETE, 2000, p. 24), marca a independência jurídica em relação a Portugal e a origem do Supremo Tribunal Federal no Brasil.

A Casa de Suplicação do Brasil é, assim, o primeiro órgão de cúpula do Poder Judiciário do Brasil –

função esta, atualmente estabelecida para o Supremo Tribunal Federal, pelo *caput* do art. 102 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2018b; MELLO FILHO, 2018) –, tendo vigorado de 1808 a 1829 (BRASIL, 2018c).

Neste princípio, considerando a provisoriedade da sede do Reino Unido de Portugal e do Brasil e Algarves em território brasileiro, as decisões eram tomadas de forma peculiar, visando o rápido ajuste local às normas já consagradas da Casa de Lisboa. (NEQUETE, 2000, p. 15; LOPES, 2009, p. 26).

Em 1815, o Estado do Brasil é elevado à categoria de Reino por D. João VI, após a derrota de Napoleão e a exigência de sua volta à Portugal para reconhecimento do seu Reino. (LOPES, 2009, p. 28).

Com a independência jurídica, diversas medidas de organização judiciária, alvarás e decretos menores são registrados (NEQUETE, 2000, p. 15)de 1808 a 1821, levando a uma estratificação do Judiciário local (LOPES, 2009, p. 27), criando-lhe normas, regimentos, hierarquias, além da criação de outros Tribunais da Relação, no Maranhão e Pernambuco, com nomeações e regras definidas (NEQUETE, 2000, p. 22-23).

Uma fecunda administração judicial se fez forma. O que, além de outros inúmeros serviços e instituições criados e instalados, sedimentou a autonomia nacional,

dando a Dom João VI o reconhecimento como mentor do Estado Brasileiro Moderno, apesar de sua injusta caricatura. (NEQUETE, 2000, p. 24-26).

Vê-se assim que a Casa de Suplicação do Brasil representa o primeiro órgão de cúpula da história do Brasil, com a competência de tribunal de última instância, configurando-se como marco da independência jurídica do país.

3. Brasil Independente: da Casa de Suplicação do Brasilao Superior Tribunal de Justiça do período Imperial

Em 1822, culminou o que vinha sendo traçado pela independência jurídica, pela necessidade da volta do príncipe-regente à Europa, pelas pressões para o Brasil retornar à classe de colônia-dependente: a independência. (LOPES, 2009, p. 30). No entanto, a estrutura judiciária criada se manteve, sendo a Casa de Suplicação do Brasil definitivamente o órgão de cúpula do país, ou seja, mesmo com a volta do Príncipe Regente, o poder de julgar em última instância as causas brasileiras não volta para Portugal.

Com vários apoiadores liberais por motivos diversos, Pedro, que se torna Pedro I, imperador do Brasil, ainda detém para si o poder Executivo através de seus ministros nomeados e do poder Moderador, ambos regulando fortemente o Judiciário. Porém, este permanece livre de Lisboa. (LOPES, 2009, p. 32).Assim sendo, o Judiciário era independente de Lisboa, mas permanecia sob o controle de D. Pedro I, pelo Poder Moderador, não sendo objeto deste trabalho analisar qualquer interferência deste Poder nas decisões judiciais, mas apenas a evolução histórica dos órgãos que deram origem ao atual Supremo Tribunal Federal.

Em 1824, a Constituição, em seu artigo 163, criava o Supremo Tribunal de Justiça:

> Na Capital do Império, além da Relação, que deve existir, assim como nas demais Províncias, haverá também um Tribunal com a denominação de - Supremo Tribunal de Justiça - composto de Juízes letrados, tirados das Relações por suas antiguidades; e serão condecorados com o título de Conselho. Na primeira organização poderão ser empregados neste Tribunal os Ministros daqueles que se houverem de abolir. (BRASIL, 2018a).

Quanto às suas funções:

> Art. 164. A este Tribunal Compete:
>
> I. Conceder, ou denegar Revistas nas Causas, e pela maneira, que a Lei determinar.
>
> II. Conhecer dos delictos, e erros do Officio, que commetterem os seus Ministros, os das Relações, os Empregados no Corpo Diplomatico, e os Presidentes das Provincias.
>
> III. Conhecer, e decidir sobre os conflictos de jurisdição, e competencia das Relações Provinciaes.(BRASIL, 2018a).

Regulamentado em 1828 e instalado com 17 juízes em 1829, há que se ressaltar que a criação e a seguinte instalação do Supremo Tribunal de Justiça do Brasil antecede a criação do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, trazendo mais uma vez à tona o grau de vanguarda judiciária atingido em terras brasileiras sob a inspiração de Dom João VI.

A Constituição de 1824 marcou a separação formal dos poderes políticos[62] (exceto o Poder Moderador do Poder Executivo) e assegurou as garantias da magistratura. Porém, tanto a função jurisdicional,quanto o Poder Judicial ainda permaneciam submissos ao Ministério da Justiça, poder Executivo exercido por ministro escolhido pelo imperador, que mesmo com forte apoio liberal, ainda mantém um viés absolutista neste início de império. (LOPES, 2009, p. 39). Assim, o controle vinha, principalmente: do Poder Moderador, que era na verdade o Poder único, exercido diretamente pelo Imperador; do Conselho de Estado, cujos Conselheiros eram nomeados pelo Imperador; do Poder Executivo, através dos Ministros escolhidos pelo Imperador e também pelo Senadovitalício constituído pela livre escolha do Imperador, com base em listas tríplices de candidatos eleitos das províncias.(NEQUETE, 2000, p. 50-72; LOPES, 2009, p. 38).

Neste início, o Supremo Tribunal tem como atribuição regimental a revisão dos feitos dos tribunais do interior do país, geralmente conduzidos por juízes leigos no Direito. Não julga recursos impetrados, sendo estes encaminhados para Relações diversas às do processo

[62]Art. 10. Os Poderes Politicos reconhecidos pela Constituição do Imperio do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial (BRASIL, 2018a).

original. Pela Carta de 1824, as Relações nas províncias julgariam em segunda e última instância, mas isto só irá ocorrer na República. De forma não regimental, o Supremo, nesta época, ainda esclarece sobre a legislação em julgamentos próprios ou de instâncias inferiores; função definida formalmente apenas em 1875. Centraliza, também de forma não regimental, a jurisprudência; ação habilitada por decreto apenas em 1876, não sendo sequer regulamentado no período imperial. Cabe também ao Supremo julgar a responsabilidade de seus próprios ministros, dos desembargadores de cada Relação, dos diplomatas e presidentes de províncias e posteriormente os religiosos em causas comuns, este último definido por lei apenas em 1851. (LOPES, 2009, p. 40).

Em 1831, após desgaste político, militar e com o povo, num gesto político, Dom Pedro I abdica e passa a seu filho, menor de idade, seus poderes, iniciando a fase da Regência. (LOPES, 2009, p. 46-48).

Deste período à frente datam o revolucionário, liberal e mundialmente exemplar Código de Processo Criminal em 1832; a Lei das Relações do Império em 1833; a Reforma da Constituição em 1832. (NEQUETE, 2000, p. 65-74).

Neste período, ocorre uma descentralização (NEQUETE, 2000, p.64) e uma maior participação

popular, vista como positiva aos olhos dos liberais, mas que se mostrou distorcida por influências locais. (LOPES, 2009, p. 49-52). Ainda, os próprios juízes dependiam de influência política para promoções e remoções vantajosas, tendo sua independência jurídica prejudicada. (LOPES, 2009, p. 53). Estes fatos aceleram literalmente a maioridade de Dom Pedro II, que ascende ao trono aos 14 anos e culmina na devolução do controle ao Poder Central em 1840 e, no ano seguinte, na Reforma do Código de Processo Criminal que esvazia os poderes da magistratura leiga. (LOPES, 2009, p. 49-53; BRASIL, 2018e).O Poder Judiciário mantinha-se dependente do Executivo. (NEQUETE, 2000, p. 65-74).

O Código Comercial e a Lei de Terras, ambos datando de 1850, foram implantados sem a maturidade de um Código Civil e este primeiro determinou a criação de tribunais de comércio onde se fizesse necessário; e à sua falta, as Relações assumiriam tal papel. Descentraliza-se, mais uma vez, certas decisões específicas. Mesmo carente de um Código Civil propriamente dito, fato talvez lentificado pela persistência da Monarquia e da escravidão, a justiça ainda segue caminho liberal. (NEQUETE, 2000, p. 74).

O ano de 1873 marca a expansão quantitativa das Relações de quatro para onze, levando

estes tribunais de segunda instância a uma ação mais difusa e mais próxima do cidadão comum. (LOPES, 2009, p. 61-62; NEQUETE, 2000, p. 43).

Já em 1875, por Decreto posto, foi concedido ao Supremo Tribunal de Justiça a incumbência de discutir leis civis, comerciais e criminais quando houvessem em sua execução, dúvida manifesta por divergências no próprio tribunal, nas Relações e de Juízes de primeira instância. Não se tem registro, porém, de ter sido executada, na prática, tal função durante o Império. (LOPES, 2009, p. 61-62).

O prestígio do juiz de direito é bastante apreciável e suas promoções à Relação e ao Supremo Tribunal eram processos rigorosos de exames de honestidade e virtudes. (LOPES, 2009, p. 64-65). Quanto mais forte ficava a Magistratura, mais o Império se enfraquecia. (NEQUETE, 2000, p. 94).

Aproximando-se do final do século, ocorre a Reforma Eleitoral, em 1881, a Lei Áurea, em 1888, e a transição sutil de Monarquia a República. (BRASIL, 2018e; LOPES, 2009, p. 63-64).

3. Considerações Finais

Reconstruir a formação do Supremo Tribunal Federal e o desenvolvimento de suas competências significa tratar de organização judiciária. A começar pelo período antes mesmo de ser oficialmente o Supremo Tribunal Federal, para entender o estabelecimento de suas funções, fruto de uma evolução jurídica e não do acaso.

Pode-se estabelecer como a origem do Supremo Tribunal Federal, de forma funcional e não oficialmente – o que só ocorrerá na República, não abrangida no recorte temporal deste trabalho –, a Casa de Suplicação do Brasil, inicialmente ligada ao Governo Português, instalado no Brasil-Colônia, e depois pertencente ao Brasil independente de Portugal.

Antes de tal Casa, no Brasil-Colônia,existia os Tribunais das Relações ou simplesmente Relações, que exerciam, pela primeira vez, o papel de órgãos judiciais de segunda instância,para coibir abusos em algumas matérias, devendo seguir para a Casa de Suplicação de Lisboa as matérias não abrangidas e todas as decisões de última instância da Colônia.

A Casa de Suplicação do Brasil representa o primeiro órgão de cúpula do Poder Judiciário do país –

assim como definido atualmente para o Supremo Tribunal Federal pelo *caput* do art. 102 da Constituição federal de 1988 –,com a competência de tribunal de última instância, configurando-se como marco da independência jurídica do país.

Com a Constituição do Império de 1824, criou-se o Supremo Tribunal de Justiça, órgão judiciário que sucedeu a Casa de Suplicação do Brasil, após regulamentação em 1829. Observa-se, pelo trabalho, que ambos estes órgãos, que remontam à origem e evoluem para o Supremo Tribunal Federal, possuem a função precípua de órgão de cúpula. No entanto, o Supremo Tribunal de Justiça, passa a ter funções variadas, além da revisão de feitos dos tribunais do interior do país. Inclusive, associa-se a uma espécie de controle de constitucionalidade a função de interpretação de algumas leis.

Atenta-se para o fato de o Supremo Tribunal de Justiça,ao esclarecer dúvidas sobre a legislação de forma não regimental, com atribuições ligadas à interpretação das leis e à uniformidade das decisões, e ainda,ao centralizar a jurisprudência, somado a, apesar de órgão de cúpula, não possuir o papel de terceira instância, identifica-se como um órgão que poderia ter evoluído para um Tribunal Constitucional contemporaneamente,mesmo não havendo

que se falar em controle de constitucionalidade (principal função atual do STF em importância) àquela época, ainda sob o jugo de um viés absolutista de Estado.

Esse Tribunal também tinha a competência de julgar religiosos nas causas comuns, o que traz à mente uma espécie de foro privilegiado.E julgava a responsabilidade de seus próprios ministros, o que também lembra a atual competência do Supremo no julgamento de crimes de responsabilidade.

Interessante notar que tanto na Casa de Suplicação quanto no Supremo Tribunal de Justiça do período Imperial, embora houvesse procedimentos de uniformização da interpretação da legislação, de caráter objetivo, geral e vinculante, lembrando traços de um primitivo controle de constitucionalidade, nunca, neste começo da história do Supremo, houve a intenção de se criar um órgão com o objetivo exclusivo, senão de controle de constitucionalidade (tal como um tribunal constitucional), ao menos para esclarecer as legislações, de maneira objetiva, geral e vinculante (mais condizente com a época histórica).

Por fim, percebe-se que o primeiro órgão judiciário de cúpula brasileiro – Casa de Suplicação do Brasil – passou a existir por uma necessidade portuguesa e não a partir de um amadurecimento jurídico ao longo de

uma evolução histórica da Colônia; ao contrário, foi importado da realidade portuguesa.

Parece quedesde as épocas mais remotas com alguma relação com a Corte Suprema do Brasil, tem-se o costume de se relacionar ao STF as últimas decisões do país, por mais que isto amplie suas funções. No entanto, àquela época, não havia tantas leis sujeitas a controle de constitucionalidade, nem tantos quantos são os recursos extraordinários atualmente.

O trabalho merece ter continuidade na evolução histórica do STF, adentrando ao período da República, até os dias atuais, remontando, especialmente a importância do desenvolvimento do sistema de controle de constitucionalidade das leis e desta função do Supremo Tribunal Federal. Merece estudos também a reconstrução do STJ, para compreender melhor a justificativa para dois Tribunais Superiores acumularem funções de terceira instância no Brasil – mesmo com cabimentos diferentes.

Referências

BRASIL. Constituição (1824). *Constituição Política do Império do Brazil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 15 out. 2018a.

BRASIL. Constituição (1988) *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 out. 2018b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *120 Anos do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfSobreCorte_pt_br&idConteudo=196222&modo=cms>. Acesso em: 15 out. 2018c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Bicentenário do Judiciário Independente no Brasil*. Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfSobreCorte_pt_br&idConteudo=175376>. Acesso em: 15 out. 2018d.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Cronologia da Justiça no Brasil*. Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfSobreCorte_pt_br&idConteudo=185219&modo=cms>. Acesso em: 15 out. 2018e.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Histórico*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico>. Acesso em: 15 out. 2018f.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Supremo em Ação 2018: ano-base 2017* – Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/fd55c3e8cece47d9945bf147a7a6e985.pdf>. Acesso em: 16/out/2018.

LOPES, Paulo Guilherme de Mendonça. *Justiça no Brasil – 200 anos de História*. Paulo Guilherme de

Mendonça Lopes, Patricia Rios. – São Paulo, ConJur Editorial, 2009.

MELLO FILHO, José Celso de. *Notas sobre o Supremo Tribunal (Império e República)*. 3. ed. – Brasília : Supremo Tribunal Federal, 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalCuriosidade/anexo/Notas_informativas_sobre_o_STF_versao_de_2012.pdf>. Acesso em: 12 out. 2018.

NEQUETE, Lenine. *O Poder Judiciário no Brasil a partir da Independência*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2000.

OLIVEIRA, Sônia Maria Queiroz. *Retrospectiva Histórica da Justiça no Brasil: sob os auspícios da Casa da Suplicação até a criação Supremo Tribunal de Justiça (1808 a 1828)*. Revista online Fadivale, ano III, nº 3. Governador Valadares – MG, 2007.

PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA E A GARANTIA DE DIREITOS: O IMPERATIVO DA EMANCIPAÇÃO E AUTONOMIA

HOMELESS AND THE VIOLETION OF RIGHTS: THE IMPERATIVE OF EMANCIPATION AND AUTONOMY

Luana Ferreira Lima

RESUMO

O artigo versa sobre os direitos da população em situação de rua, um dos grupos populacionais mais violado em nosso país, sobretudo no que tange à garantia de direitos, compreendidos dentro da perspectiva das necessidades humanas, condensadas na emancipação e reconhecimento da autonomia. Partindo do pressuposto de que uma sociedade deve estabelecer direitos, políticas e a tutela jurídica a partir de critérios normativos construídos por indivíduos emancipados e cuja autonomia foi desenvolvida, reconhecendo a possibilidade e a validade de suas construções no plano social, jurídico e político, por meio de processos dialógicos.

Palavras-chave: População em situação de rua; necessidades humanas; emancipação; autonomia.

ABSTRACT

This article sets out about the rights of the homeless, one of the most violated population group in the country, especially in what concerns rights guarantee, understood within human needs perspective, condensed in emancipation and recognition of autonomy. Based on the assumption that any society must settle rights, policies and legal protection based in normative criteria established by emancipated individuals whose autonomy has been developed, recognizing the possibility and validity of their

constructions in the social, legal and political plans, throughout dialogic processes.
Keywords: Homeless; human needs; emancipation; autonomy.

1 INTRODUÇÃO

O tema da população em situação de rua pode provocar um grande desconforto e inconformismo com os paradoxos da desigualdade social no país, ou a indiferença. Contudo, o conhecimento da realidade, a quebra de estigmas e mitos faz-nos entender um pouco melhor as violações de direitos que incidem de forma constrangedora contra os pobres no país e que repercutem diretamente no fenômeno social de pessoas vivendo em situação de rua.

É perceptível a grande violência imposta por concepções ideológicas, políticas e econômicas influenciadas pela sociedade de mercado que incidem de forma direta contra os grupos populacionais mais pobres, sobretudo, a população que vivem nas ruas. Essa violência representa o contrassenso de uma lógica perversa de segregação, que insiste em tratar pessoas como seres descartáveis, marginais.

A violência, notadamente contra os pobres, assume várias formas, sendo às vezes imperceptível ao senso comum - caso do preconceito – e, outras vezes, nítida – como

no aumento de pessoas vivendo em situação de miséria em todo o país. Resultado da incipiência de políticas públicas, ambos os casos são exemplos de violação aos direitos fundamentais.

Pretende-se, primeiramente, apresentar o fenômeno social "população em situação de rua" e os elementos essenciais ligados ao tema, assim como os números e a violência que perpetua o fenômeno. Em seguida, tratar de uma questão essencial na defesa dos direitos humanos: o reconhecimento das necessidades humanas, notadamente a autonomia e a emancipação, entendidas como um processo de libertação da dominação e da exclusão, como necessidade de participação de pessoas ou grupos de forma crítica em todas as esferas (política, jurídica, social, cultural e econômica), com o objetivo de reconhecimento e efetividade de seus direitos.

Tomou-se como marco teórico o entendimento assumido por Gustin (2014), que propõe a dialogicidade como método e a autonomia interativa e discursiva como fundamento da relação metodológica. A autora aponta como indispensável repensar as relações tradicionais entre as esferas jurídica e política, pois uma sociedade justa deve supor a existência de políticas e critérios normativos discursivamente estabelecidos por indivíduos com autonomia.Nessa perspectiva, as instituições do sistema de

justiça devem reconhecer a autonomia dos mais diversos grupos e comunidades humanas, inclusive das pessoas em situação de rua.

Apesar da difícil conjuntura de subordinação política ao poder econômico, da extrema violência da sociedade de mercado e dos fortes ataques à democracia do país, acredita-se que estamos diante de um cenário de resistência, com experiências que mantêm diálogo intenso com a construção de formas colaborativas e horizontais, que se expressam de maneira potente no sentido de permitir a emancipação e a construção da autonomia. Essas experiências levam em conta a possibilidade de relacionar-se com a alteridade, o reconhecimento de novos saberes, trazendo uma contribuição dinâmica para a efetivação dos direitos das populações mais socialmente vulneráveis.

Em seguida, verifica-se que a emancipação e a autonomia por meio da dialogicidade devem ser o fundamento da tutela jurisdicional, sendo requisito essencial à garantia e promoção dos direito da população em situação de rua.

2 POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA, UM FENÔMENO SOCIAL

A omissão com relação aos grupos populacionais mais pobres é evidente e, na sociedade contemporânea (notadamente uma sociedade de mercado), se perpetua em sistemas econômicos baseados no autointeresse e que desvirtuam as relações sociais[63] (POLANYI, 2012). Historicamente, vemos que os efeitos do mercado autorregulável - responsável pela mercantilização da natureza e da vida - e da economia de mercado baseada no autointeresse e na separação institucional do político e do econômico desempenham um papel essencial na mudança social e na natureza das coisas. Esses efeitos têm reflexos na manutenção do fenômeno da população em situação de rua no Brasil, um fenômeno que, de acordo com Maria Lucia Lopes Silva (2009), possui quatro características: 1) tem múltiplas determinações: estruturais (ausência de moradia, inexistência de trabalho e renda, mudanças econômicas e institucionais de forte impacto social); biográficas (ligados à trajetória de vida de cada indivíduo, como a perda dos vínculos familiares, doenças mensais e infortúnios); em consequência de fatos da natureza

[63] A partir da análise histórica da filosofia liberal postulada pelos economistas políticos do final do século XVIII e da primeira metade do século XIX, Karl Polanyi critica o mercado autorregulável. Sua tese central de nos dá elementos para compreender a manutenção da pauperização e suas circunstâncias. Polanyi nos apresenta uma abordagem histórica sobre o conflito entre o mercado e as exigências elementares de uma vida social, concluindo que a verdadeira crítica à sociedade de mercado não é pelo fato de ela se basear na economia, mas pelo fato de sua economia se basear no autointeresse, e que essa organização de vida econômica é inteiramente antinatural.

(terremotos, inundações etc.);[64] 2) é a expressão radical da questão social na contemporaneidade (desemprego, novas formas de pobreza, crise salarial, disputas de projetos societários, distintos interesses de classes, concepções e propostas de políticas econômicas e sociais, naturalização); 3) localiza-se nos centros urbanos; 4) é alvo de preconceito, que marca do grau de dignidade e valor moral atribuído pela sociedade às pessoas atingidas pelo fenômeno (SILVA, 2009, p. 105-122).

Ainda segundo a mesma autora, as estruturas do fenômeno estão vinculadas a processos inerentes à acumulação de capital, associados à produção de uma superpopulação relativa, com evidente violência do capitalismo sobre o ser humano. Nesse sentido, um aspecto importante é a particularidade desse fenômeno em ser uma expressão radical da questão social na contemporaneidade (SILVA, 2009, p. 106).

A Política Nacional da População em Situação de Rua, expressa no Decreto 7.053, de 2009, artigo 1º, parágrafo único, considera a população em situação de rua como um

> [...] grupo populacional heterogêneo que possui em comum a pobreza

[64] Poderíamos acrescentar, ainda, a violência urbana, os conflitos em morros e favelas em razão da disputada de territórios e o tráfico de drogas, fatores que obrigam pessoas a saírem de suas casas e irem para as ruas.

> extrema, os vínculos familiares interrompidos ou fragilizados e a inexistência de moradia convencional regular, e que utiliza os logradouros públicos e as áreas degradadas como espaço de moradia e de sustento, de forma temporária ou permanente, bem como as unidades de acolhimento para pernoite temporário ou como moradia provisória (BRASIL, 2009).

É importante ressaltar que a concepção política e ideológica neoliberal adotada desde a década de 70 do século XX ocasionou o aprofundamento dos processos de mercantilização, trazendo mudanças expressivas nas sociedades latino-americanas, como o crescimento da mobilidade geográfica do capital e restrições fiscais, restringindo qualquer possibilidade de horizonte alternativo àquele existente nos marcos do capitalismo. Como consequência, houve a diminuição do papel do Estado no que diz respeito ao investimento em políticas públicas em prol da classe trabalhadora, um maior uso do fundo público para a acumulação de capital, aumentando de maneira direta a violência estrutural e simbólica, notadamente sobre as populações mais pauperizadas.

Após a redemocratização e com a promulgação da Constituição Federal de 1988, os direitos humanos no país ganharam relevo. O país engaja-se

internacionalmente, assinando e ratificando importantes tratados internacionais de direitos humanos. Mas, apesar da institucionalização de um regime democrático no Brasil, com avanços na consolidação de garantias e direitos fundamentais (PIOVESAN, 2007) e, teoricamente, na proteção da população mais vulnerável, e ainda, do país engajar-se internacionalmente assinando e ratificando importantes tratados internacionais de direitos humanos, vivenciou-se um uma grande onda de violência dominou a paisagem social, influenciada pelos ajustes estruturais que diminuíram o investimento estatal em diversos setores, notadamente na área social.

Nesse contexto, o fenômeno população em situação de rua ganhou amplitude no Brasil, notadamente na segunda metade da década de 1990, coincidindo com o ápice das mudanças no mundo do trabalho no país, com as mais elevadas taxas de desemprego do decênio (SILVA, 2009). Nesse período, o aprofundamento do desemprego e o trabalho precarizado são fatores que contribuem para aumentar esse fenômeno. Somado a eles, tem-se a queda na renda média dos trabalhadores, a regressão dos direitos sociais e de sua abrangência e, consequentemente, elevados índices de pobreza e de desigualdade social (SILVA, 2009, p. 159).

Mas o fator central para o agravamento dessa situação consiste na subordinação política ao poder econômico, que estabelece e perpetua o modelo de concentração de renda e o consequente aprofundamento das desigualdades. Essa subordinação fez com que as condições de vida de certas classes sociais fossem precarizadas, incidindo no aumento da população em situação de rua, vítima histórica do modelo econômico e da ideologia política, firmados em marcos liberais.Deste modo, a omissão e a incipiência do Estado com relação às políticas públicas não são os únicos culpados pela existência de pessoas em situação de pobreza extrema e de direitos violados. Mercado e Estado atuam para produzir e dividir a riqueza social – mais precisamente, para concentrá-la -, incidindo sobre o fenômeno social.

2.1 Vulnerabilidade e sujeito de direitos

Faz-se referência da população em situação de rua como grupo populacional socialmente vulnerável, mas é preciso esclarecer o entendimento sobre vulnerabilidade e o sujeito de direitos.Adota-se a concepção de Melkevic (2017) de que vulnerabilidade, ou "vulnerável", não corresponde, de forma alguma, à "fraqueza", a uma pessoa frágil ou prejudicada. Antes, o termo vulnerável está associado a uma condição humana,

uma situação ou posição que torna a pessoa humana mais frágil do que ela é normalmente ou, pelo menos, do que ela deveria ser.

Não se trata de uma falha ou fraqueza, mas de um fato existencial. Daí, a vulnerabilidade não ser um atributo da pessoa, como uma "deficiência", como uma oposição física ou moral que torna o ser mais frágil do que ele é; ela revela o sentido da condição humana.Portanto, deve-se afastar qualquer concepção que tenda a conferir aos grupos socialmente vulneráveis a condição exclusiva de vulneráveis ou, ainda, a responsabilidade particular por sua própria condição. Deve ser reconhecido que, todos os seres humanos possuem vulnerabilidades inerentes à condição humana, e outras estabelecidas pelas formas de vida, da mecânica social, como a manutenção de estruturas que perpetuam a condição de vulnerabilidade em aspectos sociais, econômicos ou psicológicos.

Considerando a condição de iguais de todos os seres humanos, independentemente do nível ou âmbito de suas vulnerabilidades, o indivíduo - ou a pessoa humana - e o sujeito de direito não pertencem a dois mundos diferentes; como afirma Melkevic (2017), são apenas um. Ainda que, em certas situações, o reconhecimento da dignidade humana de determinados grupos sociais só exista com base no vínculo especifico com o ordenamento

jurídico positivista e não pelo reconhecimento de sua condição de ser humano (MELKEVIC, 2017).

2.2 Da proteção social

A Constituição Brasileira de 1988 iniciou um processo de proteção social[65] que, ao longo dos anos, aprimorou a proteção normativa com a Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) - Lei nº 8.742 de 1993 -, a Lei de Certificação de Entidades Beneficentes (Lei nº 12.101, de 2009) e a Lei que insere o Sistema Único da Assistência Social na LOAS (Lei nº 12.435, de 2011). Esses são importantes mecanismos que efetivamente transformaram a proteção social em direito, mas que, infelizmente, não garantiram a efetividade da proteção social, especialmente pelas prioridades adotadas em âmbito governamental, que redundaram na insuficiente destinação de recursos financeiros à seguridade social.

Na primeira década dos anos 2000, floresceram novas perspectivas em função das políticas adotadas pelo governo do então presidente Lula. Focadas na redução da pobreza extrema e da desigualdade social, bem como no fortalecimento e na independência das

[65] O Artigo 203, por exemplo, conferiu à Assistência Social a condição de política pública e ela passa a constituir, juntamente com a Saúde e a Previdência Social, o tripé da Seguridade Social.

instituições do Estado, tais políticas produziram frutos no campo social e econômico. Mas, por outro lado, esse governo não realizou mudanças estruturais substanciais capazes de dar continuidade à transformação dos arranjos sociais. A atuação política do governo Lula não rompeu com os ditames próprios do capitalismo: produziu o crescimento econômico, mas manteve o status quo da classe trabalhadora, a pobreza e a exploração dos grupos socialmente e economicamente vulneráveis(SILVA, 2009, p.180).

No governo seguinte ao período Lula (2003-2011), a presidenta Dilma Rousseff, eleita em 2011, procurou dar continuidade à redução da pobreza com a ampliação de programas sociais como o Bolsa Família e o Minha Casa Minha Vida. Contudo, o declínio da economia, o aumento da inflação, os desgastes de ordem institucional, as denúncias de corrupção e a execução de um plano de afastamento da Presidenta – que culminou em seu impeachment em 2016 – fizeram com que o país, além de retroceder no campo democrático, retrocedesse no campo dos direitos sociais. O governo do presidente interino Michel Temer buscou e busca a execução de medidas neoliberais radicais, de natureza conservadora, com forte apelo à redução dos direitos trabalhistas e do financiamento de políticas públicas, como a seguridade

social, um retorno às ideologias ultrapassadas dos anos 1990[66].

2.3Perfil e números sobre a população em situação de rua no Brasil

A população em situação de rua é extremamente heterogênea,[67] fator que comporta um desafio maior quando nos debruçamos sobre esse fenômeno social. O baixo número de pesquisas e de dados oficiais, em âmbito nacional e regional, reflete como o fenômeno é tratado no país. A promoção de direitos a partir da instituição de políticas públicas, por exemplo, requer conhecimento da dimensão social do problema, todavia esse grupo nunca foi incluído nas contagens populacionais oficiais do IBGE.

Contudo, existem algumas pesquisas e números relacionados à "população em situação de rua" passíveis de serem analisados, como os números

[66]O trabalho pretende aprofundar a crítica aos governos ou aos sistemas e ideologias econômicos adotados no país, mas afirmar que esses não são fatores secundários, mas antes essenciais para a compreensão das causas do aumento do fenômeno social da população em situação de rua e de sua manutenção, situação que repercute nas estruturas da sociedade, assim como na atuação do Estado e de suas instituições.

[67] Lucia Lopes explica que a heterogeneidade é a característica que mais se destaca nesse grupo populacional, estando relacionada a diferentes origens, interesses, vinculações sociais e perfis socioeconômicos diversificados, e que, por isso, a "população em situação de rua" não constitui um único grupo ou categoria profissional (SILVA, 2009).

demográficos de alguns municípios e também da violência ligada a esse fenômeno.

Em 2008, o Ministério do Desenvolvimento e Combate à Fome (MDS) publicou os resultados de uma pesquisa, realizada em 71 municípios com mais de 300 mil habitantes cada, que identificou a presença de 31.922 pessoas adultas em situação de rua (0,061% da população das cidades pesquisadas) (BRASIL, 2008), vivendo em calçadas, praças, rodovias, parques, viadutos, postos de gasolina, praias, barcos, túneis, depósitos e prédios abandonados, becos, lixões, ferro-velho ou pernoitando em instituições (albergues, abrigos, casas de passagem e de apoio e igrejas). Mas, nessa pesquisa, não foram contabilizados os números de algumas importantes capitais, como São Paulo, Recife, Belo Horizonte e Porto alegre, que têm pesquisas próprias. Portanto, já em 2008, estimava-se que o número de pessoas em situação de rua no país fosse bem maior, segundo os grupos que trabalham com o tema.[68]

Mais recentemente, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), em estudo publicado em outubro de 2016, estimou a existência de 101.854 pessoas em situação de rua no Brasil, um contingente fortemente

[68] Informação da Pastoral Nacional do Povo da Rua, organismo da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB).

concentrado em municípios de grande porte. O estudo não foi capaz de informar números precisos para cada município (NATALINO, 2016) e, mais uma vez, a estimativa pareceu distante da realidade.

Pode-se ter uma ideia do crescimento do fenômeno nos últimos anos verificando os dados da cidade de Belo Horizonte, que já realizou três pesquisas em âmbito municipal. No ano de 1998, duas décadas atrás, a Prefeitura identificou 916 pessoas em situação de rua na cidade, número que cresceu para 1.164 em 2005. Em 2013, a Prefeitura contabilizou 1.827 pessoas nessa condição, mas sob a contestação de vários grupos que afirmavam existir mais de duas mil pessoas em situação de rua na época. Recentemente, em 2017, a Secretaria de Políticas Sociais apontou, com base no Cadastro Único da Assistência Social, que 4.553 pessoas[69] estavam em situação de rua na cidade, o que mostra um crescimento substancial nos últimos quatro anos.

Os números da cidade de Belo Horizonte demonstram como o fenômeno vem se acentuando nos últimos anos, o que afirma a carência de repostas proporcionais à gravidade do tema, representando uma forma de violência contra esse grupo populacional.

[69] Disponível em: http://hojeemdia.com.br/horizontes/multid%C3%A3o-sem-teto-belo-horizonte-tem-4-500-pessoas-vivendo-nas-ruas-1.534380. Acesso em: 20/08/2017.

2.4A violência contra as pessoas em situação de rua

A manifestação da histórica violência simbólica pode ser vista na reprodução de discursos punitivos, dirigidos a reduzir os problemas sociais à aplicação de penas. O direito penal brasileiro perpetua a aplicação de normas não adequadas do ponto de vista social e ético-morais atuais.Um exemplo é o caso das contravenções penais sobre mendicância e vadiagem, dispostas no Decreto Lei 3.688, de 1941. A primeira, revogada em 2009 pela Lei 11.983, determinava a pena de prisão simples, de quinze dias a três meses por *mendigar, por ociosidade ou cupidez* (art.60 do Decreto lei 3.688, de 1941). A segunda, ainda em vigor caracteriza a vadiagem como *entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover a própria subsistência mediante ocupação ilícita*, determinando a pena de prisão simples, de quinze dias a três meses (art. 59 do Decreto lei 3.688, de 1941).

A vadiagem, ainda vigente, é utilizada para a privação de liberdade e expulsão de espaços públicos, para condenação, supressão e violência contra pessoas de condição social empobrecida e que se encontram nas ruas. Em janeiro de 2012, o Centro Nacional de Defesa de

Direitos Humanos da População em Situação de Rua e Catadores de Materiais Recicláveis (CNDDH, 2014), apresentou uma representação ao Ministério Público de Santa Catarina sobre a retirada forçada de pessoas em situação de rua da capital, Florianópolis, sob a alegação do cometimento da contravenção penal "vadiagem". A Polícia Militar do Estado de Santa Catarina prendeu dezenas de pessoas em situação de rua que foram conduzidos à delegacia sob a alegação de cometimento de contravenção penal. Na delegacia as pessoas foram cadastradas, fotografadas e obrigadas a assinar um termo circunstanciado que as definia como vadios[70]. Esse exemplo demonstra como o direito penal brasileiro, criticado por Zaffaroni (2011), penaliza a condição de existência da pessoa, desrespeitando sua autonomia moral e violentando a sua esfera de autodeterminação. Uma violência simbólica que se manifesta de forma expressiva contra os pobres e notadamente contra as pessoas em situação de rua, que são quase impedidas de existir[71].

Ora, se partimos do pressuposto de que o direito é um princípio e instrumento universal de

[70] Informações do Centro Nacional de Defesa dos Direitos Humanos da População em Situação de Rua e Catadores de Materiais Recicláveis.

71 Esse tipo de violência nos remete ao caso inadmissível do indígena do povo Pataxo, Galdino Jesus dos Santos, que em 2007 foi morto por jovens em Brasília enquanto dormia em um ponto de ônibus. Os jovens de classe média atearam fogo em Galdino, que veio a falecer. Os jovens declararam: "pensávamos que era só um mendigo".

transformação social (SANTOS, 2003), o direito exercido dentro do sistema de justiça atual, de maneira desvirtuada, tem se configurado de forma viciada por suas instituições, seria a manutenção da violência simbólica.

Além dessa espécie de violência simbólica, as informações do Centro Nacional de Defesa dos Direitos Humanos da População em Situação de Rua e Catadores de Materiais Recicláveis (CNDDH)[72] contribuíram para a obtenção de um panorama mais amplo da violência relacionada à população em situação de rua no Brasil. Apesar de a violência ter ganhado proporções que chamaram a atenção já nas décadas de 90 e início dos anos 2000, cujo símbolo no país são as chacinas[73], a instituição afirmou, a partir das informações sistematizadas, que a população em situação de rua no Brasil é um dos grupos populacionais mais violados em seus direitos, sobretudo sob a ótica dos direitos humanos. Durante quatro anos, de 2011 a 2014, a entidade registrou 2.743 casos de violação de direitos em mais de 536 municípios.

[72] Apenas em 2011, por meio da concretização de um dos objetivos da Política Nacional para a População em Situação de Rua – Decreto Presidencial 7.053, de 2009, o CNDDH começou a concentrar informações sobre a violência contra esse grupo populacional.

[73] As mais marcantes, a chacina da Candelária ocorrida em 23 de julho de 1993, na cidade do Rio de Janeiro, onde oito jovens foram assassinados e outras pessoas ficaram feridas, vítimas de policiais militares. E a Chacina da Sé, ocorrida em agosto de 2004, onde ataques na Praça da Sé, em São Paulo, provocaram a morte de sete pessoas, nesse massacre também foram denunciados policiais militares e um segurança particular pela autoria.

A partir dos estudos dos dados e da experiência sobre o tema, o CNDDH sugeriu, como perspectiva no processo de construção de novos paradigmas, medidas mais amplas de promoção e defesa de direitos.

3 O RECONHECIMENTO DAS NECESSIDADES HUMANAS

As aspirações e realizações do ser humano conferem sentido e propósito à vida, são inerentes à condição humana. Compreendê-las e, sobretudo, tentar efetivá-las constitui um desafio imensurável, mas inerente à realização humana.Mesmo com a conquista legal de direitos nas esferas individual, coletiva, internacional e nacional, dentre outras, e o considerável progresso dos direitos humanos ao preconizar a promoção e proteção da dignidade humana, mostram-se urgentes, no tempo atual, a busca por entendimento e atendimento das aspirações humanas. Diante da complexidade do ser humano e do contexto das relações humanas, não foi e ainda não é possível à tutela jurídica resguardar todas as condições para a plena realização humana.

Esse poderia e deveria ser o papel do direito, mas há várias limitações impostas em sua essência, como questões morais, de ordem cultural, históricas,

democráticas, de fundamentos de igualdade e equidade, dentre outras. Mas um dos problemas centrais pode estar no entendimento do que venham a ser as necessidades humanas e as formas para sua realização.

Gustin (2014) nos aponta que um grande número de teóricos, como Doyal e Gough, Heller, Dworkin e AñónRoig, têm postulado a (re)conceituação das necessidades humanas, tendo em vista a complexidade e os novos contornos do mundo contemporâneo (GUSTIN, 2014). Nessas postulações, assim como outras concepções sobre o assunto, a necessidade humana fundamental do ser humano contemporâneo seria a autonomia, entendida aqui como uma realização possível por meio da emancipação.

3.1 O imperativo das necessidades humanas: emancipação e autonomia

A autonomia como necessidade primordial do ser humano na construção de seu bem estar e de sua realização plena possui um conceito que evolui e se transforma ao longo da história. Segundo Gustin (2014), a autonomia seria transcultural e independente da inserção em categorias sociais, sendo o ser autônomo pessoa capaz de fazer escolhas próprias, de formular objetivos pessoais respaldados em convicções e de definir estratégias mais

adequadas para atingi-los; capacidade de ação e de intervenção da pessoa ou do grupo nas condições de sua forma de vida (GUSTIN, 2014).

Nesse sentido, ser autônomo é saber que se está agindo em caráter autônomo em relação aos valores e regras do outro, conceito que nos leva a entender a autonomia dentro da ideia de liberdade. Para Kant, o único direito inato, ou seja, transmitido ao homem pela natureza e não por uma autoridade constituída, é a liberdade, isto é, a independência em face de qualquer constrangimento imposto pela vontade do outro. Em outras palavras, a liberdade é vista como autonomia (BOBBIO, 2004, p. 69).

Mas o conceito de autonomia comporta diversas interpretações. Ao falar sobre os princípios jurídicos da teoria da justiça de Rawls e de definições kantianas, Habermas (2002) discorre sobre a autonomia privada e autonomia pública. Existem pontos conflitantes, carentes de solução quando se trata da autonomia, como a coação, a definição de moral, de valores, a demarcação do que é político, a dicotomia entre as identidades que formam duas esferas: uma dos direitos políticos de participação e comunicação e outra dos direitos liberais à liberdade, ligados ao entendimento de legalidade e que evoluem de geração em geração. O tipo de autonomia política que cabe a uma pessoa na condição primitiva, no

primeiro estágio da formação teórica, não pode perpetuar-se no coração da sociedade constituída juridicamente (HABERMAS, 2002, p. 84).

Dessa forma, cada geração teria de conquistar essa autonomia, segundo sua própria concepção de justiça. "Só a partir da perspectiva de seu próprio sistema interpretativo é que os cidadãos podem se convencer da verdade de uma concepção de justiça – adequada para todos" (HABERMAS, 2002). Dentro dessa perspectiva, existe uma aprovação não pública, mas com base em uma coletividade, decorrente de um consenso abrangente, com base no comum, até mesmo para uma justificação pública dos princípios constitucionais (HABERMAS, 2002). A autonomia tem natureza social e jurídica em constante transição, mas sua validade dependerá da sua interpretação, independente do sistema normativo vigente – que pode possuir estruturas hierarquizadas e difíceis de modificar. Sua validação se dará na própria ação humana, na sua evolução sobre a concepção de direitos e de justiça.

Apesar de a autonomia ser vista como liberdade, podemos dizer que a limitação estaria no caráter integralmente autônomo em relação aos valores e regras do outro apenas quando esses valores não fossem transmitidos ao homem de forma natural – considerando esses

entendimentos humanos evidentes em si mesmos – e não por um sistema jurídico e político descompassado. Não se trata, aqui, de um sistema político baseado na negação de autoridade ou da valoração de um modelo específico de governo, mas da necessidade de reconhecer as limitações com relação à autonomia. Viver em comunidade implica condicionar a autonomia, como no caso da liberdade individual[74].

A liberdade verdadeira pressupõe a capacidade de discernimento do indivíduo em relação às suas escolhas, aos seus objetivos pessoais e à sua capacidade de ação, bem como da necessidade da práxis comunitária, de dependência da vida em comunidade e dos desafios de viver em comunidade, e também dos conflitos que isso enseja, mas que são inerentes à comunidade, à condição humana.

Desse modo, para a realização da autonomia, é necessária, antes de tudo, a emancipação, entendida como a capacidade do ser humano, de suas comunidades ou grupos de reavaliar permanentemente suas estruturas sociais, políticas, culturais, econômicas, bem como de avaliar o aprisionamento em que se está

[74]Bauman (2003) nos mostra que há sempre um "preço" a pagar pelo privilégio de viver em comunidade. Enquanto a comunidade for um sonho, o preço é pago em forma de liberdade, em forma de autonomia, em forma do direito à autoafirmação e até mesmo à identidade.

inserido. Isso confere condições de saber os limites da liberdade e quem impõe esses limites, ou seja, a saída da superficialidade.

4. A DIALOGICIDADE

Partindo do pressuposto que a emancipação e a autonomia são imperativos, é compreensível a necessidade de uma estratégia para a construção de entendimentos e conceitos que sirvam de diretrizes para o alcance dessas necessidades em seus diversos planos. Nessa perspectiva, mais uma vez o entendimento de Gustin (2014), que propõe a dialogicidade como método e a autonomia interativa e discursiva como fundamento para repensar as relações tradicionais entre as esferas jurídica e política.

A dialogicidade se faz necessária na medida em que a legitimidade das necessidades humanas estaria no conteúdo social e cultural, obtidos a partir de consensos discursivos, conjugados com o exercício da democracia. Ela seria uma estratégia para a melhor compreensão das necessidades humanas e um meio para a emancipação. Nesse sentido, seria um instrumento para o alcance da autonomia, em especial pelos grupos populacionais em

situação de vulnerabilidade social e pelos mais violados no reconhecimento de seus direitos.

Relembrando Milton Santos (2006), para quem os pobres abrem um debate novo, inédito, às vezes ruidoso, uma vez que as populações e as coisas presentes dentro dos grandes sistemas das cidades encontram novos usos e finalidades para novas articulações e novas normas para satisfazer todos os tipos de carência, do consumo à carência de participação e cidadania.

Arrisca-se dizer que os espaços comuns, a comunidade ou coletivos de concepções horizontalizadas, com características que remetem à solidariedade humana e ao desenvolvimento de políticas antitéticas ao capital, podem trazer possibilidades de compreensão das necessidades humanas reais e de sua realização. Não se fala aqui da vontade de um povo considerada sob o aspecto jurídico somente, mas de concepções que envolvem as necessidades da pessoa como indivíduo único, ou de seu grupo ou coletividade, levando em conta aspectos como cultura, histórias, trajetórias, perpassando pela compreensão da violação de direitos e aspirações distintas.

Por meio da dialogicidade, as necessidades humanas, da pessoa ou de sua coletividade, podem ser refletidas de maneira crítica, compreendidas e reconceituadas, o que pode corresponder a uma forma de

emancipação. A dialogicidade já não é uma novidade, especialmente para os grupos considerados como "minorias", que buscam dar voz às suas necessidades, violações, assim como concepções e tradições, para terem o que entendem por seus direitos reconhecidos e promovidos. É o que vemos nos movimentos de lutas das mulheres, dos negros, dos deficientes, das comunidades tradicionais, dentre outros. Contudo, pode-se afirmar que, para a população em situação de rua no país, esse processo é ainda novo, iniciado apenas nas últimas décadas, com a fundação de movimentos organizados, com pautas definidas, com bandeiras de luta, como o Movimento Nacional da População de Rua.

Essa concepção de emancipação e autonomia conferidas por meio da dialogicidade deve ser incorporada no Estado democrático de direito e na tutela jurídica. Essa seria uma responsabilidade essencial do Estado, de suas instituições, mas também da sociedade, observando a lógica social em seu próprio tempo.

Com fundamento no pensamento freireano, considera-se o diálogo como o encontro dos homens que, mediatizados pelo mundo, o pronunciam. Esse diálogo só é possível entre aqueles que querem a pronúncia do mundo, e não entre os que não a querem, que negam aos demais o direito de dizer a palavra(FREIRE, 1996).E nesse sentido,

a dialogicidade verdadeira é aquela em que os sujeitos dialógicos aprendem e crescem na diferença, sobretudo no respeito a ela. É a coerência exigida por pessoas humanas que "inacabadas" ou que conscientes de suas vulnerabilidades, assumem-se como tais e se tornam radicalmente éticas. E assim, não podem as instituições da ordem jurídica se considerarem com maior propriedade de definir as necessidades humanas e de tentar promovê-las sem a participação dos interlocutores a quem se dirigem suas ações.

A dialogicidade pode ser também, em termos mais simples, definida como o diálogo, ou o atuar "com" e não "para". Esse é o princípio metodológico para um procedimento transformador. Acrescido ainda da compreensão daqueles que se inclinam à dialogicidade da condição de vulnerabilidade inerente a todo ser humano, e nesse sentido o reconhecimento de igualdade e da equidade. Tratar de ações em âmbito dialógico e deliberativo, conciliatório com os princípios de direitos humanos deve ser pressuposto da atuação.

É necessário romper com a hegemonia de discursos que não representam as pessoas ou grupos para quem deveria se direcionar ação jurídica e política, na forma de reconhecimento e possibilidadede uma autonomia crítica, como no caso dos grupos populacionais

considerados mais vulneráveis, como no caso da população em situação de rua.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não é mais possível se valer dos tradicionais conceitos e categorias do pensamento jurídico para compreender e lidar com a realidade dos grupos populacionais em situação de grande vulnerabilidade social, como no caso da população em situação de rua. Não se pode mais negar as experiências desse grupo populacional em qualquer ação, seja na construção quanto na desconstrução de conceitos, de paradigmas, e propriamente na defesa e garantia de direitos, na construção de políticas públicas.

O fenômeno social de pessoas vivendo em situação de rua no Brasil vem aumentando de forma constrangedora, inadmissível, exigindo da sociedade, do poder público e da ordem jurídica a emergência de repensar suas estruturas e formas de atuação. E assim também a urgência da mudança de valores e de condutas, sendo a dialogicidade um meio necessário para a construção de novas práticas, voltadas para a emancipação e a autonomia.

E quais seriam as fontes materiais para a realização dessas aspirações? O reconhecimento das questões estruturais que perpetuam o fenômeno e que provocam o seu aumento e o reconhecimento das pessoas em situação de rua como sujeitos de direitos. Pode parecer óbvio, mas não é, os processos estruturais de manutenção da pobreza e da desigualdade social são ainda desconsiderados pela tutela jurídica que penaliza a pessoa pela própria condição de pobreza. Na configuração atual da sociedade, estamos diante de instituições que não se constrangem a uma ética que poderia assumir esses aspectos, pois se perderam na dissolução de valores constitucionais e de direitos humanos, incorporando modelos distantes da alteridade e da responsabilidade com a humanidade do outro, comprometendo-se com as exigências do mercado, situação que leva à negação da realidade social.

Nesse contexto, se afirma a necessidade da dialogicidade, a urgência do estabelecimento de novas práticas para a (re)construção dos direitos e de suas formas de defesa, permitindo a emancipação e a autonomia, não apenas para a mudança da realidade da violação de direitos, mas também para a compreensão e transformação dos mecanismos de opressão utilizados pelos que oprimem.

Seria a compreensão de um direito em movimento que deve se voltar para a realidade do grupo populacional para o qual se direciona a ação. E nesse sentido, a tutela jurídica por meios de suas instituições deve, impreterivelmente, compreender a dinâmica social e reconhecer a sua complexidade. Esse processo exige a quebra de preconceitos, a mudança da perspectiva da rua como um lugar marginal e de indivíduos marginais. O distanciamento das práticas reduzidas no sentido da experiência moral, para o entendimento da moral como uma atividade prática dialógica.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. Comunidade: a busca por segurança no mundo atual. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à fome. Rua: aprendendo a contar: A Pesquisa Nacional sobre a População em Situação de Rua. Brasília – DF; MDS, Secretaria de Avaliação e Gestão de Informações, Secretaria Nacional de Assistência Social. 2008.

BRASIL. Constituição Federal, 1988.

BRASIL. Decreto 7.059, de 23 de dezembro de 2009. Institui a Política Nacional para a População em Situação de Rua e seu Comitê Intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7053.htm Acesso em 30 jan. 2015.

CNDDH. Centro Nacional de Defesa de Direitos Humanos da População em Situação de Rua. Relatório de Atividades CNDDH 2011-2014. Belo Horizonte, 2014. Não publicado.

FREIRE, Paulo. Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; LIMA, Paula Gabriela Mendes (Coordenadoras). Pedagogia da Emancipação: desafios e perspectivas para o ensino das ciências sociais aplicadas no séc. XXI. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de sociologia e filosofia do direito: Belo Horizonte, Del Rey, 2014.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

HABERMAS, Jurgen. A inclusão do outro, estudos de teoria política. Edições Loyola, São Paulo, Brasil, 2002.

NATALINO, Marco Antônio Carvalho. Estimativa da população em situação de rua no Brasil. Texto para

discussão. IPEA, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília: Rio de Janeiro: Ipea. 2016.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 8° ed. Saraiva. São Paulo, 2007.

POLANYI, Karl, 1886-1964. A Grande transformação: as origens da nossa época / Karl Polanniy; [tradução: Fanny Wrobel; Revisão Técnica: Ricardo Benzaquen de Araújo]; 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

SANTOS, Boaventura de Souza. Poderá o direito ser emancipatório? Revista Crítica de Ciências Sociais, 65, maio 2003. p. 3-76.

SILVA, Maria Lucia Lopes da. Trabalho e população em situação de rua no Brasil. São Paulo: Cortez, 2009.

O INCIDENTE DE DEMANDAS REPETITIVAS E O DIREITO COMO INTEGRIDADE: UM DIÁLOGO ENTRE O CIVIL LAW E O COMMON LAW

MASS LITIGATION JUDGEMANT INCIDENT AND THE LAW AS INTEGRITY: A DIALOGUE BETWEEN CIVIL LAW AND COMMON LAW

André Geraldo Santos Cardoso de Mesquita
Leandro Pereira Góis

RESUMO: O artigo busca analisar o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e as novas técnicas de julgamento oriundas do common law como overruling e distinguishing, que possuem o nítido objetivo de fortalecer as decisões judiciais e criar uma jurisprudência integra, coerente e racional, além de conter a litigiosidade excessiva para minimizar o abarrotamento nos tribunais, sendo assim, a reflexão central deste estudo tem como foco principal a questão envolvendo a padronização das decisões judiciais e seus reflexos no contexto do Estado Democrático de Direito.

Palavras-Chave: Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas; litigiosidade; padronização das decisões judiciais.

Abstract: Mass Litigation Judgemant Incident; litigiousness; standardization of judicial decisions.

Keywords: The article seeks to analyze the Mass Litigation Judgemant Incident and the new techniques of judgment coming from the cammon law as overruling and distinguishing, that have the clear objective to strengthen

the judicial decisions and to creat an integral, coherent and rational jurisprudence, besids containing the excessive litigation to minimize overcrowding in the courts, so the mains fows of this study is the question of standardizing judicial decisions and their consequences in the context of the Democratic State of Law.

1 INTRODUÇÃO

O estudo que se inicia tem o objetivo de analisar o sistema de precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Como é sabido, trata-se de um novo instituto introduzido no ordenamento jurídico pelo Código de Processo Civil Brasileiro – Lei 13105/15, possuindo o nítido viés de padronizar as decisões judiciais e diminuir o número excessivo de litígios para conferir segurança jurídica e economia processual.

Neste sentido, ficou bastante claro a intenção do legislador em racionalizar as decisões, sejam elas individuais e coletivas, no escopo de desafogar a máquina judiciária,[75] evitando assim, decisões judiciais díspares em casos idênticos.

[75] De acordo com o relatório do Conselho Nacional de Justiça do ano de 2018. No ano de 2017, as despesas totais do Poder Judiciário somaram R$ 90,8 bilhões, o que representou um crescimento de 4,4% em relação ao último ano, e uma média de 4,1% ao ano desde 2011.3 O aumento em 2017 foi ocasionado, especialmente, em razão da variação na rubrica das despesas com

A padronização das decisões reflexamente introduz a aproximação das regras do civil law com o sistema do common law, contudo, pela tradição do direito pátrio de nítida formação romano-germânica a questão afigura-se preocupante pelo risco eventual de se engessar as decisões judiciais.

A par destas proposições, a reflexão que se propõe a fazer é investigar o uso dos precedentes, especialmente no que tange ao IRDR, cuja imposição legislativa poderá acarretar o seu eventual desvirtuamento e incongruências ainda maiores.

---

recursos humanos (4,8%). As despesas de custeio cresceram 16,2% e as outras despesas correntes tiveram redução de 3,9%. Ressalte-se que nos últimos 6 anos (2011-2017), o volume processual também cresceu em proporção próxima às despesas, com elevação média de 3,4% ao ano na quantidade de processos baixados e de 4% no volume do acervo, acompanhando a variação nas despesas. As despesas totais do Poder Judiciário correspondem a 1,4% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional, ou a 2,6% dos gastos totais da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. Em 2017, o custo pelo serviço de Justiça foi de R$ 437,47 por habitante, R$ 15,2 a mais do que no último ano. Descontadas tais despesas, o gasto efetivo para o funcionamento do Poder Judiciário é de R$ 76,5 bilhões; a despesa por habitante é de R$ 368,22; e 1,2% do PIB. O número de processos em tramitação apresentou o menor crescimento da série histórica, com variação de 0,3% e o Poder Judiciário chegou ao final do ano de 2017 com um acervo de 80,1 milhões de processos que aguardam solução definitiva. Entre 2009 e 2017 houve uma variação acumulada de 31,9% no estoque, correspondendo a um crescimento médio de 4% ao ano. Apesar da manutenção do volume total em estoque, constata-se que houve redução nos processos pendentes em fase de conhecimento, etapa em que se faz o julgamento de mérito dos processos judiciais. Desconsiderados os processos de execução, o estoque obteve queda de 1,4 milhão de processos (3,7%), diferentemente da tendência dos anos anteriores, em que os pendentes em conhecimento cresciam, anualmente, a uma média de 4%. Considerando apenas os dias úteis do ano de 2017, excluindo períodos de férias e recessos, tal valor implica a solução de aproximadamente 7,2 processos ao dia.

Serão abordadas algumas questões históricas do common law suas origens, os sistemas inglês e norte americano, também serão realizados alguns apontamentos sobre o uso dos procedentes no Brasil. O marco teórico tem como inspiração a teoria da integridade de Ronald Dworkin. O estudo metodológico partirá de uma análise dedutiva com aporte histórico, doutrinário, legal e jurisprudencial.

2 ORIGENS HISTÓRICAS DO COMMON LAW

Neste tópico será realizada uma pequena abordagem no aspecto histórico do direito inglês e norte-americano, mormente no que tange às suas origens, desenvolvimento e sedimentação como sistema jurídico, sem contudo, adentrar em questões pontuais vez que o objetivo principal deste ensaio é apenas a compreensão racional do sistema de precedentes.

2.1 Common no sistema Inglês

Inicialmente cabe destacar que a Inglaterra no século I ao V depois de Cristo, integrou o Império Romano cujo domínio não desnaturaram as origens e

tradições dos anglo-saxões que continuaram a falar o mesmo idioma e a praticar os mesmos costumes.

Contudo, não se sabe ao certo como se estabeleceu o common law, conforme ensina, (VICTOR, 2015, p.31):

> Para alguns estudiosos do common law, sua caracterização deveria ser precisa, apesar de a sua compreensão minimamente adequada do assunto constituir-se verdadeiro quebra-cabeça. Fazia-se então , a distinção entre costumes que poderiam ser considerados, de modo geral, como compartilhados pelo povo inglês desde tempos imemoriais – cuja origem nem sequer poderia ser encontrada com segurança – e aqueles outros que somente representariam costumes locais, não generalizáveis e , assim, não formadores do common law. A antiguidade do costume seu enraizamento na comunidade seriam determinantes de sua razoabilidade e adequação, até porque sua aplicação e aceitação teriam passado pelo teste do tempo.

Basicamente, o common law é a fusão do direito e dos costumes. Assim, a história do período inglês, pode ser divida em quatro períodos, conforme advertem (NUNES, VIANA, 2018, ps.41/42)

> a) O período anterior à conquista da normanda de 1066, no qual o direito inglês é conhecido como anglo-saxônico, b) o segundo período, de

> efetiva formação do common law, que abrange o ano da conquista da normanda de 1066 e se estende até 1485; c) o terceiro período, correspondente à convivência simultânea do cammon law e as 'regras da equidade', fase ocorrida entre 1485 e 1832; d) o quarto e último período denominado moderno, iniciado em 1832 e vigente até os dias atuais

Ao lado do cammon law (direito comum ou geral) aparece outra importante figura jurídica conhecida como – Equity (equidade), espécie de jurisdição especial decidida com base na moral que surgiu no escopo de corrigir as falhas do common law, contudo, a Equity apenas o aperfeiçoou.

O common law nos dias atuais é vulgarmente conhecido como sendo o direito meramente consuetudinário, todavia muitos desavisados são surpreendidos quando informados que ao lado das decisões há o direito positivado, sendo que a fonte primária é a jurisprudência seguida pela lei.

Outrossim, não se deve confundir o commow law com o stare decisis (precedentes), embora muitos usam indiscriminadamente como palavras sinônimas, é oportuno salientar que o commow law compreende os costumes determinantes na vida do homem inglês, já stare

decisis, traduz-se na figura do precedente que somente teve força vinculante no século XIX.

2.2 Common no sistema Americano

Os Estados Unidos da América principal colônia Inglesa, após a guerra da independência promulgou no ano de 1787 a sua Constituição com a formação de um estado federal – União e Estados, inclusive com a criação da Suprema Corte e cortes inferiores. Por incrível que pareça a constituição americana possui sete artigos e apenas vinte e sete emendas.

Muito embora o direito americano seja fragmentário onde cada estado membro possui um sistema jurídico autônomo espalhados pelos cinquenta e um estados dentro do território, destaca-se a Suprema Corte com um papel fundamental que ao longo da sua história possui importantes decisões nos vários períodos históricos entre guerras, abolição da escravatura, emendas às Constituições. Não se pretende aqui fazer um estudo pormenorizado da história constitucional norte-americana, contudo, alguns casos são importantes para compreensão do uso dos precedentes.

O caso Dred Scott v. Sandfort, de 1957, por ser negro e escravo Dred Scott, ajuizou uma ação junto à

Corte Federal contra o seu proprietário alegando que tinha adquirido a liberdade por ter trabalhado em território onde era proibido a escravização. A corte decidiu que Dred Scott não era um homem livre nem tão pouco reconhecido como cidadão americano.

O período denominado como Era Lochner, tem o leading case Lochner v. New York, de 1905, neste caso a corte invalidou a lei do Estado de Nova York que fixava a jornada máxima de trabalho para empregados de padaria. A suprema corte influenciada pelo liberalismo econômico, invalidou a lei, sob o argumento de que seria indevida qualquer intervenção no domínio econômico vez que não caberia qualquer interferência em contratos celebrados por pessoas iguais e capazes.

A denominada corte Warren de 1953 à 1969, destaca-se o caso Brown v. Board of Education de 1954, onde foi sepultada a segregação racial nas escolas públicas dos Estados Unidos, fulminando a doutrina "separados" mas "iguais". Cabe aqui destacar a postura proativa da suprema corte como sendo o grande divisor de águas para o nascimento do Ativismo Judicial.

3 – ALGUNS APONTAMENTOS SOBRE O PRECEDENTE JUDICIAL NO BRASIL

Desde a constituição de 1891 sob a influência de Rui Barbosa foi importado o instituto do judicial Review com adoção do sistema difuso de controle de constitucionalidade, inclusive já existia no Brasil um Decreto nº 848 de 1890, com previsão expressa de aplicação de regras do common law e equity[76].

Alguns anos se passaram e durante a vigência do Código de Processo Civil de 1939, no ano de 1967 foram editados 370 (trezentos e setenta) enunciados de súmulas pelo Supremo Tribunal Federal. Posteriormente o Código de Processo Civil de 1973, expressamente previu a uniformização da jurisprudência no Capítulo I do Título IX.

Recentemente, a emenda constitucional nº 45, (Reforma do Judiciário), trouxe a súmula vinculante do artigo 103 A da CF/88, bem como foram realizadas microrreformas no Código de Processo Civil tais como: o julgamento liminar de improcedência no artigo 285 A, bem como os casos de repercussão geral e julgamento por amostragem do artigo 543 A à C, dentre outras, sempre em busca de diminuir a litigiosidade, conferindo

[76] Artigo 386 – Constituirão legislação subsidiária em caso omissos as antigas leis do processo criminal, civil e comercial, não sendo contrarias ás disposições espírito do presente decreto. Os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações jurídicas na Republica dos Estados Unidos da América do Norte, os casos de comon lae e equity, serão também subsidiarios da jurisprudência e processo federal.

racionalização às decisões judiciais em sede jurisprudencial.

3.1 O Novo Código de Processo Civil Brasileiro

O novo Código de Processo Civil – Lei 13.105 de 16 de março de 2015, teve como presidente o Ministro Luiz Fux, com relatoria geral dos trabalhos Tereza Wambier, pela Exposição de motivos houve uma grande preocupação do legislador em relação a uniformização e coerência em sede jurisprudencial com adaptação de novas técnicas processuais :

> Criaram-se figuras, no novo CPC, para evitar a dispersão excessiva da jurisprudência. Com isso, haverá condições de se atenuar o assoberbamento de trabalho no Poder Judiciário, sem comprometer a qualidade da prestação jurisdicional. Dentre esses instrumentos, está a complementação e o reforço da eficiência do regime de julgamento de recursos repetitivos, que agora abrange a possibilidade de suspensão do procedimento das demais ações, tanto no juízo de primeiro grau, quanto dos demais recursos extraordinários ou especiais, que estejam tramitando nos tribunais superiores, aguardando julgamento, desatreladamente dos afetados. Com os mesmos objetivos, criou-se, com inspiração no direito alemão, o já referido incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda

> no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta.O incidente de resolução de demandas repetitivas é admissível quando identificada, em primeiro grau, controvérsia com potencial de gerar multiplicação expressiva de demandas e o correlato risco da coexistência de decisões conflitantes.

Basicamente o espírito do código pode ser traduzido de maneira geral pela simplificação procedimental, enaltecendo o princípio do contraditório, uniformização dos precedentes com a positivação das orientações doutrinárias e jurisprudenciais.

Senão fosse isso, o modelo multiportas estatuído contempla uma ideologia de se evitar o litígio privilegiando a conciliação, destacando a figura das partes no processo que de litigantes passaram a ser considerados cooperadores (princípio da cooperação), todos com efetiva participação contribuindo para o provimento final.

Em contrapartida, os tribunais deverão uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente, com ampla divulgação e publicidade de seus precedentes, organizando-os por questão jurídica, especialmente o julgamento de casos repetitivos em decisões proferidas em incidente de resolução de demandas repetitivas, recursos especial e extraordinário repetitivos.

Indubitavelmente o novo estatuto processual ao prever vários instrumentos aptos a conferir padronização das decisões judiciais, como por exemplo: artigos 311, II, 489,§4, 926,927, não há como negar a influência do sistema do cammon law, por conseguinte, encontra-se umbilicalmente atrelado à teoria do direito como integridade de DWORKIN, que prega a ideia de coerência no direito e nas decisões judiciais sempre em busca da decantada segurança jurídica.

Assim, nítida é a influência de DWORKIN, que dedicou grande parte de sua obra ao estudo da teoria da decisão judicial, desta feita, resta evidente que o direito como integridade ganha vida ao se converter numa verdadeira comunidade de princípios como mecanismo de fomentar a aplicação do direito além do texto escrito, para DWORKIN, cada juiz seria uma espécie de romancista, pois a cada decisão deve-se realizar um esforço hermenêutico ao se reinterpretar o direito como um romance em cadeia, por isso, tais ilações ganham vida e importância no cenário atual em razão do forte entrelaçamento das regras do common law infiltradas no código de processo civil.

Como o próprio (DWORKIN,2007, p.272), explica:

> O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltado para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. Assim, o direito como integralidade rejeita por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventem o direito; sugere que só entendemos o raciocínio tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas.

O convencionalismo jurídico se traduz na mera aceitação de regras voltadas para o passado, caberia ao intérprete apenas aceitar aquela moldura estabelecida e pronto, ou seja, uma atividade meramente burocrática.

Já o pragmatismo judicial por sua vez se lastreia no ceticismo, pois não acredita em uma decisão correta mas meramente possível dentre as existentes, ao intérprete restaria apenas operar o direito com o olhar para o futuro, em outras palavras, é o que prega a doutrina do ativismo judicial.

Por sua vez, o direito como integridade não se volta para o passado nem para o futuro, não se contenta com as convenções sociais nem tão pouco deixa de buscar uma resposta possível, pelo contrário o direito deve ser revestido de historicidade e o juiz como integrante do corpo social deve se comportar como elemento deste corpo buscando em suas decisões a melhor que se adeque à aquele determinado momento.

3.2 O uso dos precedentes judiciais

Visando dar mais sustentação democrática no uso das decisões judiciais, a figura dos precedentes hodiernamente é a principal ferramenta para sedimentação dos julgamentos, com evidente objetivo de propiciar uma melhor qualidade de julgamento, arrefecendo o uso desmedido da discricionariedade, tornando o arcabouço decisório mais íntegro e racional.

Conforme lembra (BARBOZA, 2016, p.203):

> O novo código de Processo Civil tentará reverter esse quadro, prevendo em diversos dispositivos mecanismos de precedentes ou instrumentos que trazem a ideia de uniformização de jurisprudência, buscando garantir uma maior coerência entre as decisões dos Tribunais inferiores em relação

> aos precedentes dos Tribunais superiores, bem como uma maior coerência entre as decisões do mesmo tribunal, como estabelecem os artigo 311,II, 489, 496,§4; 926/927;988; 1042, aproximando o processo civil ao sistema do cammon law.

Tradicionalmente as súmulas sempre tiveram força persuasiva, em geral as cortes e juízes inferiores não eram obrigados a seguir o entendimento dos tribunais superiores, este era o modelo seguido pelo Brasil, contudo após as reformas legislativas a partir da década de 90 do século passado culminando na adoção da súmula vinculante introduzida pela Emenda Constitucional nº45 de 2004, dentre outras alterações, remodelaram a sistemática existente no direito pátrio.

3.3 A discricionariedade judicial e os precedentes

Muito se discute a respeito da questão envolvendo o uso dos precedentes judiciais e o livre convencimento motivado, sobretudo o temor de engessamento das decisões dos juízes de primeira instância que com a nova diretriz deverão seguir o posicionamento dos tribunais superiores.

Contudo, a tessitura aberta da constituição e o casuísmo judiciário aumenta a instabilidade do sistema

jurídico, acarretando diversos posicionamentos judiciais em casos análogos com julgamentos ao alvedrio da consciência do julgador, prejudicando o caráter geral e universal do direito, como bem adverte (STRECK, 2016,p.337):

> O livre convencimento significa o total afastamento do julgador dos elementos de coerência e integridade, pois autoriza a inexistência de critérios públicos de decisão. Livre convencimento e discricionariedade são coisas similares. Livre convencimento já sabemos o que é . A palavra 'livre' é autoexplicativa. Está na raiz do solipsismo. Já a discricionariedade seria algo com menor impacto, porque seria o espaço em que o juiz faria escolhas no lugar em que o legislador não estabeleceu os pontos de limite.

O uso da discricionariedade judicial da maneira como estava sendo utilizada pelos juízes e órgãos judiciais, possuía o revés de impulsionar uma verdadeira loteria judiciária retirando do ordenamento jurídico um pensamento coerente, cedendo margem à subjetividade nas decisões.

4 O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas foi tratado nos artigos 976 à 987 do novo Código de Processo Civil, inspirado no instituto alemão Musterverfahren[77], oportuno destacar novamente, trata-se de instituto inédito no ordenamento jurídico brasileiro, com nítido objetivo de diminuir o excessivo números de demandas judiciais consubstanciadas pela litigiosidade repetitiva.

4.1 Generalidades

O IRDR tem natureza jurídica de incidente processual, tendo por requisito decisões conflitantes; onde deve haver pelo menos um processo no Tribunal e várias decisões no primeiro grau sobre a controvérsia. Não possui caráter preventivo e a matéria a ser tratada deve ser unicamente de direito, sendo inadmissível a discussão de matéria fática. Seu cabimento em regra circunscreve-se no âmbito dos Tribunais de Justiças e nos Tribunais Regionais Federais, excepcionalmente, poderá ser manejado perante o Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, em sede de Recurso Especial e Extraordinário.

São legitimados para requerê-lo: o juiz, as partes, o Ministério Público e Defensoria Pública, em sendo

[77] Tradução livre: processo padrão

admitido haverá suspensão de todos os processos, seja a ação individual ou coletiva, no âmbito de competência do Tribunal.

4.2 Fundamentação da tese jurídica em sede de IRDR

O primeiro questionamento a ser realizado seria no tocante ao método de escolha do caso padrão/piloto, para se analisado e servir de referência para os demais, por exemplo o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, para equacionar tal questão, possui o Núcleo de Gerenciamento de Precedentes (Nugep), que foi criado para melhorar a gestão processual através do incentivo à uniformização dos procedimentos decorrentes da aplicação de repercussão geral e do julgamento de casos repetitivos.

Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada com ampla divulgação e publicidade para toda comunidade, assim, todos os processos individuais ou coletivos que versarem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região; aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal.

4.3 Revisão da Tese jurídica

A revisão da tese jurídica firmada no incidente far-se-á pelo mesmo tribunal, de ofício ou mediante requerimento dos legitimados mencionados no art. 977, inciso III, (inclusive do amicus curiae art. 138 §3).

Basicamente o legislador previu duas maneiras de impugnar a tese jurídica por meio do overruling (superação de entendimento) e pelo distinguishing (distinção), mecanismos indispensáveis, para manter o direito atualizado com as novas modificações sociais ao longo do tempo.

Por fim cabe ressaltar que nos termos do artigo 489,§§1º ao 6º, toda e qualquer decisão judicial exige uma fundamentação, especificamente, no uso dos precedentes, exige-se ainda a identificação dos elementos determinantes do convencimento do julgador, inclusive, se o caso sob julgamento se ajusta aos fundamentos contidos na decisão, além do mais, no caso de não aplicação de algum precedente, deverá o juiz demonstrar a distinção ou superação do entendimento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A confluência dos sistema do common law no direito brasileiro é uma realidade traduzindo-se num verdadeiro caminho sem volta, por isso, a teoria da decisão judicial ganha subsídios com o uso dos precedentes no sentido de se racionalizar a jurisprudência tornando-a íntegra e coerente.

Obviamente o processo é em última análise o caminho que deve ser percorrido àqueles que buscam uma tutela em juízo, contudo, o excesso de demandas e multiplicação de litígios sejam, individuais ou coletivos, estagnam a celeridade processual em busca da almejada pacificação social.

Neste sentido os legisladores, juízes, juristas, intérpretes e toda a comunidade jurídica buscam formas de minimizar tão grave problema que torna a Justiça uma casa de injustiças alardeada por frustrações processuais.

Os dados estatísticos apenas demonstram que ao longo dos anos o número de processos continuam a inflar a estrutura do Poder Judiciário, traduzindo-se numa verdadeira crise institucional que assolapa o Brasil em várias vertentes, seja ela econômica, politica ou social.

Resta evidente, que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas é uma ferramenta à disposição dos

operadores do direito que servirá s para racionalizar as decisões de casos idênticos, evitando assim, ações infrutíferas, contudo, o êxito de tal instituto dependerá do manejo dos operadores do direito, sob pena de se desnaturar traduzindo-se em mais uma vã tentativa despida de efeitos concretos.

Referências:

ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes e Fundamentação no NCPC.** Novo CPC. Análise Doutrinária sobre o novo direito processual brasileiro, v. 3. In: SANTANA. Alexandre Ávalo; NETO. José de Andrade, Campo Grande /MS. Contemplar, 2016

BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. **O Direito como Integridade e os Precedentes Judiciais**. Coordenação José Emilio Medaur Ommati. Coleção Teoria Crítica do Direito**.** Rio de Janeiro**,** Lumen Juris. 2016.

CAMBI, Eduardo; MARGRAF, Alencar Frederico. **Casuísmos judiciários e Precedentes Judiciais.** Novo CPC. Análise Doutrinária sobre o novo direito processual brasileiro, v. 3. In: SANTANA. Alexandre Ávalo; NETO. José de Andrade, Campo Grande /MS. Contemplar, 2016.

CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, 1988.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. < http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros > acesso 20 out.2018.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO, LEI 13.105/2015.

DURÇO, Karol Araújo. **As soluções para as demandas coletivas repetitivas no novo Código de Processo civil e suas implicações para o processo coletivo** In: DIDIER, Fredie; ZANETI JR. Hermes (Coord.). Processo Coletivo. Coleção Repercusões do Novo CPC, v. 8. Salvador: Juspodvium,2016.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução: Jeferson Luiz Camargo, 1ª ed.São Paulo: Marins Fontes, 2007.

GOUVEIA, Bruno Paiva. **Ações Coletivas e Mecanismos de Julgamento de Demandas Repetitivas**. Rio de Janeiro. Lumen Juris.2018

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; Larissa Clare Pochmann. **Ações Coletivas e incidente de resolução de demandas repetitivas: algumas considerações sobre a solução coletiva de conflitos.** In: DIDIER, Fredie; ZANETI JR. Hermes (Coord.). Processo Coletivo. Coleção Repercusões do Novo CPC, v. 8. Salvador: Juspodvium,2016.

OMMATI, José Emílio Medaur. **Uma Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5ª ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2018.

PEIXOTO, Ravi. **A Recepção Legislativa e o stare Decisis – Um breve estudo dos desafios rumo ao desenvolvimento de uma teoria brasileira dos precedentes a partir o CPC/2015. Novo CPC.** Análise Doutrinária sobre o novo direito processual brasileiro, v. 3. In: SANTANA. Alexandre Ávalo; NETO. José de Andrade, Campo Grande /MS. Contemplar, 2016.

ROQUE, André Vasconcelos. **As ações coletivas após o novo Código de Processo Civil**: para onde vamos**?** In: DIDIER, Fredie; ZANETI JR. Hermes (Coord.). Processo Coletivo. Coleção Repercusões do Novo CPC, v. 8. Salvador: Juspodvium,2016.

STRECK, Lênio Luiz. **Coerência e integridade de Ronald Dworkin: uma análise de sua aplicação no contexto brasileiro**. Coordenação José Emilio Medaur Ommati. Coleção Teoria Crítica do Direito**.** Rio de Janeiro**,** Lumen Juris. 2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Disponível em:<http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/tjmg-admitiu-33-irdrsem2017.htm#.Wzohi> acesso em 02 jul.2018.

VIANA, Aurélio; NUNES Dierle. **Precenetes A Mutação No Ônus Argumentativo.** Rio de Janeiro, Forense, 2018.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo Institucional e controle de Constitucionalidade: Debate entre o STF e o Congresso Nacional**. São Paulo. Saraiva 2015.

O ENSINO RELIGIOSO NO BRASIL UMA ANÁLISE ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DA OFERTA DE ENSINO RELIGIOSO CONFESSIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

ISTRUZIONE RELIGIOSA IN BRASILE UN'ANALISI DELLA COSTITUZIONALITÀ DELL'OFFERTA DELL'INSEGNAMENTO RELIGIOSO CONFESSIONALE NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO BRASILIANO

Bárbara Fabiane Alves e Silva Resende
Flávio Marcos de Oliveira Vaz

Resumo

A presente pesquisa tem o intuito de analisar os direitos fundamentais à liberdade religiosa e à educação, bem como as influências que o Estatuto Jurídico da Igreja Católica exerce sobre o ordenamento jurídico brasileiro, demonstrando como é ofertado o ensino religioso no Brasil após a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI nº e a recente homologação da Base Nacional Comum Curricular. Para isso, o método de pesquisa utilizado é o qualitativo, através da análise de documentos e pesquisa bibliográfica.

Palavras-Chave:Direito Fundamental à Liberdade; Direito Fundamental à Educação; Ensino Religioso Confessional.

Riassunto

La presente ricerca si propone di analizzare i diritti fondamentali alla libertà religiosa ed all'educazione, nonché le influenze che lo status giuridico della Chiesa Cattolica esercita sull'ordinamento giuridico brasiliano, dimostrando come l'educazione religiosa in

Brasile viene offerta dopo la decisione della Corte Suprema Tribunale federale nell'ADI nº e la recente omologazione della base comune nazionale Curriculare. Per questo, il metodo di ricerca utilizzato è qualitativo, attraverso l'analisi del documento e la ricerca bibliografica.

Parole Chiave: Diritto fondamentale alla libertà; Diritto fondamentale all'istruzione; Insegnamento Religioso Confessionale.

INTRODUÇÃO

O ensino religioso é um tema de muita complexidade e relevância para o debate jurídico, principalmente diante das recentes mudanças definidas pelo Ministério da Educação e Cultura (MEC) diante da homologação da BNCC – Base Nacional Curricular Comum e da atual decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Ministério Público Federal em 2010, em que considera constitucional a possibilidade da oferta do ensino confessional nas escolas públicas brasileiras.

Diante desta atual realidade é que surge o problema que permeia a presente pesquisa, qual seja, a possibilidade de o ensino religioso confessional ofertado nas escolas públicas ferir a laicidade estatal ou ainda ferir o direito à liberdade religiosa.

Com o intuito de aprofundar no estudo do ensino religioso e da forma em que é praticado nas escolas públicas brasileiras, serão analisados o direito fundamental à liberdade e à liberdade religiosa, o direito fundamental à educação e como é proposta a ofertado ensino religioso no ordenamento jurídico brasileiro. Finalizaremos a pesquisa com uma breve análise da recente decisão proferida pelo STF e dos critérios utilizados pela BNCC.

Concluiremos a análise acerca do tema no sentido de que a possibilidade de ser ofertado o ensino religioso confessional no Brasilé inconstitucional e fere o princípio da laicidade estatal bem como da liberdade religiosa.

DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE

Os direitos fundamentais têm previsão desde à época do Código de Hamurabi, contudo, com uma ideia de conceito bem diferente da atual. Os valores foram evoluindo eos direitos que decorriam da natureza das coisas, como eram considerados por Aristóteles, não necessitavam de direito posto, ou seja, de uma norma jurídica, até a concepção atual de direito, que devem estar expressos em determinado ordenamento jurídico para serem exigíveis.

Durante toda a Idade Média não existia o conceito de indivíduo ou de cidadão livre, ou seja, apenas aqueles que participavam da organização política do Estado eram considerados livres. A passagem da Idade Média para Idade Moderna acompanhou a evolução do jusnaturalismo para o antropocentrismo, logo, as leis da natureza abrem espaço para o homem que se torna o centro do universo.

Houve, com o passar do tempo, o surgimento de várias declarações sucessivas de direitos, como a "*Petition of Rights*" (1.628), o "*Habeas Corpus act*" (1.679), o "*Bill of Rigths*" (1.689), documentos estes que asseguram aos cidadãos direitos fundamentais, como por exemplo, a proibição da prisão arbitrária, o habeas corpus e o direito de petição, cujos conceitos já traziam implicitamente o direito à liberdade.

Com o passar dos anos e principalmente após a Revolução Americana (1.776) e a consequente Declaração da Independência dos Estados Unidos, surge a ideia de constituição trazendo como direitos fundamentais o direito à vida, à liberdade e à igualdade, ou seja, observa-se, neste momento, que o direito à liberdade que já era almejado pelo povopassou a fazer parte de forma expressa ordenamento jurídico.

Na mesma época, os franceses, iluminados pelas ideias americanas, fazim eclodir as Revoluções que

desembocaram na Revolução Francesa no ano de 1.789 e na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, como sendo sua primeira constituição escrita.

Nos arts. 1º e 2º da referida declaração, constaram que "*os homens são livres e iguais em direitos*" e "*os direitos são a liberdade, a prosperidade, a segurança e a resistência à opressão".* Nota-se, pois, que os ideias franceses daquela época eram declarar, solenemente, os "*direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem*", para que eles fossem respeitados pelo Estado(DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO/1.789).

Este é o momento da transição do Estado Absolutista para o Estado Liberal,consagrado a partir dos séculos XVIII e XIX e, neste contexto, surge a primeira dimensão dos direitos fundamentais[78], embasada na necessidade de liberdades públicas e de direitos políticos. As revoluções exigiam uma prestação negativa, uma omissão do Estado que até então era extremamente intervencionista, por isso eram denominadas liberdades negativas, representadas por um não fazer do Estado.

[78] Os direitos de primeira geração são os direitos de liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente. (BONAVIDES/ 2014, p. 577).

Desta forma, foi consagrado o primeiro e mais importante direito da época, qual seja, o direito de liberdade. Contudo, tal direito não se tornou menos importante ao longo dos anos, pelo contrário.

Diversos doutrinadores se empenharam em conceituar o direito à liberdade;para o Brian H. Bix (2009, apud MORAIS, 2015, p. 75), o conceito de liberdade é compreendido como ausência de limitações à ação, em especial à falta de limitações jurídicas. O doutrinador Isaiah Berlin (1909-1997) divide liberdade em "liberdade negativa" e "liberdade positiva", sendo que a primeira é a ausência de limites externos e a segunda como sendo a possibilidade de o sujeito ser apoiado pelo Estado ou pela sociedade em determinada questão.

O professor Márcio Eduardo Pedrosa Morais (2015, p. 77), conceitua a liberdade da seguinte forma:

> Estruturalmente, a liberdade, núcleo dos direitos fundamentais, opera-se sobre uma forma negativa e outra positiva. Sob a forma negativa tem-se a liberdade de fazer o que a lei não proíbe, nem obriga; sobre a ótica positiva, tem-se a necessidade de se remover os impedimentos, sejam eles econômicos

> sociais e políticos, que possam obstacularizar realização da dignidade humana.

No ordenamento jurídico brasileiro, o direito à liberdade, individual ou coletiva, fez-se presente desde a constituição de 1.824, cujo conceito evoluiu progressivamente até o conceito de liberdade constante na constituição atual datada de 1.988, garantido expressamente no rol dos direitos e garantias fundamentais como se observa no *caput* do art. 5º, *"Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida,* ***à liberdade*** *(...)"*(BRASIL, 1988).

Dentro do conceito de liberdade acima delineado, derivam-se diversos outros direitos correlatos, tais como a liberdade de locomoção (art. 5º, XV, da CF/88), a liberdade de pensamentoe de expressão(art. 5º, incisos IV e IX, da CF/88), a liberdade profissional (art. 5º, XIII, da CF/88), a liberdade de associação (art. 5º, XVII, da CF/88) e a liberdade religiosa (art. 5º, incisos VI, VII, VIII, da CF/88), que é o objeto do presente estudo e do qual emanam outros direitos, tais como, liberdade de consciência, de crença, de culto e de organização religiosa.

Conforme leciona MORAIS (2015, P. 79), a liberdade religiosa como direito fundamental é gênero que se divide nas espécies: liberdade de consciência, que é o direito de crer ou não crer em uma divindade; liberdade de crença, que garante ao sujeito o direito de escolher entre qualquer religião, ou seja, aquela que melhor lhe convém, sendo, assim, o direito de escolher entre crenças; liberdade de culto e liberdade de organização religiosa que *"diz respeito à possibilidade de estabelecimento e organização de igrejas e suas relações com o Estado"*SILVA(1989, apud MORAIS, 2015, p. 79).

MORAIS (2015, P. 79) preleciona acerca do conceito de liberdade religiosa:

> Há posicionamentos no sentido de caracterizá-la como decorrência do princípio da liberdade de pensamento, outros a conceituam como decorrente da liberdade de consciência e de crença. Entendo não decorrer, a liberdade religiosa, de nenhuma das duas espécies de liberdade, mas da própria liberdade, como princípio, sendo conceito amplo, englobando tanto a liberdade de pensamento, como também a liberdade de consciência, em matéria religiosa.

Para Pinto Ferreira (1998), *"a liberdade religiosa é o direito que tem o homem de adorar seu Deus, de acordo*

com sua crença e o seu culto". Nessa esteira de pensamento, RIBEIRO (2001, P. 34) ensina:

> Se a liberdade religiosa for tomada em sua acepção ampla, ela engloba momentos e situações específicos que a tornam não *um* direito, mas na verdade um *complexo de direitos*, todos relacionados à questão da liberdade em razão da religião. (…) Visualizar a liberdade religiosa desse modo, como um complexo de direitos e não como um direito cuja tipologia factual seja única, permite desvendar a abrangência do conceito em determinados momentos históricos e em determinadas situações.

Discorrendo sobre os desdobramentos do direito à liberdade religiosa, mais precisamente acerca da liberdade de crença, José Afonso da Silva (2002), demonstra, assim como outros doutrinadores, a existência de uma subdivisão da liberdade de crença entre liberdades positivas (o indivíduo tem liberdade de crer naquilo que satisfaça suas necessidades espirituais) e liberdades negativas (liberdade de deixar de professar qualquer crença), nos seguintes termos:

> Na liberdade de crença entre a liberdade de escolha da religião, a liberdade de aderir a qualquer seita religiosa, a liberdade (ou o direito) de mudar de religião, mas também compreende a liberdade de não aderir a religião alguma, assim como a liberdade de descrença, a liberdade de ser ateu e de exprimir o livre

> agnosticismo. Mas não compreende a liberdade de embaraçar o livre exercício de qualquer religião, de qualquer crença, pois também a liberdade de alguém vai até onde não prejudique a liberdade dos outros.

Ainda com o intuito de contextualizar a importância do conceito de liberdade religiosa, MORAIS (2015, p. 74) classifica o direito de liberdade religiosa como sendo parte integrante das três dimensões apresentadas pela teoria clássica de classificação dos direitos fundamentais.

> Entendo constituir a liberdade religiosa direito de primeira, segunda e terceira dimensões. Isto, em primeiro lugar, por ser a mesma direito fundamental de liberdade (primeira dimensão), sendo uma das ramificações da liberdade. Noutro plano, a liberdade religiosa pressupõe igualdade de tratamento entre todas as crenças e consciências, e em último lugar, a liberdade religiosa coaduna com respeito e a coordenação mútua entre todas as crenças, ou seja, todas devem atuar em prol da construção de uma sociedade fraterna, na qual não haja discriminação em matéria religiosa, daí a censura e o repúdio às religiões que incitam à guerra,

> a discriminação, aspectos intolerantes que não podem mais existir em uma sociedade democrática que objetiva a proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana.

O ordenamento jurídico brasileiro trata da liberdade religiosa, protegendo-a e dando-lhe estatutos legais próprios, a começar pela Constituição Brasileira de 1.988, que traz em seu art. 5º o rol exemplificativo de direitos fundamentais, e entre eles o direito à liberdade, além de trazer, nos incisos VI, VII e VIII, os desdobramentos da liberdade religiosa, *in verbis*:

> VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;
>
> VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;
>
> VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

Além da Constituição Federal, o Código Penal Brasileiro (1940),no Título V, que trata dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos, Capítulo I, tipifica os crimes contra o sentimento religioso, no art. 208: *"Escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa; impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso; vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso"*.

Neste ínterim, conclui MORAIS (2015, p. 77),*"assim ocorre com a liberdade religiosa: há a liberdade de se manifestar a crença, vedando-se ao estado sua proibição, como também à necessidade de se remover quaisquer impedimentos que possam impedir a livre manifestação dessa crença"*.

Durante a evolução da sociedade brasileira, a relação estado-igreja se modificou e a religião deixou de ser mecanismo de dominação apenas em 1890, quando, após 1891, todas as constituições brasileiras previram o modelo de separação, como vemos atualmente, como requisito do Estado laico, condizente com o Estado Democrático de Direito.

Em decorrência da complexidade que é tratar do direito à liberdade religiosa, surgem inúmeras discussões

acerca da atuação do Estado para garantir tanto as liberdades positivas quanto as negativas, acerca da laicidade estatal e de seu desdobramento sobre os direitos individuas e coletivos, vistos tanto na seara pública ou privada. Neste sentido MORAIS (2015, p. 33), leciona:

> No que se refere à relação ao Estado Democrático de Direito e laicidade estatal, destaco, de modo inicial, que o Estado Democrático não suprime a religião da vida pública, não atacando o aspecto religioso (o que caracteriza o laicismo), do contrário, o Estado Democrático deve manter a neutralidade em relação ao fator religioso. Porém, o Estado Democrático não pode aceitar a mistura entre religião e Estado, fazendo com que as decisões estatais sejam impregnadas de aspecto religioso. A instituição do Estado laico é indispensável à garantia das liberdades individuais e de uma convivência pacífica entre os indivíduos, tendo em vista ser esse Estado a forma de governo e de exercício de poder no qual há a separação entre poder público e religião, sendo a garantia da dignidade da pessoa humana fundamento constitucional explícito.

Nessa seara, um tema muito polêmico e que foi objeto de ampla discussão no Brasil, foi a fixação de crucifixos dependurados em paredes de escolas públicas e de repartições estatais.O Conselho Nacional de Justiça entendeu, no julgamento de quatro pedidos de providência (1344, 1345, 1346 e 1362) que questionavam a presença

de crucifixos em dependências de órgãos do Judiciário, que símbolos religiosos não interferem nas decisões do Poder Judiciário e nem na neutralidade do Estado e, por conseguinte, não ferem a liberdade religiosa. Os argumentos doutrinários que defendem esta tese, afirmam que a presença de tais símbolos, não são pedidos estatais para que os membros adiram à determinada religião. Contudo, existe outra parte da doutrina que diverge acerca desta temática, como demonstra MORAIS (2015, p. 190):

> Acontece que não é simplesmente o fato de se "pedir" aderência a uma determinada religião; a mensagem trazida pelo símbolo pode ser visualizada por outros matizes, como exemplo, a possibilidade de se transmitir a um fiel de outra religião que o Estado sustenta a religião estampada no símbolo, pois está ostensivamente afixado, o que pode gerar sentimento de desprestígio ou de deslocamento social, principalmente em se tratando de uma sociedade com democracia e argumentação incipiente, como a brasileira em que as forças de poderes são visíveis e muitas vezes implícitas nas imagens, nos gestos, nas decisões políticas.

Outro fato gerador de amplas discussões foi o texto do preâmbulo da constituição brasileira de 1988, onde consta a expressão "*sob a proteção de Deus*" e, como ensina MORAIS (2015, p. 187):

> O preâmbulo, como parte introdutória do texto constitucional, tem por finalidade apresentar as intenções, objetivos e bases políticos-filosóficas da constituição, apresentando em seu corpo elementos caracterizadores fundamentais para o ordenamento jurídico brasileiro: a intenção de assegurar o exército de direitos sociais e individuais, liberdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade, justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, servindo também como mecanismo de auxílio à interpretação constitucional, tendo em vista o fato de ele apresentar características importantes da ordem jurídico-constitucional.

Neste sentido, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 2076-5) do Estado do Acre, o Supremo Tribunal Federal (STF), entendeu não ser de norma central, ou seja, de reprodução obrigatória, uma vez que o preâmbulo não possui força normativa.

Desta forma, nota-se que existem muitos temas polêmicos no que tange a liberdade religiosa e dentre eles, o que permeia o presente estudo, qual seja, se o ensino religioso no Brasil fere esse direito constitucionalmente tutelado.

DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO

Cada um dos direitos tem aspectos particulares e uma história própria, tendo em vista que são diferentes os contextos em que se desenvolveram,*"as concepções religiosas, filosóficas ou ideológicas em nome das quais foi fomentado, as influências, conflituantes ou não, que sofreu, a objectivação que pode adquirir",*JORGE MIRANDA (2006).

Nesse contexto, passamos a analisar o direito fundamental à educação, previstos constitucionalmente no ordenamento jurídico brasileiro, nos capítulos II e III, da CF/88, que tratam dos direitos sociais e da educação, da cultura e do desporto, respectivamente.

Os direitos sociais, são classificados pela teoria clássica como sendo de segunda dimensão e são contextualizados na passagem do Estado Liberal para o Estado Social, ao longo do século XIX, quando as condições de trabalho eram cruéis e desumanas, principalmente com o advento da revolução industrial.

Movimentos como a Comuna de Paris (1848), surgiram com o objetivo de pleitear proteção trabalhista e assistência socialbuscando a implementação da igualdade entre os indivíduos e o reconhecimento de direitos sociais, culturais e econômicos, tendo em vista que a ausência de

atuação do Estado nas relações sociais causou grande desigualdade social, desta forma era necessária uma reestruturação dos direitos fundamentais em contraponto ao individualismo do modelo anterior.

Surgem, então,os direitos denominados "sociais, econômicos e culturais" bem como os direitos coletivos ou da coletividade(BONAVIDES, p. 578),através da necessidade da assistência social pelo Estado,originando o Estado Social de Direito,objetivando a melhora da qualidade de vida e de trabalho do cidadão. Foram consagrados os direitos à saúde, à educação, trabalhistas, previdenciários, conforme previsões em documentos que surgiram após a Primeira Guerra Mundial, tais como, a Constituição de Weimar e o Tratado de Versalhes, ambos de 1919, a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), no mesmo ano e as Revoluções Mexicanas (1.911) e Russa (1.917).

Nota-se a preocupação do legislador constituinte em estabelecer os critérios para a execução estatal do direito fundamental à educação, assim como sua intenção em dividir essa tarefa entre o Estado, a família e a sociedade, conforme dispõe o art. 205, da CF/88.

Além da divisão de responsabilidades com o intuito de controlar a atividade estatal acima mencionada, os artigos seguintes da Constituição Federal brasileira

trazem como o ensino deverá ser garantido aos cidadãos: o art. 206 trata dos princípios basilares do ensino, dentre eles a igualdade de condições, a liberdade de aprender e de ensinar, o pluralismo de ideias e a gratuidade do ensino; o art. 207 trata como será efetivado o ensino nas universidades; o art. 208 dispõe sobre o dever do Estado em garantir a educação em seus diversos níveis, como por exemplo, educação básica, ensino médio, educação infantil, ensino noturno, dentre outros direitos; o art. 209 dispõe sobre o ensino na iniciativa privada que deve atender as condições trazidas em seus dois incisos, quais sejam o *"cumprimento das normas gerais da educação nacional"* e a *"autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público"*(BRASIL, 1.988).

O art. 210 dispõe acerca dos conteúdos fixados e será tratado de forma aprofundada mais a frente deste estudo; O art. 211 trata de como será organizado o ensino em todos os entes da federação e os artigos 212 e 213 em como será distribuída a receita e financiado o ensino nos entes e o como os recursos públicos devem ser aplicados; por fim, o art. 214 dispõe sobre o plano nacional de educação, *in verbis*:

> A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos,

> metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas que conduzam a:
>
> I - erradicação do analfabetismo;
>
> II - universalização do atendimento escolar;
>
> III - melhoria da qualidade do ensino;
>
> IV - formação para o trabalho;
>
> V - promoção humanística, científica e tecnológica do País.
>
> VI - estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto.

O ensino religioso no Brasil

Como dito alhures, o art. 210, da CF/88, dispõe acerca dos conteúdos mínimos para o ensino fundamental e dentre eles, traz especificamente como deverá ser ofertado o ensino religioso nas escolas públicas de ensino fundamental:

> Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais.
>
> **§ 1º O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.**
>
> § 2º O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas

> línguas maternas e processos próprios de aprendizagem. (grifo nosso)

Devem ser observadas as minucias trazidas pelo artigo supracitado e o objetivo do legislador constituinte em tratar a educação religiosa como parte necessária da formação básica dos indivíduos, ao fixar como conteúdos mínimos o ensino religioso "*de maneira a assegurar a formação básica comum*" (BRASIL, 1988).

Ademais, nota-se a preocupação do legislador em garantir o respeito às diversidades culturais e artísticas, nacionais e regionais, através destes conteúdos mínimos.

No ano de 1996 foi elaborada a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, Lei 9.394, cujo objetivo é estabelecer as diretrizes e bases da educação nacional, tratou sobre o ensino religioso, em seu art. 33 e trouxe a hipótese de lecionar nas escolas públicas, o ensino religioso em caráter confessional e interconfessional.

Contudo, a redação do artigo, após a modificação incluída pela Lei 9.475/1997, passou a vigorar sem essa diferenciação e excluídos os termos "confessional" e "interconfessional", nos seguintes termos:

> Art. 33. O ensino religioso, de matrícula facultativa, é parte integrante da formação básica do cidadão e constitui disciplina dos horários normais das

> escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o **respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil,vedadas quaisquer formas de proselitismo**.
>
> § 1º Os sistemas de ensino regulamentarão os procedimentos para a definição dos conteúdos do ensino religioso e estabelecerão as normas para a habilitação e admissão dos professores.
>
> § 2º Os sistemas de ensino ouvirão entidade civil, constituída pelas diferentes denominações religiosas, para a definição dos conteúdos do ensino religioso.

Primeiramente é preciso diferenciar ensino confessional, aquele que abrange apenas uma confissão religiosa, do ensino interconfessional ou ecumênico, aquele que seria o resultado entre o consenso de religiões e a importância do ensino ser ministrado de forma interconfessional, uma vez que o Estado não pode impor uma determinada religião nas escolas públicas, conforme leciona MIRANDA (2006, p. 197):

> Na verdade, a não-confessionalidade do ensino público significa que o ensino público não se identifica com nenhuma religião, convicção, filosofia ou ideologia; não significa que as religiões, as convicções, as filosofias e as ideologias não tenham expressão no ensino público. O Estado não pode impor nenhuma; pode permitir-

> *deve* permitir todas, respeitando a liberdade de professores, alunos e pais. O Estado não pode atribuir-se o direito de programar a educação e a cultura segundo quaisquer directrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas. Mas, justamente, não o pode fazer porque o domínio da educação e da cultura é, por excelência, o domínio da liberdade, e os detentores do poder não são os detentores da verdade e, em democracia que seja também o Estado de Direito, a maioria tem por limites sempre os direitos fundamentais. Logo, em vez de banir, do que se cuida é de deixar a professores, alunos e pais uma livre escolha, de acordo com seus critérios de busca da verdade e da ciência.

Observa-se, através da modificação legislativa introduzida no artigo 33, supracitado, que o legislador, seguindo na esteira do pensamento constituinte, excluiu a possibilidade de manifestação de preferencias religiosas em sala de aula, seja por alunos, responsáveis ou professores e se preocupou em proteger a pluralidade cultural religiosa brasileira, vedando o proselitismo, ou seja, a possibilidade de o ensino se empenhar em converter os alunos a uma determinada ideia ou religião.

Por outro lado, deixou a cargo dos Estados-membros a definição do ensino religioso regional, que deverão regulamentar os conteúdos através de seus sistemas de ensino. Assim, o ensino religioso no Brasil é realizado de diversas formas: em Roraima, as aulas de religião nas escolas pública são ministrados por representantes de igrejas, que muitas vezes defendem os postulados de sua religião;no Paraná, há uma coordenação de ensino religioso e uma legislação própria, a disciplina é aplicada nas escolas como área de conhecimento sendo estudadas todas as religiões sem nenhuma restrição; em São Paulo, o ensino religioso é estudado como a história filosofia e a sociologia das religiões; no Ceará, o professor deve possuir formação em escola teleológica; e no Rio de Janeiro, o candidato ao cargo de professor deve apresentar uma declaração da comunidade religiosa a que pertence.

Não obstante a legislação apresentada, em 13/11/2008, foi celebrado na cidade do Vaticano, o "Estatuto Jurídico da Igreja Católica", cujos signatários são a República Federativa do Brasil e a Santa Sé, promulgado pelo então Presidente da República em 2010, através do **DECRETO Nº 7.107, DE 11 DE FEVEREIRO DE 2010, sobre o qual foi feito um apanhado de seus temas por MORAIS (2015, p. 277)**.

Basicamente, o acordo, composto por 20 artigos versos, sobre os seguintes tópicos: reconhecimento a Igreja Católica do direito de desempenhar a sua missão apostólica, garantindo exercício público de suas atividades, observado o ordenamento jurídico Brasileiro; reafirmando a personalidade jurídica da igreja católica e de suas instituições; reconhecimento do patrimônio histórico, artístico e cultural da Igreja Católica, assim como os documentos custodiados nos seus arquivos e bibliotecas, comprometendo-se a igreja católica a facilitar o acesso a esse patrimônio, salvaguardados as suas finalidades religiosas e as existências de sua proteção e da tutela dos arquivos; assegurar as medidas necessárias para garantir a proteção dos lugares de culto da Igreja Católica e de suas liturgias, símbolos, imagens e objetos culturais, contra toda forma de violação, desrespeito e uso ilegítimo; comprometimento da Igreja Católica, observadas as exigências da lei, a dar assistência espiritual aos fiéis internados em estabelecimentos de saúde, de Assistência Social, de educação ou similar, ou detidos em estabelecimento prisional ou similar, observadas as normas de cada estabelecimento, e que, por esta razão, estejam impedidos de exercer em condições normais a prática religiosa e a que requeiram**; respeito à importância do ensino religioso, em observância ao direito de liberdade religiosa, em vista da formação integral da pessoa, constituindo, ensino religioso, católico e de outras confissões religiosas, de matrícula facultativa, assegurando o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil**; produção de efeitos civis para o casamento celebrado em conformidade com as leis canônicas, que atender

> também as exigências estabelecidas pelo direito brasileiro, desde que registrado no registro próprio, produzindo tais efeitos a partir da data de sua celebração; garantia do segredo de ofício sacerdotal, especialmente da confissão sacramental; garantia da imunidade tributária referente aos impostos, em conformidade com a Constituição Brasileira.

Nota-se que o "acordo" celebrado entre o Brasil e a Santa Sé, dispõe, em seu artigo 11, acerca do ensino religioso, *"católico e de outras confissões religiosas"*, nos seguintes termos:

> Artigo 11
> A República Federativa do Brasil, em observância ao direito de liberdade religiosa, da diversidade cultural e da pluralidade confessional do País, respeita a importância do ensino religioso em vista da formação integral da pessoa.
> §1º. O ensino religioso, católico e de outras confissões religiosas, de matrícula facultativa, constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, em conformidade com a Constituição e as outras leis vigentes, sem qualquer forma de discriminação.

O que se pode observar através da legislação que trata acerca do ensino religioso no Brasil, éque embora a Constituição estabeleça o ensino religioso como modo de

assegurar a formação básica comum do indivíduo, ela não impõe qualquer direcionamento religioso.

Nessa mesma linha, o legislador ao fazer a modificação do artigo 33 da Lei de Diretrizes Educacionais, faz com que os critérios do ensino religioso, seja, principalmente, o respeito à pluralidade cultural religiosa brasileira, que engloba tanto os que creem nas mais diversas religiões quanto os ateus.

Em descompasso com a legislação vigorante, ao assinar o acordo junto à Santa Sé, onde dispõe a importância do caráter religioso para a formação integral da pessoa e especifica que *"constitui o ensino religioso, católico e de outras confissões religiosas*", observa-se o caráter tendencioso do Estado em estabelecer a religião católica como sua religião oficial, potencializando a discriminação e a intolerânciareligiosa.

Após essa inovação legislativa, o Ministério Público Federal, protocolizou, em 30/07/2010, no Supremo Tribunal Federal, uma ação direta de inconstitucionalidade (ADInº 4439), questionando a prática de ensino religioso nas escolas públicas e com o objetivo de salientar que o ensino religioso ministrado em escola pública, somente possa ter natureza não

confessional, como também proibindo admissão de professores na qualidade de representantes das confissões religiosas, como também profira decisão de interpretação, conforme a Constituição, do artigo 11 do "acordo entre a República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao estatuto jurídico da Igreja Católica no Brasil"(ADInº 4439).

A proposta do MPF é que seja retirada a expressão "*católico e de outras confissões religiosas*" e passe a ter "*ensino religioso, de matrícula facultativa, constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas, assegurando o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, em conformidade com a Constituição e outras leis vigentes, sem qualquer forma de discriminação*".

Contudo, em 27/112017, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar esta ADI, entendeu diversamente do que proposto pelo MPF, que há como pregar a religiosidade e crenças específicas em escolas públicas sem violar a laicidade do Estado, ou seja, autorizou expressamente o caráter confessional do ensino religioso no Brasil:

> O relator do processo e defensor do ensino não confessional, o ministro Luís Roberto Barroso, defendeu no seu voto o fim dessas particularidades e cobrou que o Ministério de Educação estabeleça

> “parâmetros curriculares e conteúdos mínimos de ensino de religião, sob pena de se violar o mandamento constitucional da laicidade”. O ministro Alexandre de Moraes foi um dos que contrariou Barroso e defendeu que o ministro da Educação baixar uma portaria com os dogmas a serem ensinados, seria um "total desrespeito à liberdade religiosa". "O Estado deve ser neutro, não pode escolher a religião A, B ou C, o que achar melhor, e dar sua posição, oferecendo ensino religioso estatal, como uma nova religião estatal confessional", disse Moraes, partidário de delegar o ensino das matérias religiosas em representantes de cada fé. Ricardo Lewandowski também considerou que o ensino religioso confessional nas escolas públicas não atenta contra a neutralidade do Estado. “O importante é que o ensino público de modo geral, inclusive em matéria de religião, seja ministrado de forma cuidadosa, respeitosa, sem discriminar ou estereotipar os alunos em razão de suas características pessoais ou opções individuais”, disse o ministro. “A laicidade não implica no descaso estatal com as religiões, mas sim na consideração com as diferenças, de maneira à Constituição prever a colaboração do interesse público e as crenças”. (EL PAIS, 2017)

Diante desta decisão histórica para o país, fica mantido o que diz o artigo 33 da Lei de Diretrizes e Bases (LDB), acerca da faculdade de matrícula do ensino religioso no Brasil e que o sistema de ensino Estaduais e Municipais deverão regulamentar os conteúdos desta disciplina, que poderão ser de caráter confessional ou

interconfessional, assim como ocorre atualmente no Brasil, observando, todavia, a Base Nacional Comum Curricular (BNCC), que foi homologada elo Ministério da Educação, em 20/12/2017, que traz o Ensino Religioso como área de conhecimento e estabelece critérios facultativos, que poderão ser seguidos como modelo de organização das habilidades a ser abordadas por esta área de ensino.

CONCLUSÃO

A decisão do Supremo Tribunal Federal pôs fim à discussão acerca da possibilidade de ensino religioso no Brasil ter caráter confessional, mas revelou como a fé e o papel dos credos nos espaços públicos continuam sendo um desafio num país com cerca de aproximadamente 140 confissões religiosas.

Na prática, caberá aos Municípios e Estados legislar a respeito de como o ensino religioso será incluído na grade escolar, o que tem levado a uma ampla interpretação do modelo de ensino nas aulas, assim como ao privilégio de determinados credos frente a outros, ferindo o direito fundamental à liberdade religiosa, uma vez que tendo o caráter confessional e optativo,as crianças poderão ser expostas a constrangimentos ao se negarem a entrar na aula de religião, muitas vezes porque sequer há alternativas curriculares para aquele que se recusar.

Nota-se que a BNCC dispõe que *"foram elaborados propostas curriculares, cursos de formação inicial e continuada e materiais didático-pedagógicos que contribuíram para a construção da área do Ensino Religioso, cujas natureza e finalidades pedagógicas são distintas da confessionalidade"*, contudo, embora seja um documento de caráter normativo que define o conjunto orgânico e progressivo de aprendizagens essenciais, ela tem como objetivo nortear os currículos dos sistemas e redes de ensino das Unidades Federativas, que poderão optar por seguir ou não os modelos por ela propostos.

Desta forma, em que pese a decisão do STF e a homologação da BNCC, concluímos que o ensino religioso confessional nos moldes estabelecidos no acordo entre a Santa Sé e o Brasil, é constitucionalmente incompatível com o Estado Democrático de Direito e fere o princípio constitucional da liberdade religiosa, por não se coadunar com a laicidade estatal adotada pelo constituinte brasileiro, como também por não respeitar as diferenças de credo existentes numa sociedade pluralista e complexa como a brasileira, podendo potencializar ou produzir intolerância religiosa.

REFERÊNCIAS

BIX, Brian H. **Diccionario de teoria jurídica.** Cidade do México: UNAM, 2009. *In*: MORAIS, Márcio Eduardo Pedrosa. *LIBERDADE RELIGIOSA: O Ensino Religioso na Assembleia Nacional Constituinte De 1987-1988.* Curitiba: Juruá, 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, 05 out. 1988.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro.**Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 de dezembro de 1940.

BRASIL. **DECRETO Nº 7.107, DE 11 DE FEVEREIRO DE 2010**. Diário Oficial da União, Brasília, 11FEV. 2010.

BRASIL. **LEI Nº 9.394, DE 20 DE DEZEMBRO DE 1996.**Diário Oficial da União, Brasília, 23 dez. 1996.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **CNJ encerra julgamento sobre símbolos religiosos no Poder Judiciário.** Disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/64478-cnj-encerra-julgamento-sobre-solos-religiosos-no-poder-judicio>. Acesso em: 01/02/2018.

DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html. Acesso em 22/01/18.

DIMOULIS, Dimitri. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.** Dimitri Dimoulis, Leonardo Martins. 2ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

EL PAIS.**STF decide que escola pública pode promover crença específica em aula de religião**. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/08/31/politica/1504132332_350482.html>. Acesso em 04/02/2018.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à constituição brasileira.** São Paulo: Saraiva, 1998.

MIRANDA, Jorge. **Escritos Vários sobre Direitos Fundamentais**.Portugal: Principia, 2006.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. **Base Nacional Comum Curricular**. Disponível em: http://basenacionalcomum.mec.gov.br/. Acesso em: 04/02/2018.

MORAIS, Márcio Eduardo Pedrosa. **LIBERDADE RELIGIOSA: O Ensino Religioso na Assembleia Nacional Constituinte De 1987-1988**. Curitiba: Juruá, 2015.

RIBEIRO, Milton: **Liberdade religiosa: uma proposta para debate.** São Paulo: Mackenzie, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. *In*: MORAIS, Márcio Eduardo Pedrosa. *LIBERDADE RELIGIOSA: O Ensino Religioso na Assembleia Nacional Constituinte De 1987-1988.* Curitiba: Juruá, 2015.

_____. **Curso de direito constitucional positivo.** 21. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

O DIREITO DAS MINORIAS SEXUAIS E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Alisson Alves Pinto
André dos Santos Gonzaga

RESUMO

A Constituição Federal prevê a liberdade de expressão como sendo um direito fundamental. Ocorre que, a despeito de sua essencialidade ao exercício da dignidade da pessoa humana, muitos dos discursos de ódio tendentes a discriminar ou manter a margem da sociedade determinados grupos minoritários, sobretudo em relação à comunidade LGBTQ, também retiram sua validade deste mandamento constitucional. O presente artigo tem o objetivo de aferir se é possível conceder legitimidade aos discursos de ódio em face de grupos ditos como minoritários. A metodologia utilizada, apoiada no princípio dignidade da pessoa humana implicou revisão da bibliografia disponível, exame da legislação e da jurisprudência.

PALAVRAS-CHAVE: dignidade da pessoa humana; liberdade de expressão; princípio da igualdade; minorias sexuais.

THE RIGHTS OF MINORITIES AND FREEDOM OF EXPRESSION IN THE LIGHT OF THE CONSTITUTION OF 1988

ABSTRACT

The Federal Constitution provides for freedom of expression as a fundamental right. In spite of their essentiality to the exercise of the dignity of the human person, many of the hate speech tending to discriminate or

maintain the margin of society, certain minority groups, especially in relation to the LGBTQ community, also withdraw their validity from this constitutional mandate. This article aims to assess whether it is possible to give legitimacy to discourses of hatred towards groups known as minority groups. The methodology used, based on the principle of human dignity, implied review of available bibliography, examination of legislation and jurisprudence.

.

KEYWORDS: dignity of human person; freedom of expression; principle of equality; minorities.

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, após a queda do regime militar, entra em vigência a Constituição da República de 1988, que é tida como garantista, pois reconheceu e instituiu diversos direitos e garantias fundamentais. Ela trouxe uma nova ordem constitucional ao instituir a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito, consagrando princípios fundamentais como soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

A Constituição de 1988 institui não somente direitos e garantias fundamentais, mas todo um sistema garantista de proteção. Isto significa que o ordenamento jurídico pátrio além de respeitar os requisitos formais que os legitima, deverá ser coerente com os princípios e

valores constitucionais que são morais e jurídicos a um só tempo.

A Constituição de um Estado garantista agrega limites, conexões e ordens à própria produção jurídica, condicionando tanto a vigência quanto a legitimidade formal das normas, indicando os órgãos com competência normativa e os procedimentos para seu exercício; ela condiciona também, a validade ou legitimidade substancial, estabelecendo o modelo valorativo que deverá nortear a legislação.

O Garantismo se vincula à ideia de limitação do poder estatal, de modo a evitar a ocorrências de arbitrariedades por parte do Estado. Enquanto sistema de proteção de bens e direitos, ele se estende a todas as pessoas e não apenas àquelas afetadas diretamente pelo poder punitivo do Estado.

Entretanto, verifica-se no curso da história, a existência de diversos grupos de pessoas que são subjugados em relação a outros, em razão de suas diferenças étnicas, culturais, linguísticas dentre outras, o que culminou na criação de grupos minoritários que se encontram em situação desfavorável em relação a uma maioria, que nem sempre se caracteriza pelo critério numérico. É possível perceber que os sujeitos políticos

desse movimento possuem uma diversidade de questões envolvidas.

Em virtude de suas diferenças em relação à maioria dominante, os indivíduos em situação de minoria foram sendo rechaçados, tendo direitos humanos básicos tolhidos ou mitigados, e, até hoje, têm a própria integridade física ameaçada. A persecução da dignidade humana nem sempre foi algo permitido a estes grupos.

As violações de direitos humanos que atingem os grupos minoritários por conta de diferenças, reais ou percebidas, pertencem a um padrão global, estrutural e consolidado. As violações por eles suportadas incluem um rol bem extenso, incluindo execuções extrajudiciais, tortura e maus-tratos, agressões sexuais e estupro, invasão de privacidade, detenção arbitrária, negação de oportunidades de emprego e educação e sérias discriminações em relação ao gozo de outros direitos humanos. Estas violações tornam-se ainda mais gravosas quando baseadas em questões relacionadas a gênero e sexualidade. O que não é permitido pela atual Constituição Brasileira.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê a liberdade de expressão como sendo um direito fundamental. O exercício da liberdade de expressão pode ser interpretado como sendo mais um importante

mecanismo de defesa das minorias, pois, de certa forma, permite que estes grupos exerçam direitos que normalmente lhes são suprimidos ou mitigados por uma maioria que detém uma maior representatividade social e política.

Por outro giro, ao passo que esta previsão constitucional permite a possibilidade dos grupos minoritários se expressarem livremente, ela também permite que a maioria dominante possa se valer destes mesmos mecanismos para legitimar seu poder, o que normalmente ocorre por meio de discursos de ódio.

O discurso de ódio visa objetivar uma pessoa ou grupo de pessoas, sendo que a vitimização é difusa. Quando um homossexual é ofendido por sua orientação sexual, todos homossexuais são ofendidos, assim quando um negro é ofendido pelo simples motivo de ser negro, todos os negros são ofendidos.

Sendo o Estado da República Federativa do Brasil laico e democrático, ele tem de conviver com a existência de direitos que, em dado ponto, tornam-se conflitantes, posto que, não havendo uma imposição de limites clara e objetiva, a liberdade de expressão pode, eventualmente, colidir com os demais direitos existentes no ordenamento jurídico constitucional, como os direitos de personalidade. Ainda que a ideia de democracia não seja única, nem

encerra em si uma única interpretação, é possível dizer que ela pressupõe uma ideia contrária à exclusão social de grupos minoritários. Uma das funções básicas de uma República Democrática de Direito é garantir o direito das minorias.

O presente trabalho tem por objetivo analisar os limites à liberdade de expressão, tendo em vista o discurso de ódio contra as minorias sexuais.

Para a realização do referido estudo, utilizou-se metodologia com base na pesquisa bibliográfica e jurisprudencial acerca do tema, sobretudo na Constituição Federal, bem como nas obras doutrinárias que tratam dos princípios da liberdade de expressão e da dignidade da pessoa humana.

O que é necessário neste debate é identificar as situações que devem ensejar a intervenção Estatal para a proteção da diversidade sem, contudo, colocar em risco o Estado Democrático de Direito, a partir do sopesamento entre o direito a não discriminação e a liberdade de expressão.

2 MINORIAS LGBTT

Inicialmente, cabe aclarar que LGBTT é o acrônimo sob o qual determinados grupos minoritários de

gênero e ou orientação sexual se identificam. As siglas que o compõem referem-se às lésbicas, gays, bissexuais, transexuais e transgêneros. É importante ressaltar que, por não ser o foco de estudo da presente pesquisa, as origens do acrônimo bem como suas variações não serão analisadas. É possível perceber que os sujeitos políticos desse movimento possuem uma diversidade de questões envolvidas, predominantemente relacionadas a gênero e a sexualidade. No curso da história, os indivíduos que possuíam estas diferenças em relação a maioria dominante foram sendo rechaçados, tendo direitos humanos básicos tolhidos ou mitigados, e, até hoje, têm a própria integridade física ameaçada. A persecução da dignidade humana nem sempre foi algo permitido a estes grupos. Neste sentido:

> [...] violações de direitos humanos que atingem pessoas por causa de sua orientação sexual ou identidade de gênero, real ou percebida, constituem um padrão global e consolidado, que causa sérias preocupações. O rol dessas violações inclui execuções extra-judiciais [*sic*.], tortura e maus-tratos, agressões sexuais e estupro, invasão de privacidade, detenção arbitrária, negação de oportunidades de emprego e educação e sérias discriminações em relação ao gozo de outros direitos humanos. Estas violações são com frequência agravadas por outras formas de violência, ódio, discriminação e exclusão, como aquelas

> baseadas na raça, idade, religião, deficiência ou status econômico, social ou de outro tipo. (CORRÊA, MUNTARBHORN, p. 7, 2006)

O preconceito que segrega este grupo minoritário é algo estrutural. As formas como as sociedades modernas se estruturam em torno de questões religiosas juntamente com a falta de conhecimento acerca do tema, fazem com que os parâmetros socialmente aceitáveis sejam essencialmente preconceituosos, o que acaba por legitimar discursos contrários à diversidade. Os movimentos sociais favoráveis à comunidade LGBTT no mundo ocidental são vistos como um tema político de esquerda, típico de partidos mais liberais.

Entretanto, existem movimentos sociais contrários e favoráveis às minorias sexuais, tanto em partidos mais conservadores quanto nos liberais.

Nos últimos anos, a comunidade LGBTT conseguiu alcançar vitórias sociais e políticas importantes em relação às suas reivindicações de igualdade de direitos.

Discursos contrários, tendentes a legitimar a marginalização destes indivíduos não são mais tão bem aceitos pela população mundial em geral.

Entretanto é sempre bom refletir que se trata de uma comunidade extremamente vulnerável, historicamente inferiorizada e marginalizada, de modo que, a presença de

discursos de ódio contrários à dignidade destes indivíduos representa um alto grau de risco à própria existência digna.

2 LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Em virtude de seu caráter instrumental na busca pelo desenvolvimento e progresso de sociedades democráticas, a liberdade de expressão é consagrada tradicionalmente como um dos direitos mais elementares de todo ser humano. Ela constitui fruto de um processo histórico marcado pelo combate ao autoritarismo e afirmação da liberdade, de uma forma mais genérica, sobretudo nas sociedades ocidentais. Após a onda de autoritarismo que assolou muitos países do Ocidente no século XX, justamente por constituir um direito de resistência, de oposição a regimes políticos opressores, a prerrogativa da liberdade de expressão foi introduzida em instrumentos internacionais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Convenção Europeia para a proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades fundamentais.

A liberdade de expressão, tal como foi constituída pelo contexto histórico, trouxe reflexos diretos no que

tange à prevalência de ser, ou não, um direito fundamental que deve ser respeitado a todo e qualquer momento.

Pelo fundamento de constituir um direito como fundamental observamos que a expressão de todos e em todas suas formas deve ser respeitada e resguardada a todo e qualquer tempo, sob pena de que a própria liberdade seja abolida.

Na liberdade pode-se denotar uma atividade irrestrita e de forma desorganizada, entretanto, em se tratando de direito de se expressar, tido como fundamental pelo constituinte brasileiro, devem ser adotados limites para que não incorra na violação de outros demais direitos resguardados no contexto da sociedade.

Neste parâmetro de limites e abrangência sob o contexto histórico que a liberdade de expressão ganha seu caráter indispensável para o resguardo do direito e forma de agir e expressar na sociedade brasileira.

A liberdade de expressão, tal como foi inserida na Magna Carta é aquela que dispõe de uma ampla gama de liberdades, não sendo somente aquela de se expressar, mas também a de se comunicar, se informar, assim, decorre não somente um direito, mas diversos que impõe um respeito à liberdade como uma forma de agir para o ser humano.

Por liberdade, destacam-se os ensinamentos de Silva (2018, p. 233):

> [...] é *poder* de atuação sem deixar de ser resistência à opressão; não se dirige contra, mas *em busca*, em perseguição de alguma coisa, que é a felicidade pessoa, que é subjetiva e circunstancial, pondo a liberdade, pelo seu fim, em harmonia com a consciência de cada um, com o interesse do agente.

A liberdade, no seu maior contexto, é a busca da felicidade da pessoa humana, ou seja, a maneira de agir que a torna feliz, de forma que não há restrição alguma nas suas ações, adotando de uma forma livre o poder de agir como bem entender, em toda sua gama de aplicabilidade.

Ao se adotar o pensamento de Araujo e Júnior (2009, p. 143-144) obtemos que:

> [...] a expressão consiste na sublimação da forma das sensações humanas, ou seja, nas situações em que o indivíduo manifesta seus sentimentos ou sua criatividade, independentemente da formulação de convicções, juízos de valor ou conceitos.

Por expressão verificamos a forma em que o indivíduo manifesta seus sentimentos ou criatividade, melhor dizendo, a forma com que este age sem estar influenciado de qualquer meio externo, sendo que o

indivíduo, por sua conta própria e pensamentos próprios exprime, se expressa da forma com que entender e julgar correto.

Por liberdade de expressão, Farias (2004, p. 54) preleciona que "consiste na faculdade de manifestar livremente os próprios pensamentos, ideias, opiniões, crenças, juízos de valor, por meio da palavra oral e escrita, da imagem ou de qualquer outro meio de difusão (liberdade de expressão), [...]".

A liberdade de expressão, no contexto doutrinário exposto, é aquele em que o indivíduo poderá manifestar, expor seus pensamentos acerca do que entender necessário e confiar no que está sentindo, por meio de qualquer meio de difusão, como as redes sociais e, também, utilizando das palavras, manuscrito, digitalizado, qualquer forma que possa proporcionar e exprimir o que se está idealizando.

Mendes e Branco (2016, p. 264) ensinam que a liberdade de expressão abrange toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não. Não somente engloba estas hipóteses como também toda e qualquer mensagem ou forma que possa se comunicar, incluindo também o direito

de não se expressar, de se calar e de não se informar, desde que não enseja na colisão para com outros direitos fundamentais.

Pelo conteúdo disciplinado pela doutrina citada, podemos consignar que a existência da liberdade de expressão compreende em um grande contexto de possibilidades para que o indivíduo possa se manifestar, seja pela via oral, seja pela via escrita, desde que não colida com outros direitos fundamentais.

Acerca da colisão com direitos fundamentais, haja vista que todos os direitos vivem em consonância uns com os outros, é preciso salientar que a liberdade de expressão não pode, de maneira alguma, ensejar em discriminações, ou seja, como todo e qualquer direito fundamental a este não se concretiza o direito de exercê-lo de forma indiscriminada.

O direito à expressão poderá sofrer limitações ante a coexistência com direitos de personalidade e fundamentais seja pelos poderes públicos, seja pela sociedade em que está inserido, vezes que toda cultura detém de uma forma de se expressar em sua conformidade.

Insta consignar que a liberdade de expressão detém como destinatário toda e qualquer pessoa, pouco importando que esta seja estrangeira, visto que desde quando em solo brasileiro cabe ao estrangeiro respeito às leis brasileiras e de seu país, como também, incumbe uma gama de direitos, na qual a liberdade de expressão, ou melhor dizendo, o direito à expressão está inserido.

De outro lado, contra quem este direito será exercido, Mendes e Branco (2016, p. 265) disciplinam que

> Tratando-se de um típico direito de abstenção do Estado, essa liberdade será exercida, de regra, contra o Poder Público. Ela não enseja, ordinariamente, uma pretensão a ser exercida em face de terceiros.

Segundo o ensinamento destacado a liberdade de expressão, como toda e qualquer liberdade, foi conquistada em face do Estado repressivo que, no mais das vezes, restringe o direito dos indivíduos de se expressarem como bem entenderem.

Denota-se que é um direito de abstenção do Estado, ou seja, que o Estado não poderá intervir, salvo quando houver uma violação a outro direito, própria lei ou contra a

Magna Carta, obtendo o sentido de que estas limitações serão tidas como norte, sendo que se adotadas acarretarão em um ato ilegal, imoral ou inconstitucional.

Ao trazer os destinatários e contra quem será exercido o direito de expressão para com o contexto de um processo administrativo ou judicial, obtemos que no polo passivo atuará o Estado ou terceiros e, no ativo, os destinatários, ou seja, todo e qualquer indivíduo, independentemente de sua origem ou qualquer outro critério discriminatório.

Como já delineado alhures, a liberdade de expressão trata-se de um direito fundamental inerente a todos e destinado para a proteção de um Estado Democrático de Direito que deve sempre tutelar os interesses e pensamentos das diversas formas de manifestação e de expressão.

Pelo próprio significado do que seja fundamental se denota que fundamental é o que se destina como indispensável, sem que haja possibilidade de ser retirado, sob pena de inviabilizar o andamento do Estado, em todas suas esferas.

Com maestria, Silva (2018, p. 178) conceitua o que se trata de direito fundamental do homem:

> [...] No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do homem, não como o macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana. Direitos fundamentais do homem significa direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos fundamentais.

No contexto doutrinário verifica-se que fundamental é aquilo que o indivíduo não sobrevive se não houver a sua constatação no cenário onde está inserido, pouco importando que estejam previstos na teoria, o que deve ser resguardado e consequentemente relevado é a sua aplicabilidade, haja vista a necessidade de serem resguardados em sua totalidade.

Neste parâmetro, ao conceito do que seja direito fundamental, podemos inserir a classificação de que se trata de um direito que visa resguardar a dignidade da

pessoa humana, um dos fundamentos da nossa República Federativa do Brasil.

Em se tratando de um direito que visa resguardar a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais preconizam o que há de mais importante no contexto humanitário e jurídico, em outras palavras, tratam de concretizar e idealizar a maior gama de poderes a resguardar a dignidade da pessoa humana em sua inteireza.

Ao considerar como um avanço dos direitos fundamentais, a liberdade de expressão preconiza nada mais, nada menos, do que a contrariedade para com as arbitrariedades que o próprio Estado preconiza para que o indivíduo não possa se expressar de uma maneira que entenda divergente do pensamento majoritário.

É importante destacar, contudo, que a liberdade de expressão não impõe apenas um "dever de neutralidade" do Estado para com o conteúdo das opiniões manifestadas pelos indivíduos; além de se abster de intervir na externalização de ideias, o Estado deve assegurar que as opiniões eventualmente divulgadas sejam minimamente respeitadas na sociedade, de modo que o emissor da mensagem não sofra restrições injustificadas de particulares – previamente à manifestação de ideia – ou

mesmo danos injustos em decorrência dessa manifestação. Em síntese, a garantia da liberdade de expressão envolve tanto o dever negativo de interferência do Estado, quanto o dever positivo de afirmar a eficácia horizontal desse direito, como por exemplo, o respeito à manifestação de ideias entre particulares.

.

3 LIBERDADE DE EXPRESSÃO: DISCURSO DE ÓDIO, DIREITO À NÃO DISCRIMINAÇÃO E INTERVENÇÃO ESTATAL

Do ponto de vista principiológico, o discurso de ódio traz à tona o conflito entre a liberdade de expressão e o direito à não discriminação – um dos desdobramentos do paradigma contemporâneo de igualdade.

Sarmento descreve de forma sucinta as duas principais correntes de pensamento que tratam do assunto, no âmbito da jurisprudência e da doutrina: de um lado encontram-se aqueles que não admitem essa forma de discurso, "porque ele viola princípios fundamentais da convivência social como os da igualdade e da dignidade da pessoa humana, e atinge direitos fundamentais das vítimas". Por essas razões, a regulação do discurso de ódio tem sido interpretada como uma ferramenta útil para a

garantia do direito à não discriminação, promovendo o reconhecimento de identidades – sob um prisma individual, mas também coletivo.

De outro, existem aqueles que defendem uma liberdade de expressão quase absoluta, destinada a proteger, inclusive, manifestações de ódio extremas, ainda que repudiadas pela maior parte das pessoas. Para esses, a melhor forma de lidar com o discurso de ódio é a resposta com mais discurso, de modo a tornar evidente o caráter inútil da manifestação odiosa para o debate público em meio a um verdadeiro "mercado de ideias".

As soluções para esse conflito variam largamente a depender da concepção de igualdade e de dignidade adotadas pelo ordenamento jurídico e pelos aplicadores do direito no país analisado: quando são interpretadas de forma individualista, por exemplo, sempre que o discurso de ódio é encarado apenas como uma violação de direitos individuais, a sua regulação tenderá a ser mais reduzida. Isto porque o cerceamento de direitos individuais justificaria a proteção plena da liberdade de expressão, cuja dimensão coletiva é mais facilmente percebida. Por outro lado, quando os princípios da igualdade e dignidade têm a sua dimensão coletiva reconhecida – direito à igualdade e dignidade de titularidade de grupos sociais, e não apenas das pessoas que os compõem – prevalece a

opinião de que o discurso de ódio deve ser substancialmente regulado.

Assim, os efeitos perniciosos das manifestações de ódio sobre o grupo visado – e sobre a sociedade como um todo – pesam em favor da restrição da liberdade de expressão para coibir a violência. Como exemplos de danos de diferentes naturezas sofridos especificamente pelas minorias sexuais temos: a imposição de limitações à liberdade no espaço público[79], impactos psicológicos com consequências psicossomáticas, além de distorções econômicas com efeitos regressivos sobre os integrantes do grupo social em questão.

Quando o Estado adota uma postura de neutralidade em face de toda e qualquer forma de discurso, ele permite que algumas pessoas sejam impossibilitadas de, na prática serem ouvidas no espaço público – "ouvidas" no sentido de atingirem todos os participantes do debate e de serem levadas a sério por eles. Além disso, o Estado mantém-se inerte em situações nas quais pessoas são fortemente desestimuladas – e até impedidas – de externalizarem a sua opinião.

No caso das minorias visadas por discursos de natureza discriminatória, por exemplo, a reafirmação de

[79] Tribunal de Justiça de São Paulo. Processo digital n. 1016422-86.2017.8.26.0309. Juiz de Direito Luiz Antônio de Campos Júnior.

relações sociais de subordinação rompe com o respeito que deve pautar a relação entre os envolvidos no debate público – respeito esse que implica reconhecimento mútuo dos debatedores como livres e iguais. Nesse cenário, a equidade política é totalmente desconsiderada, o que diminui a legitimidade desse debate, por reduzir o potencial de participação das vítimas dessa forma no discurso.

Na prática, as manifestações de ódio têm um efeito "silenciador", isto porque, ao atacar características identitárias, essa forma de violência insta as vítimas a deixarem o espaço público, além de retirar a credibilidade das ideias que elas eventualmente apresentarem. Essa última situação decorre da reprodução de estereótipos que geralmente acompanha o discurso de ódio, ao "desprestigiar socialmente" as vítimas. Assim, ao abarcar o uso de manifestações de ódio, o exercício da liberdade de expressão não está servindo a fins democráticos.

Tendo em vista o déficit democrático gerado pela disseminação de ódio contido nessas manifestações, alguma forma de intervenção estatal no exercício da liberdade de expressão seria não apenas recomendável, mas imprescindível para que a garantia em questão continue servindo a fins democráticos, viabilizando o

consenso entre diferentes grupos sociais para fins de autogoverno.

Ao intervir no exercício da liberdade de expressão para coibir o discurso de ódio, o Estado promove a autonomia individual – sobretudo das pessoas visadas pelas manifestações de ódio, mas também de todas as outras que deixam de ter contato com as ideais defendidas pelas minorias. Ao proteger as vítimas – e a sociedade – da disseminação de intolerância e preconceito, o Estado assegura a presença de grupos vulneráveis no espaço público, elevando a sua capacidade de autorrealização e viabilizando o acesso às suas ideias para toda a sociedade.

Assim, do ponto de vista do exercício da autonomia individual, a intervenção estatal na liberdade de expressão tem um caráter "dúplice": ao mesmo tempo em que prejudica o referido exercício, limitando a capacidade de autorrealização daqueles que se utilizam do discurso de ódio e a sua disseminação na sociedade, promove a autorrealização das vítimas desse discurso, bem como viabiliza a difusão das suas ideias e valores.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo objetivou verificar se é possível conceder legitimidade aos discursos de ódio em face de grupos ditos como minoritários.

A Constituição da República de 1988, sobretudo em seu artigo 5°, assegura diversos direitos e garantias fundamentais, como o direito de igualdade e a liberdade de expressão. Entretanto, ainda existem situações de violações cuja mera invocação destes não é capaz de solucionar, como no caso de colisão entre tais direitos ou até mesmo diante de uma omissão legislativa.

A falta de atuação do Poder Legislativo ou a dificuldade hermenêutica de se analisar a demanda dos grupos minoritários não pode servir de escudo protetor para que uma maioria dominante impeça determinados grupos de indivíduos de viverem dignamente. Não pode, sobretudo, o judiciário permitir que a Constituição se torne um mero instrumento utilitarista de uma maioria ou que a legislação infraconstitucional seja composta por normas de ocasião.

Em relação aos discursos de ódio e a liberdade de expressão, entendeu-se que não seria recomendável a criação de uma legislação de oportunidade, haja vista que a abstração e subjetividades pertinentes ao tema podem ser resolvidas diante de uma interpretação pormenorizada da estrutura estatal, além de que as soluções efetivas contra às discriminações negativas extrapolam a seara do direito ou até mesmo os limites da compreensão humana.

Diversas são as origens que tentam legitimar os discursos de ódio e incomensuráveis são os danos que estes podem causar, sobretudo em relação à comunidade LGBTT. Não se pode tolerar a existência de discursos de ódio perpetrados pelo Estado ou seus agentes, tampouco de uma maioria em face de uma minoria. Mas também não se pode tolher o direito que os particulares possuem de se expressarem livremente.

Diante desta polarização, talvez o judiciário seja o ponto de equilíbrio neste conflito, mesmo diante de uma imensidão de situações sociais contrárias.

Ainda que não seja possível encontrar um sentido único para a realidade social e o intérprete judicial possua certo grau de subjetividade na criação do entendimento jurídico, político e social, especialmente no tocante às normas constitucionais, não se pode olvidar que o constitucionalismo contemporâneo tem como característica fundamental o conteúdo aberto, com estabelecimento de princípios e diretrizes ao Estado, que além de vincular o regime democrático, lhe confere um caráter antimajoritário.

O judiciário, assim como os outros poderes, está vinculado ao princípio da supremacia das normas constitucionais frente às demais normas do ordenamento jurídico, o que é imprescindível para um Estado

Democrático de Direito, vez que constitui garantia a soberania popular. As normas infraconstitucionais não podem ser contrárias às regras e princípios adotados pela Constituição a fim de coibir excessos e abusos de poder bem como assegurar o respeito aos direitos constitucionais e ao regime político democrático adotado.

Como contraponto a estas situações de violação, cabe ao judiciário interpretar os princípios constitucionais e formular as respostas constitucionalmente mais adequadas, a fim de se resguardar as características de um Estado democraticamente estabelecido.

Tal proposta pode ser interpretada como uma variante dos discursos perpetrados pela maioria dominante, como uma forma de autoritarismo, só que desta vez em favor de uma minoria. Entretanto, não parece ser este o caso, pois a violação dos direitos de grupos minoritários como a comunidade LGBTT ultrapassa não somente os direitos e garantias fundamentais. Violam a essência que o direito visa assegurar a dignidade da pessoa humana, que é o valor máximo no qual se sustenta todo o ordenamento jurídico pátrio.

Os direitos e garantias fundamentais e até mesmo a democracia brasileira possuem um caráter contramajoritário. Violar tais direitos é conspurcar a

essência, é ir à contramão da organização social estabelecida pela Constituição da República de 1988.

Uma das funções dos direitos fundamentais e da própria democracia é servir justamente de freio aos anseios da denominada maioria democrática, o que pode parecer um tanto quanto paradoxal, já que a democracia comumente é tida como o direito da maioria. Entretanto, a estrutura elegida pelo Estado democrático de direito assegura o bem comum, a dignidade humana, por meio de princípios como o da igualdade. Assegura isto até mesmo contra os anseios de uma maioria democrática.

Por meio da função contra majoritária, os direitos fundamentais servem justamente como uma proteção em face da vontade de uma maioria, o que significa dizer que eles existem para conter a maioria. E essa contenção ocorre quando a Constituição determina os meios para se evitar a imposição da dita vontade majoritária.

Os direitos humano-fundamentais devem proteger pluralmente não só a maioria dos cidadãos, mas todos os indivíduos, inclusive os que compõem grupos sociais minoritários, pois o objetivo do constitucionalismo é harmonizar esses ideais de democracia e direitos fundamentais até um ponto de equilíbrio no qual repousa a dignidade da pessoa humana.

Desta forma, conclui-se que, embora as democracias não encerrem em si um conceito estanque, quando uma delas estabelece suas bases em direitos fundamentais humanistas e não houver a devida observância de tais direitos, a função de sua garantia cabe especialmente à jurisdição constitucional que deverá garantir o equilíbrio social, sopesando o exercício do poder político por meio da regra da democracia e a manutenção de direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2018.

BERNARDES, Cláudio Márcio; MORAIS, Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa. O ensino domiciliar como expressão da liberdade religiosa no estado democrático de direito. In: *Universitas Jus*, Brasília, v. 27, n. 3, p. 145-155, 2016.

BRASIL. Constituição Federal da República de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 29 set. 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. São Paulo: Almedina, 2018.

CASTILHO, Ricardo. *Direitos humanos: processo histórico – evolução no mundo, direitos fundamentais: constitucionalismo contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CORRÊA, Sonia Onufer; MUNTARBHORN, Vitit. *Princípios de Yogyakarta*. Disponível em: <http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em: 30 set. 2018.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Moderna, 2004.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

DWORKIN, Ronald. Constitucionalismo e democracia. Trad. por Emílio Peluso Neder Meyer. Publicado originalmente no *European Journal of Philhosophy*, 1995.
FARIAS, Edilsom Pereira de. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e*

"procedimental" da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jurgen. *A inclusão do outro*. 1. ed. São Paulo: 2007.

JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre *et al. Direito à diferença*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2011.

LEWIS, Anthony. *Liberdade para as ideias que odiamos*. São Paulo, Aracati, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MINHOTO, Antônio Celso Baeta *et al*. *Constituição, minorias e inclusão social*. São Paulo: Rideel, 2009.

MULLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. *Temas de direitos humanos*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SANTOS, Gustavo Gomes da Costa. Diversidade sexual, partidos políticos e eleições no Brasil contemporâneo. In: *Rev. Bras. Ciênc. Polít.*, n. 21, p. 147-186, 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-33522016000300147&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 29 set. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 17. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2018.

TJ/SP. Processo Digital n. 1016422-86.2017.8.26.0309. Relator: Juiz de Direito Luiz Antônio de Campos Júnior.

ZISMAN, Célia Rosenthal. *A liberdade de expressão na Constituição Federal e suas limitações: o limite dos limites*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003.

NULIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E SEGURANÇA JURÍDICA

Aylle de Almeida Mendes
Marcus Vinícius Pinto Santos

Resumo

Trata-se de trabalho no qual se analisa a possibilidade de flexibilização do formalismo dos atos jurídicos, em especial, dos atos jurídicos administrativos, cujos requisitos de validade encontram-se positivados na Lei de Ação Popular, como alternativa para manutenção de atos e negócios jurídicos constituídos de boa-fé a fim de que a segurança jurídica das relações jurídicas e negociais seja preservada.

O ordenamento jurídico de forma geral impinge com nulidade tanto os atos públicos quanto os privados que estejam desprovidos dos seus respectivos requisitos de validade; entretanto há situações em que critérios de razoabilidade e de proporcionalidade recomendam a preservação de determinados atos e negócios como forma de se optar pela segurança jurídica e boa-fé em detrimento do formalismo puro.

Palavras-chave: Nulidade, Ato Jurídico, Segurança Jurídica

Abstract

This paper analyzes the possibility of making legal formalities more flexible, in particular legal administrative acts, whose validity requirements are found in the Popular Action Law as an alternative for the maintenance of legal acts and business in good faith in order to preserve the legal certainty of legal and business relationships.

The legal system in general imposes null and void both public and private acts that are deprived of their

respective validity requirements; however, there are situations in which criteria of reasonableness and proportionality recommend the preservation of certain acts and business as a way of choosing legal security and good faith in detriment of pure formalism.

Keywords: Nullity, Legal Act, Legal Security

Introdução

É matéria notoriamente conhecida no mundo jurídico o fato de que as legislações civil e administrativa fulminam com nulidade os atos públicos e privados quando estes contiverem determinados vícios que maculam gravemente a formação, existência e validade de tais atos jurídicos. Contudo, há situações especiais nas quais há interesse em se manter determinados atos e negócios jurídicos a fim de se dar prevalência a relações jurídicas construídas sob o manto da boa-fé e das quais não decorreram prejuízos; ou seja, há aqueles casos em que a estrita observância da lei é mais prejudicial do que manutenção de determinado ato ou negócio jurídico. Dessa forma, propõe-se aqui investigar, perfunctoriamente, os permissivos legais nos quais a nulidade do ato jurídico administrativo pode ser desconsiderada por uma conveniência e necessidade da realidade fática do caso concreto; ou seja, aqueles casos nos quais é razoável

flexibilizar o rigor formal do formalismo jurídico para prestigiar a manutenção de legítimas situações jurídicas constituídas, como corolário da segurança jurídica e boa-fé.

A presente exposição tem por objeto o exame da nulidade dos atos jurídicos administrativos em geral e os seus requisitos ou elementos de validade previstos no artigo 2º da Lei de Ação Popular (Lei Federal nº 4.717/1965) bem como os permissivos legais nos quais dispõe-se a respeito de uma mitigação com o rigor do formalismo de tais elementos de validade a fim de que se possa prestigiar a segurança jurídica e a boa-fé, analisando traços em comum eventualmente existentes e o possível impacto a ser gerado nesse campo com a promulgação da recentíssima Lei Federal nº 13.665/2018, que ressalta as possíveis vantagens da relativização dos elementos do ato em nome segurança jurídica e de uma consequência fática mais condizente e favorável ao interesse público.

1. Da validade do ato jurídico

Os elementos de validade do ato jurídico privado são o objeto lícito, possível determinado ou determinável, a forma prescrita ou não defesa em lei e o agente capaz(artigo 104 do Código Civil de 2002), enquanto que nos atos públicos administrativos em geral tais requisitos

passam a ser a competência, finalidade, forma, objeto e motivo (artigo 2º da Lei Federal nº 4.717/1965). A regra geral tanto do direito público quanto do privado é que qualquer um dos seus atos que não contiver algum desses elementos não deve produzir qualquer efeito e deve ter a sua nulidade decretada.

Tratando dos atos e negócios jurídicos privados, o Código Civil de 2002 dispõe que não há possibilidade de que o ato ou negócio nulo venha a gerar efeitos, devendo o mesmo ter a sua nulidade declarada em qualquer hipótese, salvo a possibilidade de conversão do ato ou negócio jurídico(artigo 170 Código Civil de 2002) na qual estes sofrem mutações e têm a sua natureza alterada a fim de mantê-los regulares e legítimos no mundo jurídico, como, por exemplo, um instrumento particular de compra e venda de imóvel, que deveria ter sido celebrado mediante instrumento público, passar a ser reconhecido pelas partes como uma promessa de compra e venda.

É, também, um princípio básico do conhecimento jurídico o maior rigor que se deve ter no regime jurídico do Direito Público em relação ao Direito Privado; é amplamente difundido o ensinamento de que enquanto na esfera privada pode-se fazer tudo aquilo que a Lei não proibir, na esfera pública só se pode fazer aquilo que a lei expressamente determinar. A prerrogativa de declaração de

nulidade dos próprios atos viciados decorre do poder de autotutela inerente à Administração Pública que, diferentemente da revogação dos atos nas quais a conduta do Estado é regida pela discricionariedade, detém o poder-dever de promover o desfazimento dos seus atos ilegais e o consequente desaparecimento dos seus efeitos.

Maiores critérios e exigências para a realização dos atos públicos, teoricamente, oportunizam um maior controle dos atos administrativos por parte dos administrados e acarretam uma maior responsabilidade do administrador na prática de tais atos. Isso traduz um esforço do legislador em elaborar meios que dificultam a prática de condutas que visam a burlar tais normas de interesse coletivo para se buscar eventuais e ilegítimos interesses privados; entretanto, é até dispensável mencionar que, apesar desse maior formalismo para a prática de atos públicos, não são incomuns as práticas ilícitas de tais atos em total dissonância com à sua finalidade originária.

Não obstante, uma análise mais aproximada da prática permite concluir pelo menor distanciamento que há no rigor com o formalismo de tais atos nas duas esferas. Tem-se percebido no decorrer dos tempos e, após a edição de determinados diplomas normativos, a possibilidade de mitigação da exigência de alguns dos requisitos dos atos

públicos em casos excepcionais, como forma de se garantir uma maior estabilidade nas relações jurídicas constituídas em determinado lapso temporal; ou seja, flexibiliza-se o formalismo de atos públicos, tolerando-se, alguns casos, até a supressão de alguns dos seus requisitos de validade em nome da segurança jurídica das relações de direito constituídas em específico período. Alguns diplomas normativos chegam até a prever tal possibilidade, mas não denunciam expressamente que se trata de uma relativização da legalidade do ato em nome da segurança jurídica das relações de direito constituídas em dada época; pode-se citar como exemplo o artigo 54 da Lei Federal nº 9.784/1999 que dispõe sobre o prazo decadencial de 05 anos para a Administração Pública anular atos eivados de ilegalidades que gerem efeitos favoráveis ao administrado e o artigo 27 da Lei Federal nº 9.868/1999 que prevê a possibilidade de modulação de efeitos de norma declarada inconstitucionalidade em ação direta; esse último caso revela-se ainda mais forte que o primeiro tendo em vista que é o reconhecimento da regularidade de validade no ordenamento jurídico por determinado prazo de tempo de norma declarada inconstitucional.

É preciso destacar que a matéria relativa à nulidade dos atos administrativos é tema tortuoso e objeto de diversas controvérsias e imprecisões e encontra-se

distante de uma pacificação e unidade tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Não há concordância sequer quanto à existência de distinção entre a nulidade, anulabilidade e irregularidade do ato administrativo. Hely Lopes Meirelles detinha o entendimento de que não há possibilidade de se "fracionar" a validade do ato administrativo, este não pode ser meio válido e meio inválido; para o saudoso Mestre Hely Lopes Meirelles, ou o ato administrativo é totalmente válido ou totalmente nulo, não havendo que se falar em ato anulável ou mesmo ato irregular conforme defende outros administrativistas.

Apesar de ainda apresentar celeumas e dissensões, a teoria das nulidades dos atos de Direito Privado parece encontrar-se em estágio mais avançado e evoluído que a matéria correspondente no Direito Público e a doutrina administrativista costuma socorrer-se de tais fontes como uma espécie de referência para construção desse tema na seara pública.

Inicialmente, é preciso lembrar que, enquanto no Direito Público, toda a conduta da Administração Pública está amarrada à lei, de forma que só é permitido praticar os atos anteriormente previstos na legislação, na esfera privada, só não se poderá praticar os atos que a legislação expressamente proibir; ou seja, na seara pública vigora o princípio da indisponibilidade, enquanto que no setor

privado vige, em regra, os princípios da disponibilidade do interesse e da liberdade das formas.

Dessa disponibilidade inerente aos atos e negócios privados, pode-se extrair diversos conceitos e conclusões a respeito do sistema de nulidades dos atos jurídicos na área privada. Assim, é consagrado na doutrina civilista que, devido à predominância do interesse disponível na esfera privada, é possível que vícios relevantes que acometam determinados atos jurídicos sejam superados em razão dessa disponibilidade do interesse, bem como pela incidência de princípios próprios do Direito Privado tais como os princípios da conservação do negócio jurídico e da boa-fé.

Contrariamente ao postulado da disponibilidade do interesse no Direito Civil, há algumas situações nas quais os atos jurídicos privados são praticados com a exigência de observância de normas que protegem um interesse maior, da coletividade, ou protegendo determinado interesse específico que o ordenamento jurídico elegeu como merecedor de diferenciada proteção, em exceção à regra da disponibilidade do interesse privado. Nessas hipóteses, a gravidade do vício é tamanha que não há possibilidade de sua aceitação no mundo jurídico e os atos que infringem essas mencionadas normas são fulminados com os efeitos da nulidade absoluta.

No Direito Privado, costuma-se atribuir esse efeito insanável aos atos jurídicos nulos e aos atos jurídicos inexistentes. O Código Civil elenca nos seus dispositivos a previsão da nulidade, anulabilidade e ineficácia dos atos, mas não faz menção ao plano da inexistência desses, sendo essa uma construção doutrinária amplamente aceita. No tocante à nulidade dos atos jurídicos privados, sua previsão encontra-se nos artigos 166 e 167 do Código Civil, os quais consideram nulo o negócio jurídico quando: 1) a lei taxativamente o declarar nulo; 2) houver simulação; 3) celebrado por absolutamente incapaz; 4) for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; 5) o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; 6) não revestir a forma prescrita em lei; 7) tiver por objetivo fraudar lei imperativa.

As razões ensejadoras de nulidade previstas em tais dispositivos assim o são pelo fato de as mesmas tutelarem interesses indisponíveis tais como a ordem jurídica e a proteção aos incapazes. Tais normas representam exceção à regra da disponibilidade do interesse e sancionam com nulidade os atos e negócios jurídicos maculados com tais defeitos. Tais causas de nulidade se resumem a uma proteção à ordem jurídica e ao interesse dos incapazes que, diferente das causas de anulabilidade ou eficácia do ato, não podem ser

relativizadas nem descumpridas pelos agentes privados envolvidos no ato ou negócio jurídico.

Dessa forma, a partir desse rigor com a observância à lei de determinados atos privados, é possível visualizar uma relação entre as causas de nulidade destes com as previstas como causas de nulidade do ato administrativo. Entretanto, é preciso ressaltar que aquilo que seja comum à teoria das nulidades nas duas esferas seja aplicado com observância das peculiaridades e total respeito à natureza jurídica de cada um dos dois ramos. Assim, por exemplo, de forma alguma seria possível a convalidação de uma licitação ilegal, pela simples anuência tácita das partes, como ocorre nos atos e negócios privados anuláveis em que diversos vícios são sanados pela omissão das partes envolvidas durante determinado prazo legal ou pela ratificação posterior. Conforme dito, diferente da maior parte dos casos da esfera privada, no Direito Público, a atuação é vinculada àquilo que predetermina a lei, de forma que, em regra, há barreiras intransponíveis que não poderão ser relativizadas se assim a lei não o determinar.

2. Requisitos de validade dos atos administrativos

O artigo 2º da Lei Federal nº 4.717/1965 elenca os requisitos de validade e, consequentemente, as causas de nulidade dos atos lesivos aos interesses público e da coletividade na ação popular. O conteúdo desse dispositivo foi adotado, reconhecido e elevado pela doutrina e jurisprudência à condição de requisitos ou elementos de validade dos atos administrativos em geral; em outras palavras, qualquer ato administrativo que não contiver algum desses tais requisitos ou apresentar defeitos nos mesmos encontrar-se-á desprovido de validade.

Os requisitos ou elementos do ato administrativo estão previstos no artigo 2º da Lei de Ação Popular (Lei Federal nº 4.717/1965) e são eles: a competência, a forma, o motivo, o objeto legal e a finalidade condizente com o interesse público. O mencionado diploma normativo trouxe uma definição legal de cada um desses elementos que a doutrina administrativista se encarregou de aperfeiçoá-la no decorrer dos anos. A falta ou defeito de algum desses elementos do ato acarretam a nulidade do ato administrativo; no tocante à ação popular, ainda há que se estar presente a lesividade ao patrimônio (material ou imaterial) público ou de interesse público. Aliás, o próprio

caput do artigo 2º da mencionada lei já exige a lesividade do ato para caracterizar a nulidade do ato. E o parágrafo único do mencionado artigo traz a conceituação legal de cada um dos elementos:

> Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:
>
> a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou;
>
> b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato;
>
> c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;
>
> d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;
>
> e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

Há que se frisar que, apesar de os requisitos previstos no artigo 2º da Lei de Ação Popular terem sido consagrados e elevados à condição de validade dos atos administrativos em geral, é preciso ressaltar que, no caso da ação popular, ainda há que se exigir, conjuntamente a tais requisitos, a lesividade ou potencialidade lesiva do ato.

Essa lesividade não se restringe ao patrimônio material, mas se estende a todo e qualquer bem que se traduza como de interesse cultural, histórico, artístico e ao meio ambiente, bem como à moralidade administrativa.Tal elemento não é imprescindível para a anulação dos demais atos administrativos contrariamente ao que se exige para a anulação dos atos lesivos na ação popular. Dessa forma, é totalmente viável a propositura de ação popular para anular ato que não se traduza em prejuízo econômico, mas que viole a moralidade administrativa.

A anulação do ato lesivo ao patrimônio público representa o pedido mediato da demanda na ação popular, tendo em vista que o pedido imediato traduz-se no pedido de que tal situação lesiva ilegal seja desconstituída, com a devida e consequente condenação dos responsáveis envolvidos. Tem-se por certo que o pedido imediato da ação popular objetiva um provimento de natureza desconstitutiva-condenatória, ao passo que o pedido mediato visa a que se retire do ordenamento jurídico o ato atacado bem como que se promova o desfazimento de todos os seus efeitos. O pedido de nulidade do ato lesivo diz respeito ao pedido mediato, tendo em vista que, num primeiro momento, é necessária uma decisão que desconstitua aquela situação jurídica anteriormente criada

e constituída para, em seguida, promover a anulação do ato viciado lesivo.

Reconhecida a declaração de nulidade dos atos lesivos na ação popular como pedido mediato da demanda, é oportuno destacar que prevalece o entendimento de que apenas os atos administrativos é que estão sujeitos ao controle via ação popular; sendo este um meio incabível para atacar ato propriamente legislativo ou judicial; isso em razão do fato de que os atos tipicamente legislativos e judiciais já possuem as respectivas formas de controle; no caso dos atos judiciais, tem-se o duplo grau de jurisdição e a declaração de inconstitucionalidade realizados pelos próprios órgãos jurisdicionais; no tocante aos atos legislativos, tal controle pode ser exercido pelas comissões parlamentares, pelo veto presidencial e etc. Não obstante, é possível a ação popular para o controle de atos oriundos da atividade administrativa dos Poderes Legislativo e Judiciário; ou seja, os atos atípicos, de administração, de cada um desses dois poderes também são passíveis de controle através de ação popular.

O conceito de tais requisitos elencados na Lei de Ação popular não revela as complexidades e os desdobramentos decorrentes dos mesmos; ou seja, por trás de cada um dos elementos do ato acima mencionado há uma série de definições que precisam ser melhor

esclarecidas. Apesar dos conceitos trazidos pela lei, é inevitável um aprofundamento a fim de que não haja maiores prejuízos para boa técnica jurídica e para a própria legalidade. Dessa forma, há que se pormenorizar cada um deles, pelo menos para fornecer um pouco mais de detalhes do que os trazidos pela lei.

1) Competência: é competente para o ato aquele a quem a legislação assim definir, ressalvada a possibilidade das situações de delegação e avocação de competência, conforme dispõe o artigo 12 da Lei Federal nº 9.784/1999. Maria Sylvia Zanella Di Pietro bem ressalta que as competências das pessoas jurídicas políticas são distribuídas pela Constituição enquanto que as competências dos órgãos e servidores são distribuídas pela Lei; daí decorre a sua definição de competência como "o conjunto de atribuições das pessoas jurídicas, órgãos e agentes, fixados pelo direito positivo"(DI PIETRO, p. 2007). Há um poder-dever no exercício da competência de forma que esta se traduz em atribuições irrenunciáveis e vinculadas àquilo que já determina a lei. Essa irrenunciabilidade da competência não proíbe que a mesma seja episodicamente delegada a outro agente para a prática do ato; o que se quer dizer é que o agente não pode se furtar do exercício da função estabelecida anteriormente, salvo de forma esporádica, através da sua

delegação. Existe um dever de acatamento e cumprimento de tais funções e os agentes que desempenham estas não possuem a prerrogativa de renunciá-las. Há previsão expressa na Lei Federal nº 9.784/1999 quanto à possibilidade de delegação e avocação de competência de determinado ato, ressalvados os casos de proibição de tais práticas previstas no artigo 13 da mencionada lei, que exclui a delegação para a edição de atos de caráter normativo, para a decisão de recursos administrativos e para as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade. O rigor com o formalismo na atuação da Administração Pública nos leva a presumir que a regra seria a exceção da delegação e avocação de competência. Entretanto, Di Pietro ensina que o poder de delegar e avocar a competência é ínsito à organização hierárquica que caracteriza a Administração Pública.

A competência é irrenunciável, inderrogável, improrrogável, em razão da impossibilidade de a mesma ser prorrogada ou anulada por omissão ou ajuste das partes; é , também, imprescritível tendo em conta que a competência jamais se extinguirá pelo decurso do tempo, mas sim pela determinação legal.

2) a finalidade legítima prevista na definição do artigo 2º da Lei de Ação Popular é o interesse público, de forma que todos os atos administrativos devem ser

norteados pela decisão que melhor coadune com o interesse da coletividade. Pode-se dizer que todo ato administrativo detém, sempre, como finalidade genérica, ou sentido amplo, o atingimento do interesse público e, como finalidade específica, ou em sentido estrito, aquela cujo efeito a lei se propõe a produzir. Há que se ressalvar, entretanto, que todo ato administrativo deve alcançar, além da finalidade genérica(interesse público), a sua finalidade específica que será sempre aquela ensejadora da prática do ato; num processo expropriatório de um imóvel, por exemplo, tal ato descumprirá sua finalidade específica se for promovido com a intenção de prejudicar adversário político (que, de alguma forma, tenha interesse econômico envolvido na situação), ainda que em tal bem sejam realizadas obras de interesse público.

3) Quanto à forma dos atos e negócios jurídicos privados, em regra, vigora o princípio da liberdade das formas; ou seja, a validade e eficácia dos atos e negócios jurídicos privados independe de forma específica, salvo previsão legal específica; é o que dispõe o artigo 108 do Código Civil de 2002. Num sentido oposto a tais regras dos atos privados, os atos administrativos dependem da observância de forma específica para a validade e eficácia de tais atos. Opostamente ao que ocorre quanto aos atos privados, a forma se traduz num elemento vinculado em

todos os atos administrativos, de forma que a sua inobservância ou irregularidade macula o ato administrativo por completo. Tal rigor com a observância da forma é justificável em decorrência do fato de que esta permite um maior controle das atividades do Estado por parte do cidadão, dando a este um maior poder fiscalizatório dos atos praticados por aquele, além de conceder maior segurança e transparência na atividade administrativa; a forma, porém, poderá ser relativizada quando a lei assim dispor, sendo possível que, nos casos previstos em lei, até o silêncio por parte do Estado represente observância da forma do ato, como na hipótese em que um dispositivo legal determine que o silêncio da Administração represente concordância desta em determinada situação.

4) Objeto, também chamado de conteúdo, é o efeito ou resultado prático que o ato alcança. É aquilo que o ato administrativo produz no sentido de criar, adquirir, modificar ou extinguir direitos. Semelhantemente ao que acontece com relação à observância do objeto na verificação da legalidade dos atos jurídicos privados, o objeto do ato administrativo deve ser lícito, possível, certo e determinado pela determinação que a lei assim dispor. Além disso, o objeto deve ser moralmente aceito. Trata-se aqui da moral administrativa e não da moral comum da

sociedade civil; a moral administrativa determina que o comportamento do agente público seja probo, ético e honesto, com postura condizente com o interesse público e com os conceitos de boa administração.

5) Motivo são as razões de fato e de direito que determinam a realização do ato de determinada forma. São pressupostos de fato e de direito que desencadeiam a prática de determinado ato; como razão de fato seria a circunstância fática, o acontecimento de determinado fato no qual se fundamenta o ato e a razão de direito seria o enquadramento de tal situação fática a um determinado dispositivo legal desencadeador do ato.

No tocante aos requisitos para a anulação dos atos administrativos na ação popular, independente dos cinco elementos de validade previstos em tal norma, ainda há que se mencionar, também a lesividade; fato que deve ser consequência do ato atacado para que se possa se utilizar de tal mecanismo jurídico para combatê-los. Há que se socorrer do artigo 5º, inciso LXXIII da CF/1988 que prevê a lesividade ao patrimônio público, bem como à moralidade administrativa. O binômio lesividade e ilegalidade são exigidos para a utilização de tal mecanismo jurídico, entretanto, há que se ressaltar que há entendimento favorável à possibilidade de que determinado ato administrativo legal, mas imoral, seja

atacado por ação popular. Diversas condutas podem se encontrar regulares no aspecto da legalidade, mas desconformes com a moralidade administrativa, utilizando-se como parâmetros para tal aferição a moralidade administrativa, e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como os deveres de probidade, honestidade e eticidade.

É necessário mencionar que dos requisitos acima expostos(salvo a lesividade), apenas o motivo e o objeto não precisam ser totalmente vinculados, em função da discricionariedade que se tem o agente na prática dos atos administrativos discricionários; em outras palavras, nos atos administrativos vinculados, os 5 últimos requisitos acima devem estar totalmente predeterminados ao que dispõe à lei; no tocante aos atos administrativos discricionários, o motivo e o objeto ficam sujeitos à discricionariedade a ser exercida pelo agente praticante do ato, enquanto que os outros requisitos são totalmente vinculados ao que a lei já estabelecer anteriormente.

3. Invalidade do ato e segurança jurídica

Conforme dito acima, é menos controversa na seara privada a distinção entre o ato nulo do anulável e os seus efeitos, tendo em vista que a própria lei civil já

estipula os vícios que inquinam cada espécie de anulação dos atos. Já quanto ao tema correspondente à invalidação dos atos administrativos, não há consenso na doutrina a respeito da existência de categorias diversas de anulabilidades. Hely Lopes Meirelles, que sempre foi festejado no tocante à matéria "atos administrativos", entendia incabível essa separação entre atos nulos e anuláveis; para o saudoso e célebre autor, ou o ato administrativo era nulo ou válido, não havendo espaço para atos meio válidos ou meio nulos; opostamente a tal posicionamento, Celso Antônio Bandeira de Mello sustenta a possibilidade de se dividir os atos administrativos inválidos em atos inexistentes, atos nulos, atos anuláveis, e atos irregulares, tendo como parâmetro para tal distinção a gravidade do vício que atinge tais atos. Semelhante a tal tese, Seabra Fagundes, citado por José Afonso da Silva (2007, p.133), defende que o ato administrativo pode ser nulo, anulável ou irregular a depender da intensidade da violação dos requisitos de validade do ato administrativo. A Lei Federal nº 9.784/1999 parece dar respaldo a posicionamento antagônico ao de Hely Lopes Meirelles, tendo em vista que tal diploma normativo prevê a possibilidade de convalidação dos atos administrativos que apresentarem defeitos dotados de menor gravidade, nos casos em que for

recomendável tal providência como forma de promoção do interesse público. Eis o que dispõe tal dispositivo: "Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração".

No caso de relativização da validade do ato administrativo descrito pelo artigo 55 da Lei Federal nº 9.784/1999, a possibilidade de convalidação do ato administrativo deve estar desacompanhada de qualquer prejuízo e ser a alternativa recomendada por critérios de razoabilidade e proporcionalidade, boa-fé e segurança jurídica

Não é exagero afirmar que a segurança jurídica é um dos principais postulados do ordenamento jurídico e do próprio Direito. Trata-se de direito tão notadamente indispensável que levou o constituinte de 1988 a positivá-lo tanto como um direito individual como um direito social já no caput de artigos dos mais importantes da nossa Carta Magna de 1988(5º e 6º da Constituição Federal de 1988). Além de tais festejados dispositivos constitucionais, convém mencionar a determinação constitucional (artigo 34, inciso VI)que impede que eventual reforma constitucional traga prejuízo a direito adquirido, ato jurídico perfeito ou coisa julgada; essa especial proteção

nada mais é do que garantir a segurança das relações jurídicas já constituídas de forma que qualquer mudança no ordenamento jurídico só poderá gerar efeitos nas relações jurídicas constituídas após tal inovação jurídica. É justificável que assim seja, tendo em vista que a segurança é uma condição buscada por todos em todos os campos da vida; faz parte da condição humana evitar, quando possível, todos os riscos que possam abalar a sua integridade física e material. Assim é natural que o Estado Democrático de Direito prestigie a segurança jurídica a fim de que haja a maior estabilidade possível nas relações sociais, políticas e econômicas constituídas no País.

O rigor com a declaração de nulidade de atos jurídicos eivados de vícios de ilegalidade muitas vezes não parece coadunar com a realidade fática. Na prática não é incomum deparar-se com um ato que, teoricamente, revela-se como manifestamente nulo, mas acaba sendo aquele que permanece na realidade prática. Não se pode negar que muitos atos jurídicos eivados de graves vícios acabam se consolidando pelo após longo decurso de tempo e gerando regulamente seus efeitos, ainda que maculados com gravíssimas irregularidades; pode-se citar a permanência e geração de efeitos de atos nulos tanto na esfera privada como na pública; por exemplo, como na venda de um imóvel realizada por absolutamente incapaz

sem representação sem que o registrador de imóveis detecte essa ou outra ilegalidade e registre tal ato nulo; ainda que ordenamento jurídico não permita que tal nulidade se convalesça, na prática, essa venda gera seus efeitos de forma que tal imóvel vai sendo revendido ou doado com diversas alterações na sua titularidade de forma que, após o decurso de longo prazo sem qualquer questionamento a respeito de tal ilegalidade, torna-se totalmente inviável anular a primeira venda ilegal e consequentemente, todas as diversas relações jurídicas ocorridas posteriormente em nome do formalismo jurídico; seria uma forma de se prestigiar o formalismo jurídico em detrimento de uma realidade fática na qual diversas relações jurídicas legítimas foram regularmente constituídas e extintas; ou, na hipótese de ato administrativo praticado por funcionário público irregularmente investido, seria totalmente absurdo cogitar a declaração de nulidade de dezenas ou até centenas de atos administrativos praticados em tais condições; essa hipótese acarretaria enorme transtorno tanto para a administração quanto para administrados tendo em vista que diversas situações fáticas já consolidadas deveriam ser desconstituídas e esse fato certamente resultaria um imenso prejuízo para o Estado tendo em vista que provocaria centenas de ações judiciais nas quais se

pleitearam danos materiais e até morais pela desconstituição de diversos direitos adquiridos por negligência estatal. Isso está em sintonia com o posicionamento da jurisprudência dos tribunais superiores que reconhecem a necessidade de reconhecimento dos praticados pelo funcionário público de fato como decorrência da boa-fé, segurança jurídica e teoria da aparência.

Há que se destacar mais uma forma de se flexibilizar a rígida legalidade em nome da segurança jurídica das relações jurídicas constituídas. Trata-se de modalidade na qual essa mitigação da legalidade é feita pelo Poder Judiciário ao interpretar determinada norma questionada judicialmente e órgão judicial, discricionariamente, entendem, por bem, determinar o diferimento de determinados dos seus efeitos para um momento mais adequado de acordo com a realidade fática. Está-se falando aqui da técnica da modulação de efeitos na ação declaratória de inconstitucionalidade; por esse procedimento da modulação dos efeitos da decisão, o órgão julgador, conforme dispõe o artigo 27 da Lei federal nº 9.868/1997, poderá determinar que os efeitos da decisão proferida, por razões de segurança jurídica, sejam produzidos em momento posterior mais apropriado, conforme recomendar a realidade prática; em outras

palavras, por esse permissivo da modulação de efeitos, é possível que norma declarada inconstitucional produza efeitos por determinado período de tempo a fim de se preservar relações jurídicas de boa-fé que foram constituídas nesse lapso temporal.

Preciso também fazer menção ao que dispõe o artigo 57 da Lei federal nº 9.784/1997 (que trata do Processo Administrativo Federal) a respeito da possibilidade de manutenção e permanência de ato administrativo ilegal no mundo jurídico. Tal dispositivo dessa lei apregoa que o a Administração Pública tem o prazo de 5 anos para anular atos ilícitos dos quais decorram efeitos favoráveis ao administrado; eis a redação do mencionado dispositivo:Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

4. Lei Federal nº 13.665/2018

No mês de abril de 2018, foi promulgada a Lei Federal nº 13.665 que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e introduziu nesta os artigos 20 a 30 que, aparentemente, dispõem sobre a adoção de

novos critérios de interpretação e o empenho à preservação da segurança jurídica. No tocante à presente matéria aqui levantada, é oportuno trazer a lume a redação constante dos artigos 20 e 21 de tal diploma, após a mencionada alteração:

> Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.
>
> Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Uma primeira análise da redação de tal dispositivo permite sugerir algum reflexo na matéria relativa aos requisitos do ato administrativo. Chama a atenção a redação que determina que, na prática do ato, as consequências práticas devem ser levadas em consideração na decisão; o parágrafo único também parece relativizar o motivo do ato a fim de se prestigiar a realidade fática do caso concreto. Apesar de o artigo 20 recomendar a mitigação da aplicação de valores abstratos sem observar as suas consequências no caso concreto, esse fato parece reduzir a distância existente entre o formalismo entre os atos públicos e privados, sendo possível até mesmo uma

remissão às cláusulas abertas e aos princípios informadores do Código Civil da eticidade, concretude e socialidade nos quais se dá margem ao aplicador do Direito para decidir com critérios discricionários de acordo com cada caso concreto. A discricionariedade e a proporcionalidade são elevados e promovidos enquanto há uma mitigação da legalidade e o formalismo.

O artigo 21 da mencionada norma também parece reforçar a discricionariedade do ato, flexibilizando o princípio da legalidade em prestígio aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Eis o que determina o citado texto legal:

> Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.
>
> Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

É notório o maior rigor com o formalismo dos atos jurídicos administrativos, ainda mais se estes forem

confrontados com os atos e negócios jurídicos privados, os quais são regidos, em regra, pelos princípios da disponibilidade e da liberdade das formas. Entretanto, tal matéria parece ser atingida por essas inovações trazidas pela Federal nº 13.665/2018, no sentido de se relativizar tais inflexibilidades dos atos públicos a fim de se homenagear a segurança jurídica e uma realidade fática na qual isso possa ser mais conveniente ao interesse público; ou seja, as consequências práticas do caso concreto podem ter tamanha relevância para o interesse público a ponto de que seja mais viável ao interesse público manter determinada irregularidade fática do que aplicar a estrita observância da norma.

Conclusão

Os elementos ou requisitos do ato administrativo previstos na Lei de Ação Popular sempre foram caracterizados pela indisponibilidade ou inflexibilidade no tocante à possibilidade de inobservância dos seus comandos. Contudo, passou-se a prevalecer o entendimento de que, em nome da preservação do melhor interesse público, é possível a relativização de algum dos tais requisitos se essa inobservância for de diminuta gravidade, não gerar prejuízo e for o mais condizente e

conveniente ao interesse público. Assim, a tese do Professor Hely Lopes Meirelles de que não existe a possibilidade de existência de ato administrativo anulável revela sinais ter sido superada, até mesmo pelo fato de que a própria Lei Federal nº 9.784/1999 prevê a convalidação do ato administrativo. Parece haver uma mitigação dos princípios da legalidade e uma proeminência dos princípios da proporcionalidade, razoabilidade, boa fé e segurança jurídica.

Apesar de os textos legislativos não disporem expressamente que se tratam de formas de relativizar o rigor com a nulidade dos atos administrativos em prestígio à segurança jurídica e boa-fé, esses efeitos são evidentes tanto na redação de tais dispositivos das Leis Federais nº 9.784/1999 e nº 13.665/2018, como na técnica da modulação dos efeitos de decisão declaratória de inconstitucionalidade que se revela feito ainda maior por ter a prerrogativa de fazer com que eventual lei inconstitucional tenha validade e juridicidade em determinado período de tempo para atender aos imperativos da segurança jurídica e da boa fé, de forma que as legítimas relações jurídicas construídas em tal lapso temporal não corram riscos de sofrer qualquer abalo na sua estrutura.

É provável que as novas disposições introduzidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro impactem ainda mais a temática da relativização dos requisitos de validade dos atos jurídicos administrativos em geral, principalmente no seu aspecto interpretativo, visando à preservação daqueles atos administrativos que melhor resguardem o interesse público e a segurança jurídica; contudo, a aplicação de tal matéria só poderá ser melhor elucidada e esclarecida com o decorrer do tempo; até mesmo por tratar-se de diploma normativo de promulgação extremamente recente. O aprofundamento em tal conteúdo a ser realizado pela doutrina e pela jurisprudência é o que aperfeiçoará a matéria e estabelecerá os seus limites, enquadramento e sua aplicabilidade prática.

Referências

ALMEIDA, Gregório Assagra de. Manual das Ações Constitucionais. São Paulo: Del Rey, 2007.

BRASIL. Lei n.4717 de 29 de junho de 1965. Disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4717.htm; acesso em 20 de set. de 2018.

BRASIL. Lei n. 9784 de 29 de janeiro de 1999. Disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm; acesso em 20 de set. de 2018.

BRASIL. Lei n. 13.655 de 25 de abril de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm; acesso em 21 de set. de 2018.
CÂMARA, Alexandre Freitas. Novo processo civil brasileiro. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
Di Pietro, Maria Sylvia Zanella - Direito Administrativo / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 20.ed.-2.reimpr.-São Paulo :2007
MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação Popular. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 36 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 31 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.
SILVA, José Afonso da. Ação Popular Constitucional. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E A SEPARAÇÃO DOS PODERES: UMA ANÁLISE DO PRINCÍPIO À LUZ DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

César Ferreira Mariano da Paz
José Arthur Figueiras Deolino

RESUMO:

A separação clássica de poderes trazida por Montesquieu, consagrada no artigo 2º da Constituição Federal, expõe que os poderes da União são harmônicos e independentes entre si, criando um sistema de freios e contrapesos com fincas a evitar que cada poder ultrapasse a sua esfera de competência, para que não se corrompa. A proposta da pesquisa foi analisar a funcionalidade do princípio da separação de poderes quando dos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial no Estado Democrático de Direito, buscou-se demonstrar as formas de garantia dos direitos fundamentais do cidadão preservando a separação de poderes. A relevância do tema se justifica na medida que as políticas públicas atuais não são capazes de prover as mínimas condições dignas do cidadão.Ademais, o legislador não é capaz de prever na sua totalidade todos os mecanismos capazes de garantir os direitos fundamentais em sua plenitude. Nesse contexto, para assegurar ao cidadão seus direitos fundamentais, em algumas eventualidades, o Poder Judiciário, de forma ativa, promove políticas públicas para assegurar a tais direitos. A pesquisa será realizada por meio da metodologia teórico bibliográfica, através do procedimento metodológico dedutivo, que irá se pautar nas investigações de autores, obras e pesquisa documental, através de legislação comentada e ementa jurisprudencial, serão estes, os meios pelos quais se chegará há um profundo estudo acerca da problemática de onde será discutido e analisado

todos aspectos jurídicos legais debatidos, afim de atender o objetivo da pesquisa, ou seja se a judicialização da política está compatível com a separação clássica dos poderes.

Palavras-Chave: Separação de Poderes; Judicialização da Política;Direitos Fundamentais.

ABSTRACT:

Montesquieu's classical separation of powers, enshrined in Article 2 of the Federal Constitution, states that the Union's powers are harmonican independent of each other, creating a system of checks and balances with estates to prevent each power from over taking its sphere of competence, so that it does not become corrupted. The purpose of this research was to analyze the functionality of the principle of separation of powers when the phenomena of judicialization of politics and judicial activism in the Democratic State of Law sought to demonstrate the ways of guaranteeing the fundamental rights of the citizen preserving these paration of powers. The relevance of the theme is justified in so far as the current public policies are notable to provide the minimum conditions worthy of the citizen. Furthermore, the legislator is not able to foresee in its totality all the mechanism scapable of guaranteeing fundamental rights in their fullness. In this context, in order to as sure citizens of their fundamental rights, in some eventualities, the Judiciary, in anactive way, promotes public policies to as sure such rights. The research will be carried out through the theoretical bibliographical methodology, through the deductive methodological procedure, which will be based on the investigations of authors, works and documentary research, through commented legislation and jurisprudential document, these will be the means by which a deep study on the problematic of where all legal legal aspects debated will be discussed and analyzed, in

order to me et there search objective, that is, if the judicialization of the policy is compatible with the classic separation of powers.

Keywords: Separation of Powers; Judicialization of the Policy; Fundamental Rights.

1) INTRODUÇÃO:

O presente estudo busca demonstrar a evolução da teoria ou princípio da separação dos poderes, frente a novas demandas sociais atuais. O foco principal da pesquisa está na judicialização das políticas e no ativismo judicial frente a separação clássica dos poderes trazida por Montesquieu, presente no artigo 2[80] da Constituição Federal de 1988, com escopo de garantir os Direitos Fundamentais do Cidadão no Estado Democrático.

A teoria clássica estrutura-se em três poderes independente e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, todos com funções típicas e atípicas. É objeto deste estudo, entretanto, procurar entender a nova visão de separação no que diz respeito às relações entre os poderes, no intuito de implementação de políticas através do Poder Judiciário.

[80]São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

O tema escolhido se justifica na medida que a evolução do Estado absenteísta para um Estado Democrático de Direito, o qual, busca garantir e efetivar os Direitos Fundamentais do cidadão.A clássica teoria de separação tornou-se um óbice para a efetivação de tais direitos frente a omissão do Poder Legislativo e a inércia do Poder Executivo em promover políticas públicas.

Neste contexto,o cerne a ser trabalhado para efetivação dos direitos fundamentais será o Poder Judiciário através da Judicialização de Políticas e Ativismo Judicial em confronto com a teoria clássica da separação de poderes. Para o presente estudo serão abordados em dois capítulos.

No primeiro capítulo serão trazidos a conceituação de Poder, de princípio da separação dos poderes, bem como será perpassado sua origem na Grécia e Roma antiga, posteriormente a divisão trazida por Locke e a teoria de Montesquieu consagrada nos dias atuais. No mesmo capítulo também será apontado as primeiras linhas formais da citada teoria e a desenvoltura do princípio nas constituições brasileiras.

No segundo capítulo, o foco será a judicialização da política e o Estado Democrático de Direito, será debatido o conceito de judicialização na ótica de vários juristas, bem como sua diferenciação de ativismo judicial.

Também será tratado a visão da separação de poderes no Estado Democrático com vista a assegurar politicas que garantem os direitos fundamentais.

Por fim, a pesquisa será realizada por meio da metodologia teórico bibliográfica, que irá se pautar nas investigações de autores, obras e pesquisa documental, através de legislação comentada e ementa jurisprudencial, serão estes, os meios pelos quais se chegará há um profundo estudo acerca da problemática de onde será discutido e analisado todos aspectos jurídicos legais debatidos, afim de atender o objetivo da pesquisa.

2) CONCEITO E ORIGEM DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES:

Neste tópico a pesquisa trabalhará a conceituação de Poder, a origem da Teoria ou Princípio da Separação dos Poderes, bem como a sua evolução nos 30 anos da Constituição Republicana de 1988.

Poder pode ser conceituado como a capacidade de influenciar a comunidade ou grupo e as pessoas ao seu redor. O poder político transcende a liberdade e direitos individuais, é um fenômeno sociocultural, o qual impõe certos limites as atividades rotineiras de um grupo ou comunidade, o poder tem como escopo coordenar a vida

social para seus devidos fins. Neste contexto que o cidadão se submete a determinadas limitações em prol de fins sociais e comunitários maiores. (ALMEIDA, 2016).

Discorre José Afonso da Silva acerca do Poder Político:

> (...) visando a ordenar as relações entre esses grupos e os indivíduos entre si reciprocamente, de maneira a manter um mínimo de ordem e estimular um máximo de progresso à vista do bem comum. Essa superioridade do poder político caracteriza a soberania do Estado (conceituada antes), que implica, a um tempo, independência em confronto com todos os poderes exteriores a sociedade estatal (soberania externa) e supremacia sobre todos os poderes sociais interiores a mesma sociedade estatal (soberania interna). (SILVA 1999. p.108).

A evolução e história da teoria ou princípio da separação dos poderes, como o objetivo de conter o absolutismo e limitar o poder político remonta à Grécia e Roma antigas. Platão já tecia comentários sobre a importância de divisão das funções do Estado, contudo Aristóteles foi o primeiro a conceber uma separação de poderes estatais de forma tripartite.

John Locke no século XVII traz outra perspectiva no tocante a teoria da separação dos poderes, sendo que está começa a se tornar sólida descrevendo a separação em três poderes distintos, Legislativo, Executivo e Federativo.

Moraes Filho pormenoriza as funções de cada poder segundo Locke:

> Poder Legislativo, que é o que tem o direito de estabelecer como se deve utilizar a força da comunidade no sentido de preservação dela própria e dos seus membros; b) poder federativo, ao qual cabe a guerra e paz, as ligas e alianças, e todas as transações com pessoas estranhas à sociedade; c) Poder Executivo, que deve acompanhar a execução das leis que elaboram e ficam em vigor . (MORAES FILHO, 2003, p. 155).

Neste enfoque Locke entendeu que o Poder para elaborar as leis gerais, ou seja o Legislativo seria superior aos demais, vez que o Poder Executivo apenas iria executar e fiscalizar as leis advindas do Poder Legislativo e o terceiro Poder, o Federativo, desenvolveria ações de relações externas com outras nações. (MELLO,1968, p.14).

A teoria clássica da separação dos poderes foi consolidada por Montesquieu com o escopo de enfraquecer o Estado, promover a democracia contra governos absolutistas e assegurar dos direitos fundamentais do cidadão.

De forma cristalina Montesquieu expõe que: “Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções

públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares" (MONTESQUIEU, 2000, p.118).

Para Montesquieu a concepção de liberdade era entendida da seguinte forma:

> É verdade que nas democracias o povo parece fazer o que quer; mas liberdade política não consiste nisso. Num Estado, isto é, numa sociedade em que há leis, a liberdade não pode consistir senão em poder fazer o que se deve querer e em não ser constrangido a fazer o que não se deve desejar. (MONTESQUIEU, 2000. p.117).

Continuando nas lições de liberdade por Montesquieu:

> Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou mesmo o Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse ligado ao legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos. (MONTESQUIEU, 2000, p.199-200).

Nesse enfoque de tripartição do poder, o qual não traz privilégio, nem qualifica nenhum poder com mais importância que o outro. A tripartição assegura um regime republicano representativo, com traços de igualdade e isonomia jurídica diante do poder do Estado. Cria-se um mecanismo capaz de conter abusos, o sistema de freios e contrapesos, é um o poder para conter o outro poder. (MONTESQUIEU,2000).

> A experiência eterna mostra que todo homem que tem poder é tentado a dele abusar; vai até onde encontra limites. Quem o diria! A própria virtude necessita de limites. Para que não possa abusar do poder é necessário que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder. Uma constituição pode ser de tal modo que ninguém será constrangido a fazer coisas que a lei não obriga e não fazer as que a lei permite. (MONTESQUIEU, 2000, p.118).

Ensina Bastos:

> O traço importante da teoria elaborada por Montesquieu, não foi o identificar essas três funções, pois elas já haviam sido abordadas por Aristóteles, mas o de demonstrar que tal divisão possibilitaria maior controle do poder que se encontra nas mãos do Estado. A idéia de um sistema de "freios e contrapesos"em que cada órgão exerça as suas competências e também controle o outro é que garantiu o sucesso da teoria de Montesquieu. (BASTOS, 2001, p.166).

O primeiro documento formal que tratou acerca da teoria da separação de poderes foi a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, em seu artigo 16[81].Já a Constituição Norte-Americana foi o primeiro Estado a conceber a teoria clássica de separação dos poderes, nos moldes de Montesquieu trazendo funções distintas para os Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, com o objetivo de equacionar um sistema de freios e contrapesos.

A teoria da separação de poderes de Montesquieu também inspirou e sempre esteve presente no ordenamento jurídico brasileiro, consubstanciada na forma de princípio fundamental. A Carta Imperial de 1824 trouxe em seu conteúdo uma divisão harmônica dos poderes, contudo além dos três poderes clássicos, incluiu o poder moderador, que também ficava a cargo do imperador como forma de conter qualquer abuso de outro poder. Esse quarto poder destoava do tradicional sistema de freios e contrapesos da teoria clássica.

Noutro contexto, a Constituição da República de 1891, incorporou o modelo norte-americano de tripartição de poderes da teoria clássica, dividindo-os em Legislativo, Executivo e Judiciário. A próxima Carta, promulgada em

[81]Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.

1934, harmonizou o contido na Constituição anterior, o texto buscou defender e promover a separação dos poderes como princípio fundamental.

Em contrapartida o texto constitucional outorgado em 1937, em dissonância das constituições anteriores, deixou de prever de forma expressa o princípio da separação de poderes, na medida que o país se encontrava sob égide de regime autoritário e ditatorial. As próximas constituições de 1946 e 1967, após a retomada da democracia no Brasil os referidos textos buscaram reequilibrar os poderes, trazendo novamente de forma expressa o princípio da separação de poderes.

A Constituição Republicana atual conservou de forma expressa em seu artigo 2[82]oprincípio das separações dos poderes como mecanismo garantidor do Estado Democrático de Direito, contrário a qualquer governo absolutista e totalitário.

Nesse diapasão Bester ensina a finalidade da separação de poderes:

> (...) o art. 2º trata do princípio da separação dos poderes, que talvez seja justamente o que a Constituição tenha de mais caro, inclusive historicamente, por ser a garantia básica do cidadão contra o exercício arbitrário do poder pela autoridade pública. Explicamos: a

[82]São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário

> separação dos poderes no fundo foi o meio encontrado para conter o poder unitário do governante nas suas investidas contra a liberdade dos governados (em tal época, súditos), vale dizer, contra os direitos destes. Logo, a separação dos poderes existe para limitar o poder em relação aos direitos dos cidadãos, isto é, encontra sua razão no possibilitar o respeito a esses direitos. (BESTER, 2005. p. 299-300).

Canotilho exprime que "o princípio da separação e interdependência dos órgãos de soberania tem, assim, uma função de garantia da constituição pois os esquemas de responsabilidade e controle entre os vários órgãos transformam-se em relevantes fatores de observância da constituição". (CANOTILHO,1999, p.861).

O princípio da separação de poderes na constituição vigente permanece como um princípio de organização do Estado, ganhou status de cláusula pétrea nos moldes do parágrafo 4º, artigo 60[83] da Constituição Republicana. Para consolidar a estruturação a separação dos poderes utiliza-se de dois fundamentos a independência orgânica e a especialização funcional. José

[83]Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
(...)
§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
I - a forma federativa de Estado;
II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
III - a separação dos Poderes;
IV - os direitos e garantias individuais.

Afonso da Silva esclarece os dois elementos da divisão de poderes:

> A divisão de poderes fundamenta-se, pois, em dois elementos: (a) especialização funcional, significando que cada órgão é especializado no exercício de uma função; assim, às assembleias (Congresso, Câmaras, Parlamento) se atribui a função Legislativa; ao Executivo, a função executiva; ao Judiciário, a função jurisdicional; (b) independência orgânica, significando que, além da especialização funcional, é necessário que cada órgão seja efetivamente independente dos outros, o que postula ausência de meios de subordinação. Trata-se, pois, como se vê, de uma forma de organização jurídica das manifestações do Poder.(SILVA, 1999. p.110).

No sistema atual de divisão de poderes, independentes e harmônicos, cada poder exerce uma função principal e outras secundárias, denominadas funções típicas e funções atípicas. Ao Poder Executivo cumpre aplicar as leis elaboradas pelo Poder Legislativo e ao Poder Judiciário cabe utilizar tais leis na resolução de litígios. Quanto a independência refere-se à capacidade de estruturação de atividades sem aprovações de outros poderes, bem como de executar suas funções típicas sem interferências dos demais. Já o quesito harmonia refere-se ao relacionamento, a integração entre os poderes com

atributos de checksand balances (freios e contrapesos), para evitar que um dos poderes sobreponha ao outro.

No próximo tópico será tratado a evolução do Estado Liberal e uma nova visão da separação dos poderes, mormente a independência destes frente ao Estado Democrático de Direito, para garantir a efetivação dos Direitos Fundamentais do Cidadão.

3) ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS:

Após as revoluções ocorridas no período do Estado liberal, passando pelo o *WelfareState*[84] e consagrando na atualidade um Estado Democrático de Direito consubstanciado no seu Preâmbulo[85] e artigo primeiro[86] da Constituição Federal de 1988, o qual o Estado deixou de ser absenteísta em razão das grandes

[84]O Estado do Bem-estar também é conhecido por sua denominação em inglês, *WelfareState*. Os termos servem basicamente para designar o Estado assistencial que garante padrões mínimos de educação, saúde, habitação, renda e seguridade social a todos os cidadãos.

[85]Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

[86]A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito (...)

demandas sociais. O Estado contemporâneo consiste na intervenção Estatal para garantir os direitos individuais e sociais do cidadão.

O Estado Democrático se tornou responsável pela implementação políticas públicas para o bem-estar social. Neste contexto, a teoria da separação dos poderes não pode mais ser concebida de forma inflexível, o atributo de independência deve ser revisto pois compromete a democracia e os direitos fundamentais do cidadão.

A teoria de Montesquieu no seu formato tradicional não consegue mais apontar as soluções para as demandas sociais atuais, além de produzir, por vezes em razão disso, fenômenos insustentáveis na concepção inicial. Desta forma trazendo um olhar contemporâneo, flexibilizando o princípio da separação dos poderes, pode-se invocar a judicialização da política para a garantia dos direitos fundamentais (MORGADO, 2011).

A judicialização da política refere-se ao novo estatuto dos direitos fundamentais e à superação do modelo da separação dos poderes do Estado, a qual amplia os poderes de intervenção do judiciário na política. (MACIEL, KOERNER, 2002).

Nas letras de Luís Roberto Barroso diferencia Judicialização de Ativismo:

> A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais (BARROSO, 2009, p. 06).

Após a considerações percebe-se a diferenciação do ativismo judicial com a judicialização das políticas, o qual neste o judiciário intervém quando é chamado para salvaguardar direitos fundamentais, os quais as políticas públicas não foram capazes de implementar. Valle critica o ativismo judicial, mesmo na omissão dos demais, relata que essa postura do Judiciário, altera seu próprio peso no

concerto político da relação entre poderes. Sinaliza, ainda, que o ativismo seria parte de uma complexa equação de poder, para fortalecer as cortes. (VALLE, 2009).

Nesta esteira de crítica ao ativismo em relação a quebra do princípio da separação dos poderes Ramos expõe que:

> [...] a se referir é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos do aparelho judiciário, e sim, da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.(RAMOS, 2010, p. 108) .

Ainda no contexto da crítica ao ativismo e judicialização, mesmo com boas intenções, deve ser vista com cautelas, pois se apresenta como risco ao Estado Democrático, vez que os atos do Poder Judiciário, os quais deveriam submeter-se ao direito vigente, ocorre que esse fenômeno possibilita as cortes criarem livremente o direito, que lhe cabia aplicar, o que realmente ocorre é um manifestação política.

Tonelli expõe que os conflitos trazidos na judicialização tem alcance na política. Tece críticas no sentido que o poder "(...) judiciário é um poder contramajoritário, cujas decisões são sentenças proferidas por juízes não eleitos, independentes, e fora do alcance de um controle externo, ou seja, não são obrigados a prestar conta (accountability)".(TONELLI, 2013, p. 118.)

Apesar das críticas acerca da violação do princípio da separação dos poderes através da judicialização das políticas e do ativismo judicial nota-se que as barreiras entre o direito e a política se atenuaram com a possibilidade da submissão de questões políticas para o judiciário. A judicialização uma forma legítima de assegurar o Estado democrático de direito ampliou o entendimento de separação de poderes. Atualmente não é compatível que o Judiciário decide estritamente questões técnicas e o Legislativo delibera apenas sobre questões políticas. A judicialização da política indica que outros caminhos podem ser buscados pelas partes que demandam seus direitos fundamentais. (CLÈVE, LORENZETTO, 2015).

Expõe Ferejohn que:

> O fato de tribunais intervirem com frequência nos processos políticos também significa que outros atores

> políticos, assim como grupos em busca de ação política, têm motivos para levar em conta a possibilidade de reação judicial. As propostas precisam ser formuladas de modo a assegurar que legislação não seja nem derrubada nem interpretada de formas indesejadas. Para atingir tal resultado, parte do debate político relativo a leis novas deve visar antecipar a resposta das instituições jurídicas. Assim, vemos uma aplicação global de um aspecto do fenômeno que Tocqueville observou na política norte-americana há muitos anos: a transformação de questões políticas em questões jurídicas. Isso significa que considerações jurídico-constitucionais e retóricas ganham uma importância nova e às vezes decisiva no estabelecimento ordinário de políticas pelo legislativo. (FEREJOHN, 2012, p. 64).

Acerca do ativismo e judicialização Paula consagra esse fenômeno, o qual se justifica no Estado Democrático de Direito:

> [...] se é ativismo que o judiciário interfira em alguma medida na execução de políticas públicas, em certas circunstâncias ele supera decisões tomadas pelos canais político-representativos, se em outras ocasiões supre omissões dos poderes políticos que ofendem direitos fundamentais e se, ao exercer a jurisdição constitucional, por vezes é levado a ir além da mera função de legislador negativo, nada disso é, por si só, evidência de atuação desbordante do princípio da separação de poderes ou das exigências da democracia representativa. Ao prestigiar soluções impostas pelos direitos fundamentais, mesmo em contrariedade à vontade de uma momentânea maioria política, a jurisdição

> presta culto à maioria de maior status, àquela que elaborou a Constituição. O Tribunal exerce, assim, função que se justifica no Estado democrático de Direito, ajustando-se ao modelo de distribuição de competências plasmado na Constituição. Não há, só por essas ações, que rotulá-las, pejorativamente, de ativistas. (PAULA, 2013, p. 21).

Percebe-se que separação dos poderes não pode mais ser considerada de forma rígida, com a realização da judicialização da política. Nesta senda se faz necessário que os poderes se tornem cada vez mais harmônicos, mantendo uma autonomia flexível, no tocante as funções típicas de cada poder.

Desta forma, o fenômeno da judicialização da política, de forma excepcional, quando há omissão e/ou inércia dos Poderes Legislativo e Judiciário, com o escopo de assegurar direitos fundamentais do cidadão, o Poder Judiciário tem o dever de dar a solução mais efetiva para o caso. Assim, não há como conceber que a atuação do Judiciário possa estar ferindo a tripartição dos poderes, vez que o Estado Democrático de Direito deverá assegurar os Direitos Individuais e Sociais do Cidadão.

REFERÊNCIAS:

ALMEIDA, Flávio. **Separação dos Poderes**. São Paulo: USP, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. 4 ed. janeiro/fevereiro 2009. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf.pdf>. Acesso em: set. 2018.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BESTER, Gisela Maria. **Direito constitucional: fundamentos teóricos**. São Paulo: Manole, 2005. v.1.

CANOTILHO, J.J.Gomes; MOREIRA, Vital. **Os poderes do Presidente da República**. Coimbra. Coimbra Editora, 1991.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade.** In: Revista de Investigações Constitucionais. Vol. 2. 2015.

FEREJOHN, John**. Judicializando a Política, Politizando o Direito**. In: MOREIRA, Luiz (org). Judicialização da Política. São Paulo: 22 Editorial, 2012.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, André. **Sentidos da judicialização da política: duas análises**. Lua Nova: Revista de Cultura e Política. N. 57, 2002. Disponível em:<http://www.scielo.br/pdf/ln/n57/a06n57.pdf>. Acesso em: set. 2018.

MELLO, José Luiz de Anhaia. **Da separação de poderes à guarda da Constituição**. São Paulo: RT, 1968.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultura, 2000.

MORAES FILHO, José Fiomento de. Teoria da Constituição **- Estudos sobre o lugar da política no direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

MORAIS, Dalton Santos. **Democracia e Direitos Fundamentais: propostas para uma jurisdição constitucional democrática**. Revista da AGU, ano X, nº 34, Brasília/DF, out/dez de 2012.

MORGADO, Cíntia. **A nova face da separação de poderes- capacidades institucionais, vinculação dos poderes e constitucionalismo cooperativo**. In: Revista Direito Processual Geral. Rio de Janeiro, 2011, pp 64-93. Disponível em: http://download.rj.gov.br/documentos/10112/1170287/DLFE58413.pdf/REVISTA6664.pdf>. Acesso em: set. 2018.

PAULA, Daniel Giotti de. **Uma leitura crítica sobre o ativismo e a judicialização da política. In: As novas faces do ativismo judicial**. NOVELINO, Marcelo (org). Salvador: JusPodvim, 2013.

RAMOS, Elival da Silva**. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1999.

TONELLI, Maria Luiza Quaresma. **A judicialização da política e a soberania popular**. 2013. 126 f. Tese (Doutorado). Filosofia – Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em:<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8133/tde-15012014102753/pt-br.php>. Acesso em: set 2018

VALLE, Vanice Regina Lírio (org). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá, 2009.

HUSBAND STICH, PARTO E AGRESSÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA MULHER EM ESTADO DE VULNERABILIDADE

HUSBAND STICH, CHILDBIRTH AND AGGRESSION TO THE FUNDAMENTAL RIGHTS OF WOMEN IN VULNERABLE SITUATIONS

James Weissmann

RESUMO

Estuda-se a violação dos direitos fundamentais das mulheres, vítimas do procedimento cirúrgico pós-parto, *husband stich*, sem consentimento expresso. Questiona-se a necessidade de consentimento expresso da parturiente para realização do procedimento cirúrgico *husband stich*, sob pena de lesão a dignidade, honra, moral, integridade física e psíquica da mulher, enquanto direitos fundamentais protegidos constitucionalmente. Ao final, o estudo sugere solução para o problema, em defesa da aplicação dos direitos fundamentais na relação horizontal entre particulares, alicerçada no pensamento de Virgílio Afonso da Silva. A pesquisa está baseada em estudos bibliográficos, legislativos, jurisprudenciais e doutrinários, concluindo que a melhor hermenêutica constitucional se inclina para o respeito às garantias fundamentais em defesa do bem maior – a vida.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; Mulher; Consentimento informado.

ABSTRACT

Study the violation of fundamental rights of women, victims of the postpartum surgical procedure, “husband stich”, without express consent. It is questioned

the need for express consent of the parturient to perform the surgical procedure “husband stich”, under penalty of injury to dignity, honor, morals, physical and psychic integrity of the woman, while fundamental rights constitutionally protected. At the end, the study suggests a solution to the problem, in defense of the application of fundamental rights in the horizontal relationship between individuals, grounded in the thought of Virgílio Afonso da Silva. The research is based on bibliographical, legislative, jurisprudential and doctrinarian studies, concluding that the best constitutional hermeneutics leans towards respect for fundamental guarantees in defense of the greater good – life.

Keywords: Fundamental rights; Woman; Informed consent.

1 INTRODUÇÃO

Constitui objetivo de investigação desta pesquisa científica as violações aos direitos fundamentais efetivadas contra as mulheres parturientes, por meio de procedimento cirúrgico pós-parto denominado *husband stick,* ou *ponto do marido,* sem prévia informação médica e sem o necessário consentimento expresso, ferindo cláusulas pétreas cravadas nos Art. 1º, III, 3º, IV, 4º II, 5º, I, X e 196 da Constituição da República, legislação infraconstitucional e instrumentos normativos internacionais dos quais o Brasil é signatário.

A escolha do tema se justifica face a agressão cometida contra mulheres em estado de vulnerabilidade no

momento do parto, violando a dignidade, a honra, a moral e a integridade física e psíquica da pessoa humana, por não consentir previamente ou receber informação prévia e adequada quanto ao procedimento cirúrgico denominado *husband stick*.

Questiona-se, nesse contexto litigioso, a consumação do procedimento cirúrgico conhecido como *husband stick*, oriundo de decisões tomadas à revelia da mulher parturiente que, em tese, caracterizam atentado contra sua dignidade, honra, moral, integridade física e psíquica.

Pretende-se com este trabalho contribuir com a exposição de ideias baseadas no pensamento de Virgílio Afonso da Silva (2005, p.54), tomado como marco teórico desta pesquisa, externado no estudo dos direitos fundamentais nas relações privadas, interindividuais e entre particulares, e ampliação desta proposta de debate no espaço da democracia como resposta ao desafio do problema questionado.

Na primeira parte, far-se-á uma abordagem sobre as bases da proposta de estudo, no atual paradigma do Estado Democrático de Direito que alicerçam os direitos fundamentais aqui examinados e constitui o elo entre democracia, proteção aos direitos fundamentais, dignidade

da pessoa humana e direitos da mulher como garantias asseguradas expressamente na Constituição da República.

O segundo momento do presente texto representa uma imersão no estudo dos atos violadores dos direitos e garantias fundamentais a partir da consumação do procedimento cirúrgico *husband stick,* praticado indiscriminadamente sem prévia informação médica e sem consentimento expresso da parturiente.

Após essa discussão, este trabalho traz à baila a íntima conexão entre os direitos fundamentais da mulher, protegidos constitucionalmente no rol de direitos fundamentais, e o pensamento de Virgílio Afonso da Silva ao estudar as relações privadas, interindividuais e entre particulares de forma horizontal, que deve ser considerada como proposta de solução para o tema problema.

Por fim, no último tópico, seguem estudos de casos concretos como proposta afirmativa deste trabalho tendo como paradigmas decisões dos tribunais superiores.

A conclusão do trabalho inclina-se para o respeito aos direitos da mulher e às garantias constitucionais em defesa do bem maior – a vida. A pesquisa, alicerçada nos referenciais doutrinários, apontará que ocorreram violações dos direitos fundamentais das mulheres parturientes, como consequência das decisões tomadas à revelia e sem o prévio consentimento da paciente, que

menosprezaram a força normativa da Constituição e diversos outros paradigmas normativos infraconstitucionais. Na esteira, o trabalho apontará a necessidade de aprimoramento da atividade médica e aperfeiçoamento da prestação dos serviços de saúde, para que semelhante atentado não volte a se concretizar e abalar o referencial paradigmático do Estado Democrático de Direito.

Empregar-se-á neste trabalho o raciocínio dedutivo, partindo-se do estudo da proteção dos direitos fundamentais de forma ampla, na ordem externa e interna, para o estudo específico do tema problema vinculado aos atos praticados à revelia da parturiente que violaram os direitos fundamentais, a dignidade, a honra, a moral, a integridade física e psíquica da pessoa humana.

2 COMPREENDENDO DIREITOS FUNDAMENTAIS

A expressão *direitos fundamentais* apresenta conotações e conceitos diversos na ordem jurídica externa e interna. Para melhor compreensão do tema em estudo, Ommati (2018, p. 33), referindo-se a Ludwig Wittgenstein (1996), explica que o questionamento adequado "não é o que significam os direitos fundamentais, mas como devemos compreendê-los", razão pela qual, segundo José

Adércio Leite Sampaio (2004), os direitos fundamentais encerram um conceito com muitas concepções, persistindo uma disputa terminológica longe de ser pacificada. Na França, utiliza-se a expressão "liberdades públicas", nos Estados Unidos "direitos civis", na ordem internacional "direitos humanos". O Brasil adotou no título II, da Constituição da República a expressão "direitos e garantias fundamentais".

Ommati (2018, p. 36), com arrimo no pensamento de Ronald Dworkin (1999, 2002), compreende os direitos fundamentais como princípios ou argumentos de princípios, devendo os juízes sempre decidir os casos a eles submetidos com base em princípios, de modo a afirmar os direitos dos cidadãos. Portanto, cabe ao Estado brasileiro, aplicar e fazer respeitar os princípios constitucionais assegurados nos Art. 1º, III, 3º, IV, 4º II, 5º para efetivação dos direitos fundamentais.

Analisando os registros históricos, infere-se que há poucas décadas as mulheres efetivamente conquistaram internacionalmente direitos e espaço para discussão em defesa da igualdade de tratamento. A maior referência do êxito nesse pleito está representada pela "Universal Declaration of Human Rights" (UDHR, 1948), que firma no texto do Art. 1º, a igualdade de todos os seres humanos.

A luta das mulheres por igualdade de direitos é centenária, o primeiro "Dia Internacional da Mulher" foi celebrado em 28 de fevereiro de 1909 nos Estados Unidos. Aos 18 de março de 1910, o "Dia Internacional da Mulher" contou com a mobilização de mais de um milhão de pessoas na Áustria, Dinamarca, Alemanha e Suíça, todavia, inobstante o reconhecimento na Declaração de Direitos Humanos da ONU, o movimento tomou proporções internacionais relevantes a partir da década de 70, com a participação ativa de grupos feministas, até que em 1975, foi proclamado pela Organização das Nações Unidas (ONU) o "Ano Internacional da Mulher", instituindo-se a data de 8 de março como o "Dia Internacional da Mulher".

A proteção dos direitos das mulheres, conta com importante instrumento normativo internacional, expresso no texto da "Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women" (CEDAW)[87], adotada pela Resolução nº 34/180 da Assembleia Geral da ONU, em 18 de dezembro de 1979, ratificada pelo Brasil, por meio do Decreto 4.377, em 13 de setembro de 2002.

Mazzuoli (2018, p. 284), esclarece que, com o fim de examinar os progressos alcançados na aplicação da

[87] Trad.: Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.

Convenção, estabeleceu-se o Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, conhecido como "Comitê CEDAW". Na sequência, Mazzuoli destaca questão relevante atinente à Convenção, a propósito da falta de enfrentamento do tema da violência contra a mulher em seu texto, tendo versado apenas temas relativos ao âmbito da vida privada. Explica ainda que, esse fato levou o "Comitê CEDAW" a adotar, em janeiro de 1992, a Recomendação Geral nº 19,[88] que passou a considerar como discriminação contra as mulheres, nos termos do Art. 1º da Convenção de 1979, também a violência contra elas perpetradas, na esfera pública ou na privada.

Na órbita do sistema interamericano de direitos humanos, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, adotada pela Organização dos Estados Americanos (OEA), em 06.06.1994, ratificada pelo Brasil, por meio do Decreto 1.973, em 01.08.1996, consigna no seu texto a compreensão de violência contra a mulher como sendo (Artigo 1º) qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada; (Artigo 4º) protegidos os direitos a (a) que se respeite sua vida; (b) que se respeite sua integridade física,

[88] V. Cedaw. General Recommendation n. 19, A/47/38, de 29.01.1992.

mental e moral; (e) que se respeite a dignidade inerente à sua pessoa.

A partir de denúncia por violação de direitos humanos à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, caso 12.051, envolvendo Maria da Penha Maia Fernandes vs. Brasil, nova postura foi adotada pelo Estado Brasileiro que culminou com a promulgação da Lei nº 11.340/2006 visando coibir a violência contra a mulher.

Todos esses elementos histórico-jurídicos que alicerçam esta pesquisa, surgiram com o propósito de conferir à mulher igualdade de direitos, respeito à sua dignidade e integridade física, na esfera *pública* ou *privada*, amplitude que induz o exame da matéria no âmbito das relações horizontais entre particulares.

3 *HUSBAND STICK*, TRAIÇÃO ÍNTIMA

Ver-se-á neste tópico como os direitos e garantias fundamentais das mulheres estão sujeitos a violações no ambiente público ou privado, conforme as referências normativas abordadas a partir de atos praticados à revelia da vontade das mulheres em estado de vulnerabilidade, no momento do parto, em decorrência de um procedimento cirúrgico conhecido como *husband stick*.

No momento do parto, não há como pensar diferente, a parturiente, estando ou não sob efeito de

sedativos, encontra-se em estado de vulnerabilidade para tomada de qualquer decisão em relação a sua pessoa. Qualquer ato contrário a relação horizontal estabelecida entre médico e paciente, entre particulares, sem prévia informação e consentimento, que não seja relacionado ao parto, deve ser analisado com reservas e cautela. O desdobramento de qualquer ato contrário à vontade da parturiente constitui infringência aos direitos fundamentais e tem implicações civis, administrativas e penais, seja para o genitor da criança, seja para o profissional da saúde.

No momento do parto realiza-se ou não, segundo a necessidade, a Episiotomia, intervenção médica que consiste numa incisão efetuada na região do períneo para ampliar o canal de parto. Justifica-se esse método para realizar parto instrumentalizado, evitar sofrimento fetal, facilitar acesso para fletir a cabeça do bebê.

Este procedimento prévio também é alvo de polêmicas e a prática contestada por alguns profissionais. Segundo relato do médico Ginecologista e Obstetra Cláudio Basbaum (2015), no Brasil realizam-se Episiotomia em 53,5% dos casos, ao passo que a Organização Mundial de Saúde recomenda o percentual máximo de 10%. Acrescenta que há uma tendência a tornar a Episiotomia um procedimento seletivo e não sistemático, tendo em vista que não há comprovação

científica de benefícios. Afirma ainda que "a Episiotomia não é discutida previamente como deveria, com a paciente durante a gestação".

Na sequência do trabalho de parto, alguns médicos realizam o procedimento cirúrgico conhecido como *husband stick*, por algum tempo considerado como um mito, ao contrário do que se imagina, é bastante real, praticado indiscriminadamente, à revelia, sem informação adequada e sem consentimento expresso da parturiente. Referido ato consiste em costurar o órgão genital feminino após o parto em diâmetro menor do que o natural a fim de conferir maior prazer sexual ao marido, razão pela qual, adotou-se a expressão *husband stick*, utilizada pela primeira vez, segundo Lauren Vinopal (2017), por Sheila Helena Elizabeth Kitzinger (1994), ativista social.

Nesse contexto, a partir do momento que o profissional da saúde pratica atos sem o indispensável consentimento ou contrários à vontade da parturiente a relação de confiança entre médico e paciente resta-se quebrada.

Em razão das facilidades dos meios de comunicação, não é difícil encontrar em variados sítios da *internet* relatos denunciando médicos que fazem o procedimento questionado por mera liberalidade, sem informar previamente a parturiente, sem lhe perguntar se

concorda e verbalizam a pratica do ato ilícito durante a intervenção cirúrgica da seguinte forma: "e agora estamos fazendo isso" em vez de "você quer que façamos isso?" (trad. autor)[89]

Dentre outros casos, Vinopal (2017) relata acordos realizados às escuras, sem consentimento da paciente, entre médico e marido, entre rumores e aperto de mão, pelas costas das "mães sedadas", ou seja, em estado de vulnerabilidade.

A forma como são conduzidas as tratativas entre médico e marido, com a parturiente sob efeito de sedativo, expressa Vinopal (2017): "É a última traição íntima e um demônio energizado pela insegurança compreensível". (trad. autor)[90]

O procedimento objeto desse estudo deixa sequelas. Não se trata de um mero desconforto ou aborrecimento, mas de uma lesão de natureza grave, incapacitante, quiçá irreversível. Numa delas, relata Vinopal (2017), a paciente está incapacitada para correr.

Uma questão permanece sem resposta a respeito da existência ou não de uma conspiração do

[89] Original: "...and now we're doing this" instead of "do you want us to do this?" *in*: Discussion in 'EtcetEra' started by Stouffers, Mar 25, 2018.
[90] Original: "It is the ultimate intimate betrayal and a demon energized by understandable insecurity."

silêncio em torno do tema, cita Vinopal (2017): "A pergunta que permanece assustadoramente não resolvida para muitas mães é se há ou não uma conspiração do silêncio sobre o ponto do marido". (trad. autor)[91]

4 CONSENTIMENTO, RESPONSABILIDADE MÉDICA E DIREITO A INFORMAÇÃO

Os contratos em geral são permeados de princípios, dentre eles um de considerável importância emerge do tema problema em desenvolvimento: trata-se do princípio da autonomia privada, compreendida como o direito particular do indivíduo decidir conforme seus interesses, desde que não lese direito de terceiros.

Júnia Gonçalves Oliveira (2017, p. 115) cita que "o direito a dispor de seu próprio corpo é uma das características para se considerar uma sociedade livre, valorizando a autonomia privada assegurada pelo constituinte pátrio". E arremata ao afirmar que "o tratamento igualitário em busca da promoção das mulheres, demonstra a evolução do empoderamento feminino, ao fazer suas escolhas, principalmente em como dispor do próprio corpo". (ob. cit., p. 122)

[91] Original: "The question that remains frighteningly unresolved for many mothers is whether or not there is a conspiracy of silence about the husband stitch."

No tema em exame, a mulher, ao participar de uma relação contratual, tem o direito de decidir com liberdade e consciência acerca dos procedimentos médicos que irá se submeter. O respeito a essa vontade deve ser preservado pelo princípio da autonomia privada, sob pena de sucumbir em descrédito o ordenamento constitucional por vício de consentimento livre e consciente.

Sem o consentimento prévio e expresso da parturiente, em sã consciência, salvo caso de comprovada urgência, não haverá ato válido; haverá sim, afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana e da autonomia privada. O consentimento é *conditio sine qua non* para a exclusão da antijuridicidade. Alaércio Cardoso (2002, p. 178) reforça a ideia de que "para que possa ser considerado eficaz, é preciso que o consentimento exteriorizado de forma livre, ou seja, não pode estar viciado com quaisquer dos vícios do consentimento, quais sejam, o erro ou a ignorância, o dolo ou a coação". Tratar a mulher como objeto constitui grave lesão à sua dignidade, honra, moral, intimidade, vida privada, integridade física e psíquica.

A decisão da intervenção médica em estudo não pode ser tomada pelo marido à revelia da esposa, e nem o médico tem a faculdade de decidir, por si só, sobre a vida, a saúde e a integridade física de suas pacientes, sob pena

de incorrer, ambos, isolados ou concorrentemente, nas iras do Código Penal por lesão corporal, com as agravantes peculiares à espécie, além das sanções civis e administrativas. Panasco (1979, p. 45), referindo-se a Souza Lima (1924), registra advertência histórica acerca da responsabilidade médica:

> No Brasil, já em 1924, Souza Lima admoestava: No Brasil a condescendência para com os médicos é quase ilimitada e acarreta o grande inconveniente de confirmar no espírito público o errôneo e pernicioso preconceito de que realmente a carta de médico lhe confere o privilégio da irresponsabilidade e da impunidade profissional, que tantos epigramas e sarcasmos lhe têm valido.

Atualmente, não é sem razão que a Constituição da República prevê no Art. 5º, inc. XXXII, a obrigação do Estado promover a defesa do consumir; providência adotada com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei nº 8.078/90, que por sua vez, estabelece no Art. 6º, que são direitos básicos do consumidor: inc. I, a proteção da vida e da saúde e no inc. III, a informação adequada e clara sobre os diferentes serviços e os riscos que apresentem.

Para prevenir responsabilidades, o médico tem à sua disposição do *termo de consentimento informado*, todavia, não basta. O princípio da autonomia privada não pode, *exempli gratia*, ser mitigado por um

contrato de adesão criado no ambiente escuro e tormentoso da parcialidade por conta da massificação das relações consumeristas. O instrumento em questão deve ser utilizado adequadamente, caso contrário, não terá nenhuma eficácia e o médico irá responder por todos os danos causados e sofridos pela paciente.

Ensina Luiz Flávio Gomes (2018) que "o consentimento informado constitui direito do paciente de participar de toda e qualquer decisão sobre tratamento que possa afetar sua integridade psicofísica e o dever do médico alertar sobre os riscos e benefícios das terapêuticas envolvidas".

O médico tem o dever ético, moral e legal de informar e a paciente o direito de ser *adequadamente* informada de todos os procedimentos médicos que irá se submeter. Nesse cenário, deparamos com diversos instrumentos normativos que cercam a relação *horizontal* entre médico e paciente, devendo o profissional respeitar os direitos e garantias fundamentais da paciente.

Renan Boccacio (2013), esclarece que "o termo de consentimento informado tem por finalidade informar o paciente sobre as consequências que poderão advir do ato médico, informando os possíveis acontecimentos conhecidos da ciência da medicina". Portanto, a paciente que irá se submeter ao trabalho de

parto, tem o direito de ser informada de todos os atos médicos possíveis de serem realizados, seus benefícios e fatores de risco, *ad exemplum*, sobre o parto normal e a cesariana, a Episiotomia e o temido *husband stick.*

Na prática, o Superior Tribunal de Justiça, reconhece que a falta de informação prévia configura quebra de dever jurídico e negligência médica, *verbis:*

> Intervenção cirúrgica. Consentimento informado. Inobservância do art. 15 CC/02. Precedentes. Dano material. Perda de chance. Dano moral configurado. - O paciente deve participar na escolha e discussão acerca do melhor tratamento tendo em vista os atos de intervenção sobre o seu corpo. Necessidade de informações claras e precisas sobre eventual tratamento médico, salientando seus riscos e contraindicações, para que o próprio paciente possa decidir, conscientemente, manifestando seu interesse através do consentimento informado. No Brasil, o Código de Ética Médica há muito já previu a exigência do consentimento informado *ex vi* arts. 46, 56 e 59 do atual. O CC/02 acompanhou a tendência mundial e positivou o consentimento informado no seu art. 15. A falta injustificada de informação ocasiona quebra de dever jurídico, evidenciando a negligência e, como consequência, o médico ou a entidade passa a responder pelos riscos da cirurgia não informados ao paciente. A necessidade do consentimento informado só poderá ser afastada em hipótese denominada pela doutrina como privilégio terapêutico, não ocorrentes no presente caso. (REsp

1035346 pub. em 24.3.2008. Rel. Min. Francisco Falcão)

Um novo tema resplandeceu no cenário jurídico após a ruptura com o regime militar. Trata-se dos *direitos comunicativos*, tema inusitado abordado com maestria por Mazzuoli (2018, p. 457), quando conceitua a disciplina como sendo "o conjunto dos direitos relativos a quaisquer formas de expressão ou de recebimento de informações".

Descortina-se nesse horizonte o desafio de conciliar direitos, deveres e obrigações entre aqueles que exercerão a liberdade de comunicação e aqueles que serão afetados por ela. No Estado Democrático de Direito, o exercício da cidadania faz-se por meio dos incontáveis instrumentos de comunicação, que não poderão sofrer violação, senão as restrições previstas em lei com a finalidade de prevenir litígios e preservar direitos igualmente assegurados constitucionalmente. É através da comunicação que se pode proporcionar a liberdade de conhecer os direitos, deveres e obrigações, pois, o cidadão só conseguirá lutar pelos seus direitos se os conhecer previamente.

O Código de Ética Médica traz no Capítulo IV tema sobre aos *Direitos Humanos*, onde se lê nos Art. 46, 48, 56 e 59 a ideia de respeito ao paciente com base no "consentimento informado" e o dever de informação por parte do médico.

Segundo o texto legal, o médico tem por dever informar previamente a paciente sobre os benefícios e riscos de todo procedimento de parto, cabendo à paciente o direito de expressar seu consentimento ou não com determinado ato. Sobre o tema em exame, não cabe ao marido e muito menos ao médico, decidir à revelia da paciente, principalmente quando ela se encontrar sob efeito de sedativos no ambiente hospitalar, totalmente incapaz de avaliar e consentir sobre determinada intervenção cirúrgica. Feito isso, André Canuto (2012), afirma que "a relação estará mais equilibrada, uma vez que o médico terá respeitado a dignidade humana do paciente".

5 DIREITOS FUNDAMENTAIS NA RELAÇÃO HORIZONTAL

A relação objeto deste estudo, estabelecida entre médico e paciente insere-se no contexto da relação privada, entre particulares ou interindividuais. Nesse plano jurídico, questiona-se a aplicação, efeitos e eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, interindividuais ou entre particulares.

Thiago Penido Martins (2016a, p. 46), materializa o problema segundo indagação formulada por Joaquim José Gomes Canotilho (2003, p. 1.151):

> Em termos tendenciais, o problema pode enunciar-se da seguinte

> forma: as normas constitucionais consagradoras de direitos, liberdades e garantias (e direitos análogos) devem ou não devem ser obrigatoriamente observadas e cumpridas pelas pessoas privadas (individuais e coletivas) quando estabelecem relações jurídicas com outros sujeitos jurídicos privados?

A relação entre direito privado e direitos fundamentais, afirma Virgílio Afonso da Silva (2005, p.50), pode ser vista como uma relação conflituosa e explica: "basta que seja mencionada a autonomia privada de um lado e a inalienabilidade e a irrenunciabilidade dos direitos fundamentais, de outro".

No entanto, encontra-se superado o entendimento tradicional de que os direitos fundamentais se limitam às relações verticais entre Estado e cidadão, isso por que, os direitos fundamentais irradiam efeitos nas relações privadas, incluindo-se todos os particulares, em todas as relações entre si. A propagação dos efeitos dos direitos fundamentais, nas palavras de Martins (2016b, p. 95), pode ser assim registrada:

> É possível sustentar, em essência, que a questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico privadas é uma decorrência lógica do fenômeno da constitucionalização do direito privado, que traz consigo a ideia de irradiação dos efeitos das normas constitucionais sobre o ordenamento jurídico, inclusive das normas constitucionais de direitos fundamentais.

Observa-se da leitura do texto da Constituição da República um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, porém, sem estabelecer vinculação expressa do Estado ou dos particulares aos direitos fundamentais, limitando-se a dispor no parágrafo primeiro a "aplicação imediata" para estas disposições constitucionais. O silêncio, porém, não implica afastar aqueles direitos e garantias das relações envolvendo Estado e cidadão, ou entre particulares, tese defendida por Sarlet (2007, p. 360):

> A omissão do Constituinte não significa, todavia, que os poderes públicos (assim como os particulares) não estejam vinculados pelos direitos fundamentais. Tal se justifica pelo fato de que, em nosso direito constitucional, o postulado da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais (art. 5º, §1º, da CF) pode ser compreendido como um mandado de otimização de sua eficácia, pelo menos no sentido de impor aos poderes públicos a aplicação imediata dos direitos fundamentais, outorgando-lhe, nos termos desta aplicabilidade, a maior eficácia possível.

No cenário internacional, semelhantes dispositivos constitucionais corroboram o entendimento firmado pela Constituição da República Federativa do Brasil quanto a aplicação dos direitos fundamentais na relação privada, *ad exemplum:*

> Artigo 18.º 1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos,

> liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. (Constituição da República Portuguesa)
>
> Art. 35 Upholding of fundamental rights 1 Fundamental rights must be upheld throughout the legal system. 2 (...) 3 The authorities shall ensure that fundamental rights, where appropriate, apply to relationships among private persons. (Federal Constitution of the Swiss Confederation, of 18 April 1999 (Status as of 1 January 2018)

A evolução das relações capitalistas favoreceu o surgimento do poder privado exercido por grandes grupos econômicos na seara das relações entre particulares, compelindo a intervenção estatal para equilibra-la por meio dos direitos e garantias fundamentais. Nessa linha de raciocínio, Martins (2016, p. 44), expõe seu pensamento, afirmando que:

> O exercício do poder social pelos agentes econômicos no âmbito de suas relações jurídicas particulares traz consigo reflexos e sérias implicações para a teoria dos direitos fundamentais, haja vista que constatou-se que não somente o poder público, mas também os poderes privados, constituem séria ameaça aos direitos fundamentais, em razão de sua inquestionável capacidade de impor limites e restrições ao seu exercício, até o ponto de ocasionar a sua supressão.

A existência de ameaça aos direitos fundamentais pelo poder econômico na relação privada e a necessidade

de uma nova reformulação do pensamento sobre o tema é explicada por Martins (2016, p. 45), *verbis*:

> A constatação de que os poderes privados também constituem ameaças aos direitos fundamentais reflete sobre a própria imagem destes, tornando necessária a reformulação da concepção que lhes atribui natureza de liberdades públicas, direitos públicos subjetivos, direitos de defesa, cuja função precípua seria proteger os indivíduos contra as indevidas ingerências estatais no âmbito de sua esfera privada, no exercício dos direitos fundamentais à liberdade, propriedade, intimidade, integridade, dentre inúmeros outros.

Mister a proteção dos cidadãos nas relações privadas, explicada por MARTINS (2016, p. 46) baseado no pensamento de Sarmento (2008, p.12), segundo o qual:

> Desde a concepção e advento das teorias contratualistas, os direitos fundamentais também tinham por objetivo a proteção dos indivíduos em relação aos seus semelhantes, destacando, inclusive, que esta é uma das justificativas para a existência do Estado, que teria sido criado pelo contrato social com o dever de proteger os direitos fundamentais das violações ocasionadas por particulares e por ele próprio.

Nesse sentido, Wanderley Lacerda Panasco (1979, p. 2), na linha da teoria contratualista, leciona que "a relação médico-paciente, tanto no sentido específico do profissional autônomo, como nas organizações

hospitalares privadas ou públicas, emerge numa condição contratual e, portanto, adquire vínculos obrigacionais".

Corroborando a linha de pensamento a respeito da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, Silva (2005, p. 52), defende que:

> Uma das principais mudanças de paradigma que, no âmbito do direito constitucional, foram responsáveis pelo reconhecimento de uma constitucionalização do direito e, sobretudo, de um rompimento nos limites de produção de efeitos dos direitos fundamentais somente à relação Estado-cidadãos foi o reconhecimento de que, ao contrário do que uma arraigada crença sustentava, não é somente o Estado que pode ameaçar os direitos fundamentais dos cidadãos, mas também outros cidadãos, nas relações horizontais entre si.

Silva (2005, p. 57), elucida a questão do problema em estudo, ao tratar do direito civil constitucional referindo-se a Leonardo Mattietto (2000, p. 167), quando fundamenta a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares recorrendo ao disposto no § 1º, do Art. 5º, da Constituição da República:

> Tal aplicação [*dos direitos fundamentais*] deve ocorrer nas relações entre particulares, abrigadas no campo civilístico. Os valores e princípios constitucionais devem ter a sua eficácia reconhecida, ademais, não somente quando assimilados pelo legislador ordinário, que os tenha transportado para a legislação infraconstitucional, mas também diretamente às relações entre os

> indivíduos (a denominada eficácia direta), inclusive em virtude da determinação segundo a qual 'as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata'.

Encerra-se este tópico corroborando o entendimento de ser possível a aplicação, efeitos e eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, interindividuais ou entre particulares, inobstante o silêncio do texto constitucional a esse respeito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inúmeros instrumentos legais em defesa dos direitos das mulheres orbitam na seara internacional e nacional, todavia, mostram-se insuficientes para conferir efetividade desejada segundo sua força normativa.

Os profissionais da saúde ainda se nutrem do sentimento de impunidade quando deixam de prestar informações adequadas aos pacientes e realizam, por conta e risco, intervenções cirúrgicas como o *husband stick*, sem consentimento expresso, a despeito das normas constitucionais, penais, civis e éticas.

O esforço para alcançar a desejada efetividade das normas instituídas em defesa dos direitos das mulheres deve ser conjunto envolvendo Estado, comunidade,

organizações privadas, organizações não governamentais e cidadãos.

A relação horizontal firmada entre médico e parturiente, objeto deste estudo, se insere nesse contexto de proteção dos direitos fundamentais, atraindo aplicação, efeitos e eficácia dos instrumentos normativos inerentes ao exercício destes direitos constitucionais, com arrimo doutrinário e no Art. 5º, *caput,* e seus parágrafos, da Constituição da República, competindo aos poderes da União (Art. 2º, CRFB), garantir maior efetividade aos direitos fundamentais segundo o caso concreto.

REFERÊNCIAS

BASBAUM, Cláudio. Episiotomia. Disponível em: <https://www.minhavida.com.br/familia/materias/18403-episiotomia-entenda-quando-o-corte-do-perineo-e-mesmo-necessario-no-parto-normal> 31.3.2015. Acesso em 16 out. 2018.

BOCCACIO, Renan. Do termo de consentimento informado em face da responsabilidade civil médica. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3745, 2 out. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25435>. Acesso em: 15 out. 2018.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANUTO, André. O dever de informação no Código de Ética Médica. Disponível em: <https://acadvocacia.wordpress.com/2012/05/01/o-dever-de-informacao-no-codigo-de-etica-medica/> maio, 2012. Acesso em 16 out. 2018.

CARDOSO. Alaércio. Responsabilidade civil e penal dos médicos nos casos de transplantes. Belo Horizonte. Ed. Del Rey. 2002.

CEDAW. General Recommendation n. 19. General recommendations made by the Committee on the Elimination of Discrimination against Women. <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm.htm> Acesso em 16 out. 2018.

Constituição da República Portuguesa. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> Acesso em 16 out. 2018.

Federal Constitution of the Swiss Confederation. Disponível em: <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19995395/201801010000/101.pdf> Acesso em 16 out. 2018.

Convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm> Acesso 16 out. 2018.

Dia Internacional da Mulher. <https://seuhistory.com/hoje-na-historia/onu-oficializa-o-dia-internacional-da-mulher> Acesso em 16 out. 2018.

GOMES, Luiz Flávio. O que se entende por Princípio do Consentimento Informado? Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1061643/o-que-se-

entende-por-principio-do-consentimento-informado> Acesso em: 15 out. 2018.

Husband stick. <https://www.resetera.com/threads/the-husband-stitch.31898/> Mar 25, 2018. Acesso em 10 out. 2018.

KITZINGER, Sheila Helena Elizabeth. The Year after Childbirth: Surviving and Enjoying the First Year of Motherhood, Scribner. 1994.

MARTINS, Thiago Penido. Contratos de planos de saúde. Curitiba. Ed. Juruá. 2016a.

MARTINS, Thiago Penido. Discriminação nas relações contratuais. Belo Horizonte. Ed. D'Plácido. 2016b.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de Direitos Humanos. 5. ed., rev. atual. ampl. Rio de Janeiro. Forense. São Paulo. Ed. Método. 2018.

MITTIETTO, Leonardo. O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos. In: Gustavo Tepedino (coord.) Problemas de direito civil constitucional.

OLIVEIRA, Júnia Gonçalves. MARTINS, Thiago Penido. (org.) Análise da constitucionalidade da vedação legal à laqueadura tubária: tutela do direito fundamental ao próprio corpo. In: Judicialização da vida privada. Belo Horizonte. Ed. D'Plácido. 2017.

OMMATI, José Emílio Medauar. Uma teoria dos direitos fundamentais. 5 ed. Rio de Janeiro. Ed. Lumen Juris. 2018.

PANASCO, Wanderby Lacerda. A responsabilidade civil, penal e ética dos médicos. Belo Horizonte. Ed. Forense. 1979.

Resolution UN n. 34/180. Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women. <http://www.un-documents.net/a34r180.htm> Acesso em 16 out. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 8ª ed. ver. atual. e ampl. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2007.

SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes. Direitos fundamentais e relações privadas. 2ª ed. Rio de Janeiro. Ed. Renovar. 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da Silva. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. Malheiros Editores. São Paulo. 2005.

SOUZA LIMA. Medicina Legal. 4ª ed. Rio de Janeiro, Livraria Editora Leite Ribeiro. 1924.

Universal Declaration of Human Rights. Disponível em: <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/index.html> Acesso em 15 out. 2018.

VINOPAL, Lauren. Who's Afraid of the 'Husband Stick'? Disponível em: <https://www.fatherly.com/health-science/why-parents-fear-husband-stitch/> Aug, 17 2017. Acesso em 16 out. 2018.

Women's Human Rights. <https://www.globalfundforwomen.org/womens-human-rights/#.W8S-fvZFxdg> Acesso em 15 out. 2018.

ESCOLA CIDADÃ: O LÓCUS PARA MEDIAÇÃO SOCIAL, INTEGRAÇÃO CULTURAL E DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DAS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE REFÚGIO

CITIZEN SCHOOL: THE LOCUS FOR SOCIAL MEDIATION, CULTURAL INTEGRATION AND PROMOTION OF THE HUMAN RIGHTS OF PEOPLE IN SITUATIONS OF REFUGE

Daniele Aparecida Gonçalves Diniz Mares
Tatiane Gonçalves Mendes Faria

Resumo: Os instrumentos normativos de proteção dos direitos humanos das pessoas em situação de refúgio, não têm se mostrado suficientes à efetivação dos direitos desse grupo. Não obstante o tratamento dispensando pelos países acolhedores, ainda se observa que o recebimento dessa categoria de migrantes é sinônimo de segregação e desigualdade, destacadamente, pela intolerância deflagrada pela diversidade cultural entre o refugiado e o cidadão nacional. É nesse viés de integração e interpenetração cultural proclamado pela Constituição da República do Brasil que a mediação pode servir como uma proposta dialógica, promovendo, além do reconhecimento das necessidades humanas e extensão de cidadania aos refugiados, o enriquecimento cultural do país acolhedor, considerando-se a incompletude de cada povo e cultura. Por meio da pesquisa bibliográfica e documental, demonstrou-se que o simples recebimento de refugiados, sem lhes proporcionar o mínimo necessário, os torna pessoas à margem dos direitos. Assim, a emancipação ensejada pelo agir comunicativo existente na mediação social, no âmbito escolar, promoverá uma transformação nas relações sociais entre refugiados e aqueles indivíduos pertencentes ao país acolhedor, permitindo-se a

interculturalidade que, por sua vez, tem o condão de promover a evolucionariedade do país acolhedor e a efetivação dos direitos humanos.

Palavras-chave: escola cidadã; refugiados; interculturalidade; mediação social; direitos humanos

Abstract: The normative instruments of protection of the human rights of the people in situation of refuge, have not been shown sufficient to realize the rights of this group. Despite the treatment provided by the host countries, it is still observed that the reception of this category of migrants is synonymous with segregation and inequality, mainly due to the intolerance caused by the cultural diversity between the refugee and the national citizen. It is in this bias of integration and cultural interpenetration proclaimed by the Constitution of the Republic of Brazil that mediation can serve as a dialogical proposal, promoting, besides the recognition of human needs and extension of citizenship to refugees, the cultural enrichment of the welcoming country, considering the incompleteness of every people and culture. Through bibliographic and documentary research, it has been shown that simply receiving refugees, without providing them with the minimum necessary, makes them people on the margins of rights. Thus, the emancipation brought about by the communicative action existing in social mediation, in the school environment, will promote a transformation in the social relations between refugees and those individuals belonging to the welcoming country, allowing the interculturality which, in turn, has the power to promote the evolution of the welcoming country and the realization of human rights.

Keywords: citizen school; refugees; interculturality; social mediation; human rights

Introdução

A presente pesquisa tem como objetivo geral a análise crítica da conhecida "crise dos refugiados" numa perspectiva de cidadania conclamada pela Constituição da República do Brasil que engloba os direitos humanos daqueles que se vêem obrigados a deixar seus países, familiares e memórias em busca de condições dignas de sobrevivência.

Além disso, pretende-se analisar a problemática da integração dos refugiados, a partir dos benefícios advindos das técnicas integrativas e dialógicas de promoção da interculturalidade.

A escolha do tema proposto justifica-se em razão de sua relevância prática e teórica, considerando-se que o fenômeno migratório visto na maioria dos casos como algo negativo e dispendioso, tem sido um espaço de proliferação ultrajante dos direitos humanos, mormente considerando que a mera tolerância de permanência em território não significa acolhida de refugiados, mas em ominosa segregação.

Por essas razões, esclarecer-se-á ao longo do debate proposto, o verdadeiro sentido de se acolher pessoas em situação de refúgio, à luz da Constituição da República do Brasil e das legislações internacionais de direitos humanos, ensejando condições dignas a esses indivíduos que sofrem com a abrupta necessidade de se afastarem de suas rotinas deixando, não só a maioria de seus bens materiais, mas também toda memória de seu povo.

Nesse viés, será apresentada a mediação social, no âmbito escolar, como instrumento de promoção de dignidade humana e verdadeira integração entre povos e culturas.

Além disso, pretende-se demonstrar que, embora pareça um fardo o acolhimento de migrantes, pode se tratar de oportunidade de enriquecimento cultural, social e, até mesmo econômico, quando os refugiados deixarem de ser tratados como objeto de direito e passarem a ser tratados como sujeitos de direitos.

E, a partir dessa mudança na perspectiva, o empoderamento promovido pela mediação, através de uma comunicação dialógica entre essas pessoas, detentoras de vasto conhecimento e experiências e aquelas que os recebem poderá provocar uma fusão e troca de aprendizado, num espetáculo humanístico e cultural.

No decorrer do trabalho pretende-se levantar aporias e problematizar o debate do tema na perspectiva crítico-epistemológica, evidenciando a existência da porosidade da proposta apresentada, de modo a estimular outros debates e reflexões.

A princípio, serão apresentadas as aludidas digressões históricas acerca dos direitos humanos e refugiados, traçando-se os principais contornos e objetivos legislativos, bem como suas inconsistências e inconveniências práticas e o papel da escola no estado democrático de direito.

Na sequência, será realizada uma análise conceitual da mediação, explorando, especialmente os delineamentos do modelo transformativo da mediação sociocultural ou intercultural e sua aplicabilidade nas questões atinentes aos direitos humanos dos refugiados.

Analisar-se-á, por fim, a necessidade do aprimoramento do acolhimento aos refugiados, com a ampliação e implementação da mediação sociocultural, destacadamente, em ambiente escolar, como forma de integração das diversas culturas existentes e efetivação dos direitos humanos desse grupo.

Foi nesse contexto propositivo que se delimitou o objeto da pesquisa: a concessão de refúgio tem sido realizada de modo a garantir os direitos humanos dos

migrantes? A opção pela integração dos refugiados e a promoção da interculturalidade não beneficia o país acolhedor e, de forma reverberada, ao desenvolvimento dos povos em situação de vulnerabilidade?

Através da pesquisa bibliográfica e documental, foi possível problematizar o debate teórico da temática proposta, ultrapassando-se a abordagem dogmática, para, assim, apresentar uma leitura crítica de institutos trazidos como referenciais das resoluções de conflitos de direitos humanos sob o prisma dos refugiados. A escolha do raciocínio dedutivo viabilizou a delimitação do objeto pesquisado, partindo-se de uma concepção macroanalítica, qual seja, o estudo da situação dos refugiados, em condição, muitas vezes análogas à de escravos e a possibilidade de se promover uma consciência dos benefícios advindos com a interculturalidade, através da abordagem pontual da mediação, especialmente a sociocultural, no viés transformativo e no âmbito escolar, como ferramentas hábil a assegurar os direitos humanos aos refugiados.

1. Direitos Humanos e a regulamentação protetiva dos refugiados

Os direitos humanos, assim compreendidos como aquela categoria de direitos originários dos direitos dos

homens, mas que deles se distinguem em razão de sua normatização no cenário internacional são ou pretendem ser a base ideológica e valorativa fundante das legislações internas de cada estado, sem limitação geográfica ou de qualquer outra ordem.

Historicamente, os direitos humanos tomaram os contornos hoje conhecidos, a partir da segunda metade do século XX, no cenário de pós guerra onde se fazia premente e urgente a estipulação de garantias aos indivíduos em detrimento de atos de barbáries praticados de forma inescrupulosa por estados.

O marco consolidador das garantias, consideradas inerentes à pessoa humana, foi a instituição da paradigmática Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, a qual, positivou os direitos civis e políticos de maneira universal.

A partir do reconhecimento da necessidade de se preservar e garantir os direitos humanos a todos os indivíduos e, diante da irrefutável e malgrada realidade de migração forçada de pessoas que buscam preservar a própria vida, segurança, liberdade, em razão de violência generalizada, conflitos internos, violação massiva dos direitos humanos, catástrofes ambientais e outras circunstâncias pertubadoras da ordem pública de seus

países de origem, tornou-se imperiosa a regulamentação da situação de refúgio.

Nesse viés, destaca-se, no cenário internacional a Convenção de Genebra relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 1951, a qual, estabelece a conceituação de refugiados, bem como traça os contornos para implementação e regulamentação da matéria em cada ordem interna. A aludida Convenção, em razão de sua limitação temporal e geográfica, sofreu substancial alteração, pelo Protocolo Sobre o Estatuto dos Refugiados, datado de 1966 e, segundo as lições de Valério de Oliveira Mazzuoli:

> (...) considera-se então "refugiado" qualquer pessoa: (q)eu, temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele.(...) (MAZZUOLI, 2017).

A partir da elaboração desses dois mencionados instrumentos globais de proteção aos refugiados, desenvolveram-se outros de âmbito regional, como a Convenção Relativa aos Aspectos Específicos dos

Refugiados Africanos, datado de 1969, bem como a Declaração de Cartagena sobre refugiados, de 1984.

Os instrumentos regionais, além de reafirmarem o propósito de proteção consagrado na Convenção de Genebra de 1951, amplia a abrangência do conceito de refugiados de modo a atualizar a regulamentação com os acontecimentos mundiais, especialmente, a violência generalizada e violação massiva de direitos humanos.

No âmbito interno, verifica-se em 1980 a edição do estatuto do estrangeiro, Lei nº 6.815, o qual regulamentou a entrada e saída de estrangeiros no Brasil.

Mais tarde, o Brasil se destaca no ano de 1997 com a edição da Lei 9474, sendo, a primeira lei nacional a implementar um tratado de direitos humanos no Brasil, e a lei latino-americana mais ampla já existente no tratamento da questão. (MAZZUOLI, 2014).

Em 2017, o Brasil avança de forma exponencial ao editar a lei de migração, a qual, em que pese às restrições realizadas por seu decreto regulamentador, visa, sobretudo, a integração e promoção de cidadania e dignidade às pessoas em situação de refúgio.

A ideia de direitos humanos sob a ótica dos refugiados está relacionada diretamente com a ideia de

cidadania compreendida como um dos eixos de justiça política e como democratização de relações para a sustentação da diversidade (GUSTIN. *et al*, 2017), senão vejamos:

> (...) Deve-se, portanto, garantir aos indivíduos e coletividades oportunidade que lhes permitam adquirir capacidades efetivas de minimização dessas privações ou sofrimentos graves e, assim, ampliar as potencialidade de atividade criativa de cada um. Em face disso, supõe-se que a pré-condição indispensável para que isso ocorra é a superação das necessidades humanas pela realização dos pressupostos da cidadania como um dos eixos da justiça política (...).(GUSTIN. *et al*,2017)

Não se pode olvidar que a cidadania é um valor caro, especialmente em estados democráticos, e a sua implementação, além de desafiadora é um objetivo a ser alcançado e, numa sociedade culturalmente diversa e plural, a tarefa é mais complexa, já que:

> (...)O desafio é transformar a diversidade cultural em multiculturalidade progressiva, em uma interpenetração cultural permanente, uma interculturalidade. Isso só se realiza por meio do diálogo critico entre culturas, as camadas sociais e seus direitos, em um processo de interculturalidade ou transculturalidade (...). (GUSTIN. *et al*, 2014)

A situação de implementação dos direitos dos refugiados e de efetivação da cidadania desse grupo, o que é aqui trabalhado, é ainda mais árduo.

Com esse propósito, Karl-Otto Apel conclui que:

> Independentemente dos sucessos ou fracassos na eliminação de guerras e implantação dos direitos humanos, os seguintes pontos parecem claros para mim:
>
> 1) As tentativas reiteradas de implantar uma ordem de paz e de direito cosmopolita correspondem a um dever moral dos homens (Kant).
>
> 2) A necessidade moralmente justificável de uma ordem de paz e de direito internacional, politicamente efetiva, implica pelo menos que se aceite a convivência regrada de várias culturas, isto é, de nações diferentes, de formas de vida e de tradições religiosas diferentes numa sociedade cultural, pois:
>
> 3) A decisão livre de pertencer a determinada comunidade cultural, por exemplo, a uma comunidade étnico-lingüística, constitui por si mesma um direito humano individual a ser reconhecido numa ordem de direito cosmopolita. Pois, não é possível respeitar a identidade individual de uma pessoa sem que se respeite, ao mesmo tempo, sua livre pertença a uma tradição cultural. (APEL, 2000)

Certo é, que se deve evitar a distinção de pessoas como sendo de primeira e segunda classe ou, aquelas que têm acesso a todos os direitos e as que não têm, pois o

reconhecimento é uma necessidade humana vital e precisa ser considerada (TAYLOR *apud* GUSTIN, 2017).

A ordem interna brasileira nos remete à necessidade de garantia da multiculturalidade ao estabelecer no art.5º da Constituição da República a proibição de qualquer distinção, seja ela de que natureza for.

Não obstante os regramentos legais a respeito de política de proteção internacional e interna de refugiados, a realidade mostra-seainda dissonante das propostas legais, sendo que a integração e dignidade dos migrantes forçados ainda é uma meta a ser buscada.

Elucida (VOLPINI, 2017, *apud* PIOVESAN) que a própria situação de refúgio já é atentatória dos direitos humanos:

> (...)Quando se relaciona refugiados e direitos humanos, imediatamente percebe-se uma conexão fundamental: os refugiados tornam-se refugiados porque um ou mais direitos fundamentais são ameaçados. Cada Refugiado é consequência de um Estado que viola os direitos humanos. Todos os refugiados têm sua própria história – uma história de repressão e abusos, de temor e de medo. Há que se ver em cada um dos homens, mulheres e crianças que buscam o refúgio o fracasso da proteção dos direitos humanos em algum lugar. (...) (PIOVESAN, 2001, p.38)(PIOVESAN *apud* VOLPINI, 2017).

Assim, o reconhecimento dos refugiados como cidadãos, dotados de direitos e deveres demanda, sobretudo, uma mudança social, impondo-se um olhar inclusivo e humano por parte do país acolhedor.

Não é crível que se continue enxergando os refugiados como *outsiders*, estranhos em razão de pertencerem à outra localidade ou comunidade e, portanto, indignos de real acolhimento (MOREIRA, 2014).

E continua:

> (...)Kuhlman a define como o processo mediante o qual os refugiados mantêm sua própria identidade, mas se tornam parte da sociedade acolhedora à medida que possam conviver juntos com a população local de modo aceitável. O conceito de integração local, para o autor - assim como para Crisp -, não significa assimilação dos refugiados na sociedade em que passam a viver, ou seja, não se espera que eles abandonem sua própria cultura, tornando-se indistinguíveis da comunidade local. A ideia é que nacionais e estrangeiros possam ajustar seus comportamentos e atitudes entre si, demandando um esforço dos nacionais para entender o diferente e o direito do estrangeiro de preservar seu repertório cultural de origem. (...) (MOREIRA, 2014).

Não se pode, então, pensar os refugiados apenas na perspectiva burocrática do recebimento, mas conferir-lhes cidadania plena.

Destarte, seja considerando os escopos que permeiam a própria ideia de democracia, seja pela impossibilidade de se negar a existência de múltiplas culturas, torna-se imperiosa a busca por essa frutífera dialogicidade, a qual, conforme se propõe neste estudo, poderá ser implementada através da emancipação promovida pelo agir comunicativo que se propõe a mediação escolar como forma de promoção de cidadania aos refugiados.

2. Mediação e mediação sociocultural

Cada vez mais, o diálogo é reconhecido como melhor via a ser adotada nas soluções dos conflitos, especialmente, considerando a imediatidade e a sobrepujança verticalizada que muitas vezes permeiam as relações, sejam elas entre indivíduos, entre indivíduos e estados e entre estados.

A mediação, enquanto instrumento cujo primado é o diálogo, tem-se mostrado como experiência positiva na tentativa de promoção e integração dos mais variados aspectos indentitários dos indivíduos, cabendo destaque a balizada conceituação realizada na obra Entre iguais e diferentes: a mediação intercultural:

> A mediação é um procedimento que privilegia a cooperação e a participação dos mediados na procura de uma solução para os seus conflitos ou problemas, mutuamente satisfatória e potencialmente duradoura. Ao promover a participação na construção das soluções satisfatórias, promove simultaneamente a aprendizagem da cooperação, a construção dos laços sociais e a coesão social. (REIS, *et al,* 2016)

Apesar de sua existência milenar, a mediação, na década de 70 ganhou contornos e características diferenciadas, sendo considerada como forma de solução alternativa de disputas (*alternative dispute resolution*), juntamente com outros métodos consensuais de resolução de conflitos, como a conciliação, a negociação direta e a arbitragem.

A mediação se destaca pelo caráter voluntário e pelo diálogo, sendo a partilha de ideias promovida por um terceiro facilitador que auxiliará os envolvidos na construção das alternativas à solução da controvérsia. Trata-se de uma solução criada pelas próprias partes, que, após a troca de experiências promovida pelo diálogo, conseguem identificar os males do conflito e concluírem pela resolução de forma consensual.

A mediação se apresenta nas mais variadas e nobres vestimentas, a depender da natureza do conflito a ser trabalhado e da corrente teórica escolhida.

Impende destacar os três modelos de mediação propostos por linhas teóricas que distinguem os métodos a serem desenvolvidos no procedimento mediatório, quais sejam, a escola de Harvard que se concentra no conflito, visando à satisfação das pretensões dos envolvidos; a escola transformativa que se envolve com o processo de mudanças das relações interpessoais, mantendo ou recuperando laços sociais através do reconhecimento e aceitação das diferenças entre as partes e a escola circular-narrativa que privilegia o conteúdo, promovendo uma reflexão dialógica das partes.

A partir da linha teórica escolhida desenvolvem-se as mais variadas formas de mediação, como a comunitária, escolar, institucional, intercultural, etc., valendo ressaltar que não existe uma hierarquia entre os modelos de mediação, cabendo a sua escolha, conforme as peculiaridades de cada caso.

No âmbito dos conflitos decorrentes do multiculturalismo e direitos humanos, valemo-nos do que conhecemos como mediação intercultural ou sociocultural, cuja base teórica é a transformação das relações sociais e o conceito é trazido de forma exemplar por Romero Giménez:

> (...) Entendemos la Mediación Intercultural —o mediación social en contextos pluriétnicos o multiculturales— como una modalidad de intervención de terceras partes, en y sobre situaciones sociales de multiculturalidad significativa, orientada hacia la consecución del reconocimiento del Otro y el acercamiento de las partes, la comunicación y comprensión mutua, el aprendizaje y desarrollo de la convivencia, la regulación de conflictos y la adecuación institucional, entre actores sociales o institucionales etnoculturalmente diferenciados (...). (Giménez, 1997)[92]

Ao tratarmos da mediação sociocultural ou intercultural é importante considerarmos que tal técnica está além de um mero mecanismo de solução de controvérsias, já que permite uma verdadeira transformação através do processo de aprendizagem e de novas formas de sociabilidade.

Nessa senda, a mediação intercultural ou sociocultural possui o condão transcendental de resolver os conflitos, indo além dos limites territoriais e culturais, restabelecendo e fortalecendo os laços sociais entre

[92]Entendemos mediação intercultural - ou mediação social em contextos pluriétnicos ou multiculturais - como uma modalidade de intervenção de terceiros, em e sobre situações sociais de multiculturalismo significativo, orientada para o reconhecimento do Outro e a aproximação das partes, comunicação e comunicação. a compreensão mútua, a aprendizagem e o desenvolvimento da convivência, a regulação dos conflitos e a adaptação institucional, entre atores sociais ou institucionais diferenciados etnoculturalmente. (tradução livre)

estados e indivíduos inseridos em comunidades de diferentes bases culturais.

Assim, entender o conflito e dispensá-lo tratamento adequado, poderá resolvê-lo com mais eficiência e definitividade, já que o mesmo é inerente à condição humana e, portanto, inevitável (VASCONCELOS, 2015).

Tem-se, por óbvio, que o mero recebimento e autorização de permanência em território brasileiro aos refugiados não são suficientes, sendo imperioso prover-lhes as mínimas condições de dignidade, considerando as necessidades que o ser humano, dotado de uma potencialidade de atividade criativa e interativa possui, quais sejam, a de sobreviver, a de integração societária, de identidade e de maximização das competências coletivas e individuais de atividade criativa. (GUSTIN. 2014).

Assim, as necessidades acima elencadas, destacadamente a de integração societária, de identidade e a de maximização das competências coletivas e individuais de atividade criativa, podem ser alcançadas a partir da promoção de uma emancipação desses indivíduos em situação de refúgio, o que se torna possível através do agir comunicativo provocado pela mediação.

Importante destacar que a partir da emancipação dos refugiados pelo diálogo cultural, abre-se para o país

acolhedor, a possibilidade de ampliação de suas habilidades e resolução de problemas relacionados à incompletude de cada estado.

Nesse sentido, são os ensinamentos de (SANTOS, 1997) "É que todas as culturas são incompletas e problemáticas nas suas concepções de dignidade humana. A incompletude provém da própria existência de uma pluralidade de culturas, pois, se cada cultura fosse tão completa como se julga, existiria apenas uma só cultura".

Segue o mesmo autor esclarecendo que:

> (...)Oswald de Andrade sabe que a única verdadeira descoberta é a auto-descoberta e que esta implica presentificar o outro e conhecer a posição de poder a partir do qual é possível a apropriação seletiva e transformadora dele (Andrade, 1990). O desenvolvimento da arte moderna européia, de Gauguin ao fauvismo, ao cubismo, ao expressionismo e ao surrealismo, beneficiou-se, de modo significativo, da apropriação seletiva de culturas não-européias, nomeadamente africanas; no entanto, tal apropriação teve lugar a partir de uma posição de poder totalmente distinta daquela que levou à decoração, em tempos recentes, dos escudos usados nas guerras inter-grupais na Guiné-papua com os logotipos de cervejas ocidentais (...) (SANTOS, 1997)

A análise dos aspectos indentitários dos indivíduos que compõe cada estado e de suas variadas

culturas, em contraponto com aquilo que lhes são impostos por ordenamentos criados por concepções e ideologias distintas não só podem como devem ser trabalhadas pela mediação, especialmente no âmbito escolar, como se verá no próximo tópico.

3. A integração de refugiados e a mediação escolar

A mediação sociocultural como instrumento dialógico e integrativo, realizada no âmbito escolar, promove a efetivação da cidadania, considerando que trabalha essencialmente as relações sociais, fortalecendo-as, bem por isso, que a Declaração por uma cultura de Paz da Unesco considera a educação um meio crucial para a construção da cultura da paz.

Não podemos olvidar do papel da escola instituído pelo legislador constituinte, consubstanciado no art. 205 da Constituição da República de 1988, o qual estabelece que, " a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho" (BRASIL, 1988).

Acerca do papel da escola na formação política e civil do individuo, colacionam-se os ensinamentos de (COSTA, 2018):

> (...) A educação é um direito fundamental subjetivo, com viés individual e coletivo, haja vista que visa a formação dos indivíduos para o trabalho, exercício da cidadania, além de promover a formação humanística, cientifica, critica e tecnológica do país. É através de uma educação libertadora , que estimule e fomente o amplo debate transdisciplinar, social e político, que é possível formarmos cidadãos preparados a compreender seus direitos e lutar pelo seu exercício efetivo(...).

Continua, o mesmo autor:

> (...) Nesse contexto, a escola é o lócus de preparação dos indivíduos para o exercício da cidadania. Trata-se da oportunidade de ter acesso à instrução técnicoformal, além de conviver com realidades plurais e com a diversidade, característica prevalente e indispensável nas sociedades democráticas. Nela, crianças, adolescentes, jovens e adultos convivem com a diversidade e o pluralismo social, além da oportunidade que possuem de construir valores, de conviver com o novo, de vivenciar experiências distintas daquelas típicas de seu ambiente familiar, de construir e desconstruir crenças e valores; revisitar conceitos; aprender a conviver com o novo; reconhecer o diferente; interiorizar novas vivências, ou seja, construir a

> sociedade democrática por meio da preparação para o exercício da cidadania (...).

E é exatamente sob esse enfoque que a mediação escolar pode estar a serviço da implementação da cidadania através da educação, pois, o empoderamento e emancipação dela advindos permitirão o reconhecimento da incompletude de cada indivíduo e sua cultura e despertarão para a necessidade de interrelacionarem, numa simbiose de crescimento enquanto seres diferentes, mas integrantes de um mesmo estado, ainda que de forma provisória.

Sobre a mediação social, Flávia Tavares Beleza, trabalha o conceito trazido na *Recomendations presented by the Experts*, documento oriundo do Seminário europeu *Médiation sociale e nouveaux modes de réduction des conflicts de la vie quotidienne*:

> (...)A mediação social busca a proteção dos indivíduos e seus direitos; não deve substituir os serviços sociais e os direitos garantidos para cada indivíduo; leva ao aprimoramento das relações sociais; educa para o gerenciamento pacífico de conflitos, sendo considerada um meio privilegiado para promover a cidadania e manter a paz nas escolas e nas cidades; deve contribuir para o respeito dos direitos dos cidadãos e consumidores e nunca forçar alguém a desistir de seus

> direitos; promove a melhoria da qualidade de vida e a igualdade de direitos. Além disso, a mediação social deve ajudar a aprimorar os vínculos sociais, a comunicação, a compreensão entre indivíduos e grupos sociais, facilitar a integração social e o reconhecimento cultural. Isto tudo requer o envolvimento da sociedade e das autoridades locais e regionais na regulação de tensões e na assistência à resolução de conflitos. A mediação social possui três objetivos principais: 1) fomentar a comunicação na sociedade; 2) ajudar a desenvolver e fortalecer o vínculo social e contribuir para a integração de certas populações excluídas; 3) contribuir para o controle e prevenção da violência. (FRANÇA, 2000, p. 128-131) (...) (BELEZA, 2011).

A mesma autora afirma que a "mediação social tem uma base teórica bastante ampla, três funções fundamentais (três pilares) foram estabelecidas para sistematizar a formação dos mediadores na escola: dialógica, participativa e a pacificadora".

Segue esclarecendo que: "O diálogo instaura a confiança entre os seres humanos, rompe silêncios e implica um pensar crítico sobre si, a coletividade e a realidade conflituosa – diálogo problematizador (FREIRE *apud* BELEZA)".

Assim, o papel desempenhado pelo mediador social escolar é de transformador e fomentador da própria ideia de democracia, na medida em que trabalha a inserção

de indivíduos e a construção de uma cidadania participada. O papel do mediador é abordado didaticamente por (BELEZA, 2011)

> O (A) mediador(a) social trabalha para que a violência no contexto escolar seja conhecida em toda a sua complexidade – direta, estrutural, cultural (GALTUNG, 1990, p. 294), como fruto da desigualdade social, cultural e econômica; do isolamento; da pobreza política2 ; do esgarçamento das redes de solidariedade; do autoritarismo que rege as relações humanas nas instituições; da ineficiência e ineficácia das políticas sociais e da reprodução de uma cultura da violência que enaltece o individualismo, a competição, o consumismo e a intolerância na sociedade contemporânea. Assim, a mediação social no contexto escolar colabora para a formação de sujeitos conscientes, questionadores, dialogantes, participativos, criativos, solidários e amorosos, porque não há diálogo nem confiança sem amor (FREIRE, 2005) (BELEZA, 2011).

O *locus* propício apresentado pelo diálogo da mediação permite uma interpenetração que favorece o reconhecimento das pessoas em situação de refúgio, como seres detentores de direitos e deveres e permite o processo de descoisificação dos refugiados, os quais poderão desenvolver-se humanamente, e participarem da construção e melhoramento do país acolhedor.

Assim, nas lições de (Gustin, 2014):

> (...) Inter/trans/intra são termos que realizam aspirações de um direito que se contrói na dialogicidade e na ação preventiva. Devemos aprender cada vez mais com as diferenças, e não com a homogeneidade normativa, e não com um direito de verdades absolutas e certezas ilusórias. (GUSTIN, 2014)

Destarte, o tratamento das pessoas em situação de refúgio não pode se limitar ao aprisionamento ao ideal katiano de direito cosmopolita restrito às condições de hospitalidade, delimitando a diferenciação entre nacional e estrangeiro, devendo-se, ao contrário, perseguir a inclusão e dignificação proposta consistente no cosmopolitismo jurídico habermasiano, aprimorando-o permanentemente.

Outrossim, a dialogicidade promovida pela mediação social escolar permitirá a inclusão de grupos minoritários, em especial, os refugiados, reconhecendo suas identidades e preservando-a, num exercício de cidadania efetiva.

4. Conclusão

O conflito, considerado fenômeno social inerente às relações humanas não deixará de existir, sendo indispensável que cada dia mais, nos enveredemos em

busca de caminhos menos árduos a sua resolução. Na perspectiva dos direitos humanos das pessoas em situação de refúgio, tal ilação não se mostra diferente, sendo imperioso o rompimento com arquétipo de recebimento de migrantes de forma segregadora.

Assim, a ressignificação da forma de acolhimento de refugiados, com a concessão de cidadania, através do reconhecimento das necessidades humanas desses indivíduos é o desafio contemporâneo a ser enfrentado no âmbito internacional e interno.

E, nesse aspecto, a mediação social, realizada no âmbito escolar, se apresenta como instrumento democrático e assegurador do diálogo qualificado entre culturas e ideais distintos.

Outrossim, reconhecer a incompletude de cada povo e cultura e permitir a interpenetração e novas experiências, contribui para a evolução do país acolhedor.

Portanto, a reflexão acerca do papel insuficiente desempenhado pelos organismos internacionais e sociedades governamentais e civis no processo integrativo das pessoas em situação de refúgio, contribui para o aumento da possibilidade de se atentarem para a validade e legitimidade do modelo ora proposto da mediação social, no ambiente escolar, como forma de reconhecimento de diversas culturas e da necessidade de se estender a

proteção dos direitos humanos a um maior contingente possível.

Através dessa pesquisa, levantou-se aporias e demonstrou-se a porosidade da temática abordada, de modo a despertar a curiosidade epistemológica no que atine ao desenvolvimento e realização de novos estudos que venham a compreender sistematicamente e de forma crítica a mediação como alternativa transcendental de promoção e integração de diversas culturas e de respeito aos direitos humanos.

Referências

ACNUR. **Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados**. In IDEM. *Manual de procedimentos e critérios a aplicar para determinar o estatuto de refugiado*. Lisboa: ACNUR, 1996.

ACNUR. **Protocolo de 1967 Relativo ao Estatuto dos Refugiados**. Disponível em: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Protocolo_de_1967>. Acesso em: 22/08/2017.

_____. BARBOSA, Luciano P., José R. **A polícia federal e a proteção internacional dos refugiados.** Brasília: ACNUR, 2007. (Disponível em: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2012/Lei_947_97_e_Coletanea_de_Instrument

os_de_Protecao_Internacional_de_Refugiados_e_Apatridas.pdf?view=1> Acesso em: 12 jun. 2018.

_____. **Convenção relativa ao estatuto dos refugiados,** 1951. Disponível em <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf> Acesso em: 12 jun. 2018).

_____. **Declaração de Cartagena**, 1984. Disponível em: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf?view=1>. Acesso em: 12 jun. 2018.

APEL, Karl-Otto. ***O Problema do Multiculturalismo à Luz da Ética do Discurso***, traduzido por Flávio Beno Siebeneichler. *In* Éthica – Cadernos Acadêmicos, volume 7. Rio de Janeiro: Universidade Gama Filho, 2000.

BELEZA, Flávia Tavares. **Estudar em paz**: Mediação de conflitos no contexto escolar. Participação- revista de extensão da Universidade de Brasilia, 2011. Disponível em:
<http://periodicos.unb.br/index.php/participacao/article/view/6323> Acesso em: 12 jun. 2018.

BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2018.

_____.**Convenção Americana de Direitos Humanos.** Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 29 abr. 2018.

_____. **Convenção da organização de unidade africana OUA**, 1969. Disponível em: <http://www.estatutorefugiado.org/Home/Lei/8>. Acesso em: 12 jun. 2018.

_____. **Lei 9474/1997**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l9474.htm>. Acesso em: 12 jun. 2018.

_____. **Lei 6.815/1980**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6815.htm>. Acesso em 13 out. 2018.

_____. **Lei 13.445/2017**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm>. Acesso em 13 ou. 2018.

_____. **Declaração por uma cultura de Paz da Unesco**, 1999. Disponível em: <http://www.comitepaz.org.br/download/Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20A%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20uma%20Cultura%20de%20Paz%20-%20ONU.pdf> Acesso em: 12 jun. 2018.

_____. **Declaração e programa de ação de Viena**, 1993. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1993%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20Ac%C3%A7%C3%A3o%20adoptado%20pela%20Confer%C3%AAncia%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf> Acesso em: 12 jun. 2018.

_____. **Constituição da República**, 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 12 jun. 1988.

COSTA, Fabrício Veiga. **Liberdade de cátedra do docente nos cursos de bacharelado em direito:** um estudo crítico da constitucionalidade do projeto de lei escola sem partido. Revista Jurídica Unicuritiba. 2018. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2555/1519>. Acesso em: 12 jun. 2018.

GIMÉNEZ ROMERO, C. (1997). **La naturaleza de la mediación intercultural**. In Revista de Migraciones 2. Disponível em: <http://revistas.upcomillas.es/index.php/revistamigraciones/article/view/4888> Acesso em: 12 jun. 2018.

GUSTIN, Miracy; PELLEGRINI, Ada; ASSAGRA, Gregório. Belo Horizonte, **Direitos fundamentais das pessoas em situação de rua**. ed. DPacido, 2014.

_____.GONTIJO, Lucas de Alvarenga; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de; MORAIS, Ricardo Manoel de Oliveira [Org.]**Rompimento Democrático do Brasil**: teoria política e crise das instituições públicas. Belo Horizonte: DPlacido, 2017.

MAZUOLLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

MOREIRA, Júlia Bertino**. Redemocratização e direitos humanos**: a política para refugiados no Brasil, REVISTA BRASILEIRA DE POLITICA INTERNACIONAL, 2010. Disponível em :<http://www.redalyc.org/html/358/35815326006/)> Acesso em: 12 jun.2018.

_____. **Refugiados no Brasil**: reflexões acerca do processo de integração local REMHU, Rev. Interdiscip. Mobil. Hum. vol.22 no. 43 Brasília 2014. Disponível em:<http://www.scielo.br/pdf/remhu/v22n43/v22n43a06.pdf> Acesso em: 12 jun. 2018.

REIS, Alcinda Maria Sacramento Costa dos, *et al*. **Entre iguais e diferentes**: a mediação intercultural atas das i jornadas da rede de ensino superior para a mediação intercultural. Lisboa: Alto Comissariado para as Migrações (ACM, I.P.), 2016.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma concepção multicultural dos direitos humanos**. 1997. Disponível em:<http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_ContextoInternacional01.PDF-> Acesso em: 12 jun. 2018)

_____. **Modernity, identity and border culture**. Tempo Social; Rev. Sociol. USP, S. Paulo, 5(1-2): 31-52, 1993 (edited in nov. 1994). Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Modernidade%20Identidade%20Fronteira_TempoSocial1994.pdf> Acesso em: 12 jun. 2018)

*SILVA, Carla Ribeiro Volpini; ROMANO, Taisse June Barcelos Maciel.***Revista jurídica Unicuritiba** vol. 03, n°. 48, Curitiba, 2017. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2188/1368>, Acesso em 12 jun. 2018)

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas.** 4 ed. São Paulo: Método, 2015.

DIREITO DOS IDOSOS: UM ESTUDO COMPARADO A RESPEITO DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

THE RIGHT OF THE ELDERLY: A COMPARATIVE STUDY CONCERNING THE EFFECTIVENESS OF HUMAN RIGHTS

Fernanda Resende Severino
Heleno Veloso de Faria Júnior

RESUMO

De maneira a analisar os direitos humanos das minorias e dos grupos vulneráveis, o presente estudo terá como centro o direito dos idosos. Grupo este que se destaca entre as minorias, por essa razão, vem recebendo atenção peculiar em outros países. Assim, por meio de um estudo comparado, é possível perceber que o Brasil ainda é um tanto retrógrado com relação a proteção dessas pessoas. Desta forma, demonstraremos a necessidade em evoluir o nosso sistema de proteção a este grupo, minimizando os reflexos dos todas as violações; bem como propiciando uma inserção social mais humanizada e condizente com as reais necessidades desta parcela importante da sociedade.

Palavras-chave: Direitos humanos; Minorias; Idosos.

SUMMARY

In order to analyze the human rights os minorities and vulnerable groups, this study will focus on the rights of the elderly. This group stands out among minorities, and for this reason, it has received special attention in other countries. Thus, through a comparative study, it is possible to perceive tha Brazil is still somewhat retrograde in

relation to the protection of these people. In this way, we will demonstrate the need to evolve our system of protection to this group, minimizing the reflexes of all violations; as well as providing a more humanized social insertion that is in keeping with the real needs of this important part of society.

Keywords: Human rights; Minorities; Aged.

INTRODUÇÃO

Os direitos humanos vêm passando por grande evolução nas últimas décadas e no contexto evolutivo surge a necessidade de proteção a determinado grupo de pessoas que, por características e peculiaridades, merecem maior atenção de toda a população, bem como do Poder Púbico.

Objetiva-se, com o presente trabalho, analisar o âmbito de proteção dos idosos, os quais são considerados como minorias e grupos vulneráveis. Consistem nos objetivos específicos emabordar os Direitos Humanos dos idosos em planos globais; bem como planos nacionais de proteção; analisar legislações especiais a este respeito; realização de comparação com outros países desenvolvidos, contextualizando as diferentes realidades advindas dos vários mecanismos de proteção aos idosos mundialmente.

O tema problema está diretamente relacionado à efetivação dos direitos humanos com relação aos idosos, considerados como vulneráveis e incluídos nos grupos das minorias na atual sociedade.

Justifica-se a escolha do tema pois há insuficiência de recursos ao grupo de minorias estudado, bem como necessária a conscientização social quanto ao respeito e proteção dos idosos.

A metodologia aplicada no presente estudo será a teórico-bibliográfica.Contribuindo para a discussão a respeito do tema problema, as fontes bibliográficas serão de suma importância.

Doutrinas de referência nacional e internacional serão utilizadas de modo a complementar o procedimento metodológico dedutivo. Além do estudo tanto da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), quanto do Estatuto do Idoso.

Estudar e considerar as minorias e os grupos vulneráveis é de suma relevância no processo de compreensão das nuances nas quais os idosos estão inseridos. Além de disponibilizar mecanismos eficazes de proteção, poderemos reverter o quadro atual de desrespeito, reencontrando a proteção dos direitos humanos de forma mais adequada aos contextos sociais.

DESENVOLVIMENTO

Proteção Dos Idosos No Sistema Regional

Tendo em vista as melhorias das condições de saúde, assim como da qualidade de vida, há uma significativa expectativa de vida das pessoas, logo, um processo de envelhecimento mais longo, extenso em nosso país.

Vive-se mais atualmente, mesmo sem o alcance de saúde pública desejada. E, neste sentido, percebe-se que os nossos idosos também desfrutam de uma melhor qualidade de vida; consequentemente vivem por mais anos.

A estimativa do IBGE é de que em algumas décadas o número de pessoas com idade acima dos cinquenta anos ultrapasse o número daquelas com trinta anos. Este processo de envelhecimento carece de uma maior atenção, posto que altera não somente a estrutura familiar mas também a estrutura social.

Analisando os mecanismos de proteção dos idosos nos diversos sistemas, percebe-se que o tema não recebe a devida atenção quando comparado a outros grupos perante os Direitos Humanos. Seja nos sistemas globais ou regionais nota-se uma falta de zelo e de

previsão especificamente para os idosos. O que se tem são algumas previsões os enquadrando em um grupo genérico, baseado nos direitos humanos e na dignidade da pessoa humana.

A este respeito, o Professor Valério Mazzuoli:

> Em que pese a relevância da tutela humanitária destinada aos idosos, o foco da proteção jurídica a esse grupo de pessoas não se faz explicitamente presente nos sistemas global e regionais de direitos humanos, sequer em tratados e convenções internacionais específicos. Tal leva a crer que os direitos humanos da pessoa idosa não tem tido o destaque merecido no atual direito internacional público; o que existe são apenas algumas referências em documentos das Nações Unidas, nada mais. (MAZZUOLI, 2016. p.184.)

Surge, então, a necessidade de adequar os mecanismos de proteção aos idosos, tendo em vista o aumento significativo deles, incluindo a previsão de políticas públicas com ações efetivas direcionados a este grupo.

Outro ponto importante relaciona-se à necessidade de conscientização social acompanhada de uma nova abordagem destinada a atender o grupo em estudo. Por questões desfavoráveis, estão entre os grupos de cidadãos

que mais necessitam derespeito social, saúde pública, bem como planos de saúde particulares.

Em que pese à necessidade de proteção especial a estes grupos, percebe-se o tratamentosobre o tema ainda de maneira discreta. Encontra-se previsão e amparo no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

O tema exige melhor atenção nos diversos mecanismos de proteção, de melhor concretização, efetivação, dos direitos humanos dos idosos.Assim comoMorais muito bem afirma: "se faz necessário uma concretização em duas perspectivas: A Concretização "pelo" Estado e "pela" sociedade." (MORAIS, 2011. p.99).

E, ao contrário dos sistemas regionais constatamos melhor proteção aos idosos na Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos.

Legislação Comparada: Direito do Idoso em Portugal

A Constituição Portuguesa bem como a legislação esparsa do país objetivam que ao envelhecer o cidadão tenha assegurados os seus direito de auto realização

pessoal. De maneira a se ver incluído tanto no meio social e quanto no familiar.

No texto constitucional Português, já em seu artigo primeiro há o princípio fundamental do país, o respeito à dignidade da pessoa humana e a vontade popular. Essa visão está consubstanciada na soberania do país, baseada no empenho na construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Segue a proteção por outros artigos destinados a este seleto grupo a exemplo dos artigos 62, 64, 67 e 72. (BRAGA, 2011. p.99).

Em seus dispositivos a constituição portuguesa direciona ao Estado uma série de obrigações com objetivo de evitar a diminuição de meios de trabalho e subsistência para os idosos. (BRAGA, 2011). Nesse contexto, determina a criação de um sistema de seguridade social que lhes permita não somente a sobrevivência, mas também e, principalmente, uma interação social, contribuindo de maneira significativa para a economia nacional.

Ademais, essa interação social com a participação de todos os envolvidos na vida do idoso se apresenta como uma grande diferença dos modelos dos países desenvolvidos quando comparado aos modelos dos países em desenvolvimento como o Brasil e outros países latinos.

Legislação Comparada: Direito do Idoso na Alemanha

A Alemanha tem um significativo número de idosos, e para Braga este fato deve ser associado ao processo de unificação, o qual se mostrou bastante dificultoso do ponto de vista econômico. Refletindo diretamente no processo de proteção aos direitos sociais, requerendo mais atenção por parte deste país europeu que passou por algumas mudanças drásticas.

O país ainda se recupera do impacto econômico da absorção da parte oriental. A preocupação com o elevado número de imigrantes que repercutem diretamente no seu sistema de proteção e amparo aos idosos tais quais para seus cidadãos anciãos. (BRAGA, 2011. p. 102.). Desta feita, exige-se uma contribuição mínima por 5 anos, sistema esse conhecido como período de qualificação. Salvo outras exigências para algumas situações especiais.

Segundo BRAGA o país destaca-se pela preocupação com dos idosos, de tal maneira que possui dois ministérios voltados para esse público: O Ministério Federal do Trabalho e Assistência social que cuida das relações de integração no mercado de trabalho e O Ministério Federal Alemão que trabalha não somente com assuntos pertinentes ao idoso, mas também assuntos

pertinentes às famílias, mulheres e juventude, dedicando para que esses grupos de pessoas em situações desfavoráveis possam adquirir a sua independência bem como a sua inserção social, possibilitando que possam se enquadrar na sociedade de maneira efetiva e possam ser cada vez mais independentes do Estado para a sua subsistência pessoal.

> Os serviços de assistência social do idoso na Alemanha funcionam baseados em três categorias de atenção, de acordo com as necessidades: um primeiro nível para idoso que precisam de um local fixo para receber esses cuidados (como sua própria casa, asilos, casa geriátricas), outro para os idosos com mobilidade parcial (que são atendidos em hospitais todos os dias ou em centros de atenção ao idoso) e um terceiro para aqueles que precisam apenas de uma assistência esporádica (e que são atendidos no serviço social ou em ambulatórios). (BRAGA. 2011. p.103.)

O sistema alemão merece ser elogiado pela lei conhecida como Emenda do Benefício da Moradia. Nela o Estado ajuda aqueles que precisam de algum tipo de

moradia ou precisando de ajuda para sustentar aquela morada que já possui. (BRAGA, 2011. p. 102.). A lei tem previsão de amparo aos alemães e aos estrangeiros que residam no país, contudo em que pese não ser uma lei direcionada especificamente ao público idoso acaba dando proteção aqueles idosos que por alguma situação estão com complicações financeiras em decorrência da dificuldade de se manterem e se ingressarem no mercado de trabalho e estão em um momento da vida que demanda um maior gasto com a própria saúde.

Na mesmalinha, o governo alemão possui um sistema de promoção ao emprego que busca a inserção de um maior número de pessoas no mercado de trabalho no país com o incentivo ao trabalho; e ao empresário que dê empregos a estes grupos, possibilitando uma ajuda de custo aos idosos e nesse sentido além do seguro desemprego existe uma assistência na qualificação dos desempregados permitindo condições de inserção no mercado para todos.

Percebe-se que na Alemanha possui não somente uma previsão na legislação, mas também e principalmente uma positivação de direitos com ações efetivas, onde o Estado faz a sua parte e ao mesmo passo incentiva os empresários e ao cidadão na garantia de direitos de todos e principalmente ao idoso em especial. Aqui outra grande

diferença ao modelo diz respeito ao processo de incentivos efetivos aos empresariados que empregam os idosos associado a um sistema de fomentação de continuidade do idoso no emprego e no mercado de trabalho, garantindo a sua independência e autonomia econômica de maneira produtiva.

Legislação Comparada: Direito do Idoso nos Estados Unidos

Nos Estados Unidos há uma série de medidas de incentivo ao idoso, principalmente no que tange à qualidade de vida para que esse grupo possafazer parte importante no mercado consumidor. É comum a organização de grupos de turistas na terceira idade. Mecanismos de proteção no legislativo, no congresso além da participação de muitas instituições não governamentais. (BRAGA, 2011.p.105.)

As decisões são coordenadas para um patamar ainda inimaginável no nosso país. A previsão de medidas protetivas que retornam com ganhos sociais nos diversos ramos, injetando parcela importe no comércio, contribuindo para que o idoso seja senhor das suas decisões e seja capaz de direcionar suas ações com uma

legislação efetivamente direcionada para a garantia de direitos deste grupo.

Neste contexto,

> Uma das mais importantes leis desse país é a chamada The Age Discrimination in Employmente Act of 1967 (ADEA), que protege indivíduos com mais de 40 anos de discriminação do mercado de trabalho. Como parte da estratégia de realmente de fazer valer as leis e não somente editá-las, o diploma legal mencionado possui sua eficácia garantida por dois grupos: o Comitê para Iguais Oportunidades de emprego e o Departamento de Discriminação da idade no trabalho. Assim, nota-se que existe uma cultura voltada para o mais importante, que é a valorização dos mais velhos na sociedade dos Estados Unidos e não apenas leis. Porém, é importante notar que esta valorização não apenas visa os membros da comumente chamada terceira idade, más até mesmo pessoas com 40 anos, tradicionalmente deixadas de fora nas estratégias de proteção aos mais velhos, porém também discriminadas. (BRAGA. 2011. p. 105)

Os mecanismos de proteção ao idoso superam as relações no mercado de trabalho com a vedação à discriminação consubstanciada na idade da pessoa. Portanto, parte dos profissionais voltados para a proteção aos idosos como juízes, promotores, advogados e os estudantes tem especialização direcionado ao idoso, permitindo assim uma cultura voltada para a importância que esse grupo merece. (BRAGA, 2011. p.105.)

Assim forma-se uma sociedade consciente do seu papel no que diz respeito à proteção desta parcela importante da sociedade moderna. Prova disso é que além do sistema único de saúde o país possui um sistema adicional de prestação mensal ao idoso que não tem condições ou bens para realizar por si mesma. O Suplement Security Income (SSI) com a possibilidade de amparo por meio de cupons de alimentação e outro destinado ao atendimento médico, o Medicaid. (BRAGA.2011, p. 106)

Legislação Comparada: Direito do Idosoem Moçambique

Moçambique é um país que se destaca negativamente com relação ao objeto em estudo. Na contramão dos países anteriormente mencionados, há

inúmeros casos de violações aos direitos dos idosos, alertando assim a atenção do mundo inteiro. O país é referência negativa no que diz respeito a graves denúncias de condições desumanas do idoso e vem no topo da liderança dos piores países do mundo para os idosos.

Em 2013 o parlamento do país teve a sua lei de proteção a este grupo de minorias. Contudo, após anos de sua vigência ainda são presenciadas graves violações e a não efetivação de direitos já previstos torna-se praticamente a regra.

Entre os direitos previstos destaca-se o de garantia de transporte gratuito, contudo, o que se observa na prática é a não observância aos preceitos legais e tendo a cobrança do transporte como regra por falta de efetividade da lei. A mesma lei responsabiliza civil e criminalmente os vários atores envolvidos na proteção dos idosos tais como a família, o Estado e a comunidade, contudo sem fiscalização e sem políticas públicas eficazes a lei se torna inoperante.

> A ministra de Moçambique do Género, Crinça e Acção Social, Cidália Chaúque manifesto a sua preocupação com as situações de falta de respeito, violência física e psicológica, humilhação, abandono e ainda acusações de feitiçaria, fomentados por familiares. Acrescentou

> que são sinais muito preocupantes e que constituem grandes desafios para o Governo e a sociedade. (Portal do Governo de Moçambique)

A legislação prevê ainda a proteção à humilhação, à discriminação e ao abandono. Todavia, o país ainda registra muitos casos em que os idosos são alvo de acusações de rituais de feitiçaria, onde os mais jovens acusam os idosos pelos seus insucessos na vida seja pessoal e profissional.

Há inúmeras filas nos hospitais e dificuldade de acesso a medicamentos básicos, como para o tratamento do diabetes e da pressão alta que tem grande demanda no país. Dos cerca de 1.3 milhões de idosos em Moçambique, estima-se que apenas 1.5% receba uma pensão, de acordo com a HelpAge International, organização não governamental fundada por Cecil Jackson-Cole, reconhecida internacionalmente pela proteção aos direitos humanitários.

Em que pese nos três sistemas de proteção dos direitos humanos, somente na Carta Africana dos Direitos Humanos dos Povos é que se encontra melhor amparo em seu Artigo 18º. As pessoas idosas ou incapacitadas têm igualmente direito a medidas específicas de proteção que correspondem às suas necessidades físicas ou morais".

Moçambique não seguiu efetivamente essa previsão histórica e singular do sistema africano, muito pelo contrário, destaca-se negativamente[93].

Sistemas de Proteção aos Idosos no Brasil

Considera-se idosa a pessoa com 60 anos ou mais, por definição da Política nacional do idoso: Lei Federal 8.842/1994 concomitante com o Estatuto do Idoso: Lei Federal 10.741/03. Esta determinação se faz necessário para que possamos diferenciar de outros países. Seguindo um critério da Organização das Nações Unidas que em países em desenvolvimento como o Brasil a idade seria de 60 anos. (BRAGA, 2011. p. 60).

O Professor Mazzuoli ensina:

> No Brasil, a Lei n.º 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) constitui um marco regulatório significativo dos direitos sociais no Brasil, no sentido de que o País deu um passo expressivo na consolidação

[93]As pessoas idosas ou incapacitadas têm igualmente direito a medidas específicas de proteção que correspondem às suas necessidades físicas ou morais". Moçambique não seguiu efetivamente essa previsão histórica e singular do sistema africano, muito pelo contrário, destaca-se negativamente

> dos direitos fundamentais da pessoa com mais de 60 anos. Aos idosos, a legislação nacional acolhe, além da garantia de prioridade, outros direitos como: envelhecimento sadio e livre de quaisquer formas de violência ou discriminação; prestação alimentar nos casos previstos em lei; assistência social; acesso universal e igualitário no Sistema Único de Saúde (SUS); inclusão em atividades culturais e educacionais, inclusive para profissionalização. (MAZZUOLI, 2016. p.185.)

Temos por "direitos fundamentais" um núcleo de direitos inerentes à própria condição humana. Aquele conjunto de proteção que simbolizam as exigências de liberdade, igualdade e dignidade de todos os seres humanos pelo simples motivo de existirem. Normalmente previstos nos textos constitucionais, ou seja, quando se quer fazer referências as prerrogativas de proteção nela embarcados, no mesmo sentido quando se quer fazer menção à proteção em nível internacional se usa a denominação "direitos humanos".

Continua Mazzuoli:

> b) Direitos fundamentais. Trata-se de expressão afeta à proteção interna dos direitos dos cidadãos, ligada aos aspectos ou matizes constitucionais de proteção, no sentido de já se encontrarem positivados nas Cartas Constitucionais contemporâneas. São direitos garantidos e limitados no tempo e no espaço, objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta. Tais direitos devem constar de todos os textos constitucionais, sob pena de o instrumento chamado Constituição perder totalmente o sentido de sua existência, tal como já asseverava o conhecido art. 16 da Declaração (francesa) dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: "A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição".(MAZZUOLI, 2016. p.20.)

Neste contexto, há um arcabouço de proteção a todas as pessoas, contudo merecem especial atenção aqueles grupos de pessoas que se encontram em situação desfavorável perante os demais, destacando-se entre eles os idosos. Assim, toda pessoa pode exigir que a sociedade garanta as suas necessidades básicas e a sua dignidade

humana. Porém os idosos mais ainda, face à sua fragilidade e as necessidades particulares que merecem ser protegidas.

> Proteção jurídica da pessoa idosa no Brasil. Apesar de aparentemente pouco protegido pelas normas de direito internacional, o tema em questão recebe tratamento constitucional no Brasil. Nesse sentido, a Carta Magna de 1988 dispõe, no art. 230, que "a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida". Fato é que a Constituição de 1988, percebendo o envelhecimento da nossa população, tomou uma atitude proativa com o intuito de salvaguardar as pessoas idosas em seus direitos, impondo à família, à sociedade e ao Estado responsabilidades no tocante à sua proteção. (MAZZUOLI, 2016. p.185)

O direito à vida está protegido na maioria dos sistemas de proteção dos direitos humanos e por consequência ao idoso também, nesse sentido recebeu atenção especial texto constitucional, conforme artigo 230.

No mesmo sentido o Estatuto do idoso estabelece mais mecanismos de proteção à vida do idoso e algumas obrigações à família e ao poder público, com a previsão de medidas de proteção à vida em diversos de seus artigos, a exemplo.[94]

De forma mais específica o Estatuto do Idoso garante o direito ao envelhecimento a toda a sociedade e não somente para aquele que já envelheceu, desta feita em seu artigo 8º trás que o direito ao envelhecimento trata-se de direito personalíssimo e a sua proteção um direito social, bem como no seu artigo 9º nos moldes dos artigos 5º e 230 da CF/88 trás uma competência ao Estado para a criação de políticas públicas e garantia da proteção à vida e à saúde do idoso.

Para Freitas Júnior o Estatuto do Idoso elevou o processo natural de envelhecimento em acontecimento jurídico, erigindo-o à categoria de direito personalíssimo.

[94]Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo de proteção integral de que trata a lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, e social, em condições de liberdade e dignidade.
Art. 3º É obrigação da família, da comunidade e da sociedade, e do poder público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e a convivência familiar e comunitária.
Art. 4º Nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado a seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei.

Informa, ainda, que sua proteção constitui um direito social. (FREITAS JÚNIOR, 2011.p. 44.). Como direito social adquire a qualidade de direito indisponível, exigindo ao Estado a obrigação de sua efetivação através de políticas públicas sociais que possibilitam uma vida em plenitude com saúde durante esse processo natural de envelhecimento. Associado a políticas de educação social voltadas para esse público.

O direito à saúde é tratado de forma genérica no texto constitucional em vários artigos, principalmente no 196, no qual a saúde é um direto de todos e um dever do estado. O assunto recebeu nova proteção já no texto da lei Orgânica 8.080/90 criadora o Sistema Único de Saúde (SUS) e recebeu outra reafirmação da lei 8.142/90 que estabeleceu a participação comunitária na gestão do SUS e as normas Operacionais Básicas (NOB), editadas em 1991, 1993 e 1996. A publicação da portaria 399/GM de 2006 divulgou o Pacto pela Saúde- Consolidação do SUS e aprovou diretrizes operacionais do referido pacto. (BRAGA, 2011. p. 64.)

No entanto foi com a criação do Estatuto do idoso em 2003que se fez necessário uma atualização da Política Nacional de Saúde do idoso. Nos seus artigos 9, 15, 16, 17, 18, e 19 buscou-se uma normatização em conformidade com o texto do Artigo 196 da Carta Magna de 88

reafirmando a obrigação Estatal na garantia de acesso pleno e igualitário aos idosos aos serviços de saúde.

Com referência à qual recai a proteção aos idosos trazemos o que aduz o artigo 15 do Estatuto do Idoso o qual aborda o termo "Poder Público", assim não especifica qual o ente responsável. Desta feita, importante salientar que a obrigação é solidária entre União, Estados e municípios, pois por óbvio que todos integram o Sistema único de Saúde (SUS). Assim, entende-se que o termo amplo abrange todos os entes, sendo todos os entes solidários na prestação protetiva. Solidariedade esta que não se confunde com litisconsórcio, ou seja, o interessado não está obrigado a demandar todos os entes referenciados, podendo escolher contra quem deve demandar. (FREITAS JÚNIOR, 2011. p.61)

Outro ponto importante a ser debatido trata do acesso integral ao serviço de saúde na iniciativa privada. Sabidamente vários são os casos em que as seguradoras de plano de saúde privada tentam suprimir algumas situações já pacificado no judiciário como implantes de órteses, próteses entre outros, mesmo com a previsão no código de defesa do consumidor preservando o pleno acesso aos serviços contratados pelos anciãos.

O Estatuto do idoso proíbe cobranças discriminatórias por parte dos planos de saúde nas

mensalidades de forma diferenciada por idade do idoso. Ressalta-se que a lei não veda o reajuste, tão somente o aumento diferenciado, podendo o fazer de forma linear a todos os usuários.

Assim, se faz necessário uma conscientização social para uma nova visão de proteção aos direitos humanos do idoso. Ou seja, uma compreensão que envolva os seus familiares, amigos, bem como todas as pessoas do círculo social de seu convívio. Portanto, é importante que todos os envolvidos na vida do idoso estejam devidamente conscientes de seu papel e de sua importância na efetivação de direitos e na aplicabilidade de uma melhor qualidade de vida para aqueles que ultrapassaram os 60 anos de idade. Cabe ao sociólogo conceber a proteção, ao jurista equacioná-la normativamente e ao legislador positivá-la, restando aos indivíduos preconizar a observância. Mas não pode o Direito assegurar nada, além disso. (MARTINEZ, 1997, p. 109)

CONCLUSÃO

Restou demonstrado que existe uma parcela da sociedade que merecem especial atenção e proteção no que diz respeito a não violação de seus direitos. Assim, “as minorias e grupos vulneráveis” estão entre aqueles cidadãos que historicamente foram mais violados em seus

direitos mais essenciais. Por tratar-se de uma parcela importante na sociedade, os idosos, merecem "um outro olhar" por parte da sociedade e do Estado, dois importantes atores envolvidos no mecanismo de sua proteção, associado àqueles agentes responsáveis pela salvaguarda e proteção aos direitos dos idosos.

Quando analisamos alguns sistemas de proteção ao idoso na legislação comparada, percebemos alguns exemplos de melhor sucesso do que o modelo apresentado por aqui até então. Os avanços conseguidos e que para nós parecem utópicos se mostram possíveis, principalmente se houver alguma mudança cultural. O que se percebe é que os modelos de proteção dos países latinos ainda não apresentaram a evolução necessária, talvez por serem sociedades mais novas, ainda não atingiram a sua maturidade e desta forma não reconhecem no idoso um grupo ativo.

O que podemos perceber de peculiar diferença nesses países comparados é uma proteção constitucional acompanhada de legislações específicas ao idoso tal quais os modelos latinos, contudo, constata-se uma grande diferença por lá comparado ao modelo brasileiro. O sucesso está direcionado para uma estrutura de amparo objetivando que as normas criadas sejam obedecidas, fomentando um sistema em que o cotidiano do idoso faça

parte da vida de todos. Existe uma nítida interação entre o governo, a sociedade, a legislação e de todos os que estão envolvidos na vida do idoso voltados para proporcionar condições de uma vida digna, com melhoria significativa para eles na velhice.

Esse processo de envelhecimento populacional vivenciado nos dias atuais irá refletir em uma grande disparidade no modo de vida dos idosos no mundo inteiro muito em breve. O que se apresenta para os países mais desenvolvidos com os modelos implementados, com a garantia de direitos, com a efetivação de um bom sistema previdenciário, com o direito à saúde, com um melhor meio ambiente e com excelentes oportunidades de lazer irão se distanciar e muito dos modelos apresentados nos países em processo de desenvolvimento, em especial no Brasil, se nenhuma atitude for tomada para minimizar esse quadro.

É de conhecimento de todos que a maioria dos países possuem alguma legislação constitucional ou infraconstitucional que ampare os idosos, muito em função da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, contudo, a disparidade entre os países desenvolvidos e os em desenvolvimento está no processo de efetividade, fiscalização e conscientização social de todos os envolvidos na vida do idoso sobre a importância que esses

direitos têm e seus reflexos para que a velhice possa ser uma das melhores fase da vida humana face as previsões e proteções legais que previstas para amparar esta parcela importante da sociedade.

Neste sentido, corroborado pelas palavras de Morais se faz necessário nos países em desenvolvimento e em especial no Brasil uma efetivação dos direitos e um novo olhar pelo Estado e pela Sociedade para que possamos reverter o quadro que se apresenta e principalmente para que os nossos idosos possam chegar nessa fase importante com a qualidade de vida merecida por todos. Assim, é preciso dar publicidade, efetividade e ter uma fiscalização na legislação existente para a garantia de tudo aquilo que está previsto em proteção aos idosos.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional das pessoas com deficiência. 4ª Ed. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2011.

BARBOSA, Lívia; DINIZ, Debora. Artigo 2 Definições. In: COSTA FILHO, Waldir Macieira da; DIAS, Joelson; FERREIRA, Laíssa da Costa; GUGEL, Maria Aparecida (orgs.). Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. 3ª Ed. Brasília: Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência – SNPD, 2014.

BEZERRA, Rebecca Monte Nunes. Artigo 9 Acessibilidade. In: COSTA FILHO, Waldir Macieira da;

DIAS, Joelson; FERREIRA, Laíssa da Costa; GUGEL, Maria Aparecida (org.). Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. 3ª Ed. Brasília: Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência – SNPD, 2014.

BRAGA, Pérola melissa Viana. Curso de direito do idoso/Pérola Melissa Vianna Braga.- - São Paulo: Atlas, 2011.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Direito Internacional e Direito Interno: sua interação na proteção dos Direitos Humanos. Artigo publicado na data de 12/06/1996 e disponível em http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/introd.htm. Acesso em 02/10/2018.

CAVALCANTI, Ana Carolina Coutinho Ramalho. Artigo 8 Conscientização. In: COSTA FILHO, Waldir Macieira da; DIAS, Joelson; FERREIRA, Laíssa da Costa; GUGEL, Maria Aparecida (orgs.). Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. 3ª Ed. Brasília: Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência – SNPD, 2014.

Direito das pessoas com deficiência e dos idosos./ Maria Elmira Evangelista do Amaral Dick (Coord). Belo Horizonte: Del Rey, 2013. 368p. (Coleção Ministério Público e Direitos Fundamentais. Coord. Gregório Assagra de Almeida e Jarbas Soares Júnior).

DHANDA, Amita. Construindo um novo léxico dos direitos humanos: convenção sobre os direitos das pessoas com deficiências. Tradução Pedro Maia Soares. In: Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos. São Paulo, 2008, ano 5, jun., n.8, pp.42-59.

FREITAS JÚNIOR, Roberto Mendes de. Freitas Júnior, Roberto Mendes de/ Direitos e garantias do idoso: doutrina, jurisprudência e legislação/ Roberto Mendes de Freitas Júnior.—2.ed.- São Paulo: Atlas, 2011.

GONZAGA, Eugênia Augusta. Artigo 12 Reconhecimento igual perante a lei. In: COSTA FILHO, Waldir Macieira

da; DIAS, Joelson; FERREIRA, Laíssa da Costa; GUGEL, Maria Aparecida (orgs.). Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. 3ª Ed. Brasília: Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência – SNPD, 2014.
MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de Direitos Humanos. 3ª Ed. São Paulo: Método, 2016.
MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Direito dos Tratados. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Integração das convenções e recomendações internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio pro homine. In: RDT – Revista de Direito do Trabalho. São Paulo, 2013, n.152, p.13/15.
MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Os Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos: Uma análise comparativa dos sistemas interamericano, europeu e africano. In: BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio; OLIVEIRA, William Terra de (Orgs.). Coleção Direito e Ciências Afins. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, v.9.
MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; XAVIER, Fernando César Costa. Entra em vigor tratado que facilita acesso para cegos a livros. Artigo publicado na data de 06/10/2016 e disponível em http://www.conjur.com.br/2016-out-06/entrou-vigor-tratado-facilita-acesso-cegos-livros. Acesso em 28/10/2016.
Em http://www.helpage.org/ acesso em 31jan2018
http://www.helpage.org/who-we-are/our-values-and-ambitions/, acesso em 31jan2018
WWW.portaldogoverno.gov.mz, acesso em 07abr2018

A BUSCA POR DIREITOS, A INTEGRAÇÃO E PARTICIPAÇÃO FEMININA NO MERCADO DE TRABALHO, NA POLÍTICA E NO JUDICIÁRIO

THE SEARCH FOR RIGHTS, THE INTEGRATION AND FEMININE PARTICIPATION IN THE JOB MARKET, POLITICS AND JUDICIARY

Ana Luiza Brandão de Aguiar Vilaça
Genaro Lopes Honori Guilarducci

RESUMO

O empoderamento feminino na busca por direitos iguais com relação ao trabalho e participação nas decisões da sociedade, trouxe uma presença maior de mulheres nas empresas e na política. Tal fato é resultado de luta por direitos, agregado ao maior grau de escolaridade e aperfeiçoamento técnico das mulheres. Todavia, a participação de mulheres na política, em cargos de chefia e gerência em empresas, e no judiciário, principalmente nas cortes superiores, ainda é bem menor que o comparado com a participação de homens. Ou seja, apesar de certa igualdade de direitos e de oportunidades, ainda há muito que ser conquistado.

Palavras-chave: Empoderamento Feminino, Direitos, Economia, Política, Justiça.

ABSTRACT

Female empowerment in the pursuit of equal rights to work and participation in society's decisions has brought a greater presence of women in business and politics. This fact is the result of a struggle for rights, coupled with a

higher level of education and technical betterment of women. . However, the participation of women in politics, in managerial and corporate management, and in the judiciary, especially in the upper courts, is still much lower than that of men. But despite some equality of rights and opportunities, there is still much to be achieved.

Keywords: Women's Empowerment, Rights, Economics, Politics, Justice.

1. INTRODUÇÃO

A constante busca pelos direitos das mulheres se intensifica com o passar dos anos, de uma forma geral, em um contexto mundial e, especificamente para este trabalho, no Brasil. Os direitos foram conquistados gradativamente na medida em que as mulheres sentiam necessidade de se afirmar perante a sociedade. Contudo, sempre houve muita dificuldade nesse processo, seja por falta de condições técnicas, pelas "exigência" da sociedade em relação aos "deveres" domésticos, ou mesmo quanto aos cuidados com o casamento e com os filhos, muitas vezes permitido a mulher exercer somente a carreira de magistério.

Ao longo dos anos e com muita luta e dificuldade, tal situação foi se modificando, até o cenário atual, em que pode-se presenciar efetivamente a participação feminina

em praticamente todos os contextos da sociedade, ainda que em menor número em determinados setores e, recebendo remuneração inferior em relação aos homens.

Atualmente as mulheres ocupam 51,7% das vagas no mercado de trabalho, conforme dados levantados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE[95]. Isso ocorre porque as mulheres passaram a estudar e se qualificar mais, almejando melhores condições de trabalho e de vida. Aliás, 16,9% delas já possuem ensino superior completo, frente à 13,5% dos homens.

De acordo com dados do Ministério da Educação e Cultura – MEC[96], hoje a maioria das vagas nas faculdades e universidades são ocupadas por mulheres, tanto nos cursos presenciais quanto nos cursos à distância, bem como nos cursos técnicos. As mulheres são maioria entre os alunos de graduação no país. Entre o número de ingressantes, elas correspondem a 53,9%. Essa proporção aumenta mais no total de alunos que se formam: são 59,9% de mulheres frente aos 40,1% de homens. Já entre as licenciaturas, cursos voltados à formação de

[95] https://www.valor.com.br/brasil/5368813/mulheres-ocupam-apenas-38-dos-cargos-de-chefia-no-brasil-aponta-ibge

[96] http://download.inep.gov.br/educacao_superior/censo_superior/documentos/2016/notas_sobre_o_censo_da_educacao_superior_2016.pdf

professores, as mulheres correspondem a 71,6% dos alunos.

Contudo, segundo dados do IBGE, somente 38% dessas mulheres conseguem chegar a cargos de gerência e chefia. Inclusive, vale esclarecer que a remuneração média das mulheres no Brasil hoje equivale a 64,39% da remuneração de um homem que exerça a mesma função. Este valor encontra-se bem abaixo da média da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), que é de 73,39%, que ainda se observa inadequado frente ao princípio da igualdade.

Em relação ao Judiciário, há apenas 37,3% de mulheres ocupando os quadros da magistratura, de forma que essa porcentagem diminui ainda mais quando observado o número de mulheres que integram as Cortes Superiores, conforme aponta o Conselho Nacional de Justiça - CNJ[97]. No Supremo Tribunal Federal (STF), as mulheres são representadas por sua presidente, a ministra Cármen Lúcia, e pela ministra Rosa Weber. No Superior Tribunal de Justiça (STJ), dos 33 ministros que compõem o Plenário, seis são mulheres, o mesmo número existente no Tribunal Superior do Trabalho (TST). No Tribunal

[97] http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84432-percentual-de-mulheres-em-atividade-na-magistratura-brasileira-e-de-37-3

Superior Eleitoral (TSE), há duas mulheres entre os sete ministros que compõem o colegiado.

Essa desproporção que ocorre na Administração Pública, também ocorre na representação política, como será demonstrado nesse trabalho.

O presente artigo pretende estudar a relação da igualdade de trabalho, remuneração e oportunidade de destaque social das mulheres em relação aos homens, observando qual a razão para hoje existir essa "discriminação" da mulher no mercado de trabalho brasileiro. O objetivo do artigo é estudar e analisar os conceitos acerca do empoderamento feminino no Brasil, a luta pelos direitos da mulher e sua relação com a situação econômica, de trabalho e social. Para desenvolver o tema em questão será utilizado o método dedutivo, analisando e apresentando dados estatísticos e estudo de casos acerca do tema. Como objetivo específico tem-se o questionamento de que, apesar de uma considerável melhora nas oportunidades do mercado de trabalho feminino, ainda existe discriminação quanto às mulheres ocuparem cargos de chefia e de destaque na sociedade. A busca pelos direitos das mulheres não chegou ao fim, possuindo atualmente enfoque diverso de algum tempo atrás, diante dos desafios a serem enfrentados e superados.

2. HISTÓRICO DAS CONQUISTAS DE DIREITOS FEMININOS

A história de conquista dos direitos das mulheres no país, conforme estudo da obra de Céli Pinto (2003), se inicia com um conjunto de diversas manifestações do movimento feminista, identificando duas tendências, que tiveram início no final do século XIX e se estenderam pelas três primeiras décadas do século XX. A primeira teve como foco o movimento sufragista liderado por Bertha Lutz, sendo essa tendência de feminismo um pouco conservadora, o qual não questionava a opressão da mulher. Nesse sentido, a luta para a inclusão das mulheres à cidadania não se caracterizava pelo desejo de alteração das relações de gênero, mas como um complemento para o bom andamento da sociedade. Já a segunda tendência de feminismo reuniu uma gama heterogênea de mulheres (intelectuais, artistas, líderes operárias) que, além do político, defendiam o direito à educação e falavam em dominação masculina, abordavam temas que para a época eram delicados, como, por exemplo, a sexualidade e o divórcio. Há ainda uma terceira vertente que se manifesta especificamente no Movimento Anarquista e no Partido Comunista, tendo como expoente Maria Lacerda de Moura.

Durante o regime militar ocorreu um longo período de refluxo do movimento feminista que se estendeu até as primeiras manifestações nos anos 1970. No entanto, isso não significa que durante esse longo período as mulheres não tiveram nenhum papel no mundo público; muito pelo contrário, houve momentos importantes de participação da mulher, como o movimento no início da década de 1950 contra a alta do custo de vida, por exemplo.

Já durante a década de 70, na Europa e nos Estados Unidos havia cenários de grande efervescência política, de revolução dos costumes, de radical renovação cultural, enquanto no Brasil o clima era de ditadura militar, repressão e morte. As características que o movimento feminista teve nos dois hemisférios estão intimamente ligadas a esses cenários, sendo que os primeiros grupos feministas em 1972, em São Paulo e no Rio de Janeiro, foram inspirados no feminismo do Hemisfério Norte.

Em 1972 ocorrem eventos que apontam para a história e as contradições do feminismo no Brasil: o congresso promovido pelo Conselho Nacional da Mulher, liderado pela advogada Romy Medeiros, e as primeiras reuniões de grupos de mulheres em São Paulo e no Rio de Janeiro, de caráter quase privado, o que seria uma marca do novo feminismo no Brasil. Entre os eventos que marcaram a entrada definitiva das mulheres e das questões

por elas levantadas, na esfera pública, destaca-se ainda o Ano Internacional da Mulher, em 1975, decretado pela Organização das Nações Unidas (ONU). O feminismo no Brasil se fortalece com o evento organizado para comemorar o Ano Internacional, realizado no Rio de Janeiro sob o título "O papel e o comportamento da mulher na realidade brasileira", e com a criação do Centro de Desenvolvimento da Mulher Brasileira.

Na década de 80 o feminismo passa então a enfrentar a redemocratização do país. Surgiram grupos feministas temáticos, como também houve espaço para o surgimento e o desenvolvimento do que se poderia chamar de feminismo acadêmico, ancorado no Departamento de Pesquisa da Fundação Carlos Chagas, em São Paulo, em pesquisas de ciências humanas e educação, realizadas nas grandes universidades do país, algumas das quais proporcionaram o surgimento de Núcleos de Pesquisa em Estudos da Mulher. A partir de 1985, foram criadas as delegacias especializadas. O feminismo, as feministas e as delegacias da mulher não resolveram a questão da violência, embora a criação das delegacias tenha sido um avanço considerável na medida em que a mulher passou a ser reconhecida como vítima de violência. O segundo tema que se tornou central no movimento feminista a partir da década de 1980 foi a implantação do Programa de Atenção

Integral à Saúde da Mulher (PAISM), pelo Ministério da Saúde, que envolvia três temas: planejamento familiar, sexualidade e aborto.

A partir da década de 90, aparecem dois cenários importantes para a identificação das novas formas que o pensamento e o movimento feminista tomaram: o primeiro refere-se à dissociação entre o pensamento feminista e o movimento; o segundo, à profissionalização do movimento por meio do aparecimento de um grande número de ONGs, a mais pública expressão do feminismo na virada do século.

Esse tipo de organização apesar de atuar no campo da política, não se relaciona diretamente com o Estado, mas principalmente com as mulheres das camadas populares, organizando-as e buscando aumentar o seu poder para agirem na esfera pública. Assim, é possível verificar uma multiplicidade de manifestações de mulheres em movimentos populares, em sindicatos e em partidos políticos, que trazem para a discussão as questões dos direitos das mulheres. Embora saliente a importância das ONGs como uma nova forma de arena política, Céli Pinto (2003) aponta os limites dessas organizações, como, por exemplo, a necessidade de se guiarem pela agenda das fundações internacionais em função dos critérios para o recebimento de fundos e a institucionalização, acreditando

que com isso seria necessário um salto maior do movimento feminista, passando para o que se chama de empoderamento feminino, a fim de se atingir o objetivo político e social do movimento e não somente se limitar à simples proteção e cooperação.

Com a chegada do século XXI, o movimento feminista atinge seu auge na luta por direitos e participação em todas as camadas e instituições da sociedade. As mulheres conquistaram o direito ao voto, ao trabalho em igualdade com os homens, à administração da família e a liberdade e garantias constitucionais. Hoje temos um cenário de total participação feminina em todas as áreas e podemos perceber cada vez mais esse crescimento com o empoderamento feminino. Essa relação de direito, mercado e cidadania entre os sexos foi construída em determinado tempo histórico e contexto político, contudo está em constante mudança e construção.

2.1. MOVIMENTOS FEMINISTAS E EMPODERAMENTO

Segundo o dicionário Aurélio *on line*[98](2018), Feminismo é o "sistema dos que preconizam a ampliação

[98] https://dicionariodoaurelio.com/feminismo.

legal dos direitos civis e políticos da mulher ou a igualdade dos direitos dela aos do homem".

O feminismo contemporâneo passa a tratar as questões de sexo como política, considerando os diversos movimentos sociais, ou seja, passa-se as análises de gênero, a diversidade de direitos, participação civil e a necessidade de políticas públicas específicas.

O movimento de mulheres exerceu papel fundamental tanto nas conquistas históricas quanto no âmbito nacional em que, ocorreu o reconhecimento de igualdade entre homens e mulheres, obrigatório a partir da constituição de 1988, além de colocar na agenda pública a necessária atenção às políticas de gênero.

Cabe, enfim, considerar que as políticas de gênero não ultrapassam os movimentos sociais, ao contrário mostram a importância da atuação desses movimentos no que tange ao protagonismo dos sujeitos sociais.

Segundo Cecília Sardenberg:

> Empoderamento de mulheres é o processo da conquista da autonomia, da autodeterminação. E trata-se, para nós, ao mesmo tempo, de um instrumento/meio e um fim em si próprio. O empoderamento das mulheres implica, para nós, na libertação das mulheres das amarras da

> opressão de gênero, da opressão patriarcal. Para as feministas latino-americanas, em especial, o objetivo maior do empoderamento das mulheres é questionar, desestabilizar e, por fim, acabar com o a ordem patriarcal que sustenta a opressão de gênero". (SARDENBERG, 2012, p. 02).

Percebe-se que o conceito de empoderamento feminino está interligado com a busca de mudança de paradigma na condição social da mulher em relação à desigualdade com os homens. A busca por poder das mulheres é resultado de estudos, debates e críticas importantes levantadas por mulheres de todo o mundo para que fosse criado uma agente feminista, a fim de se transformar aquelas estruturas que excluíam as mulheres da efetiva participação social.

> Nesse sentido, empoderamento é, simultaneamente, processo e o resultado desse processo, sendo que, no caso das mulheres, esse processo tem como objetivos: (1) questionar a ideologia patriarcal; (2) transformar as estruturas e instituições que reforçam e perpetuam a discriminação de gênero as desigualdades sociais; e (3) criar as condições para que

> as mulheres pobres possam ter acesso – e controle sobre – recursos materiais e informacionais. (SARDENBERG, 2012, p. 09).

O processo de empoderamento feminino surge no Brasil, oriundo do processo de empoderamento de organizações, crescimento do movimento, e realizações no nível institucional. Percebemos que as principais ações e conquistas ocorreram no âmbito da administração pública e política, pelo surgimento de delegacias especializadas, conselhos municipais e estaduais, e câmaras. A partir daí podemos observar três eixos da busca pelo poder feminino: ter participação política ativa, ter vida profissional digna e reconhecida, e ter integridade sob seu corpo e suas escolhas, como afirma Cecília Sardenberg (2012).

Apesar das grandes conquistas femininas no último século, sobretudo as legais, como veremos à frente nesse estudo, ainda há muito que fazer para que se finde o quadro de submissão feminina. É fundamental que o Estado invista cada vez mais nas Políticas Públicas voltadas para mulheres, e que o protagonismo do movimento feminista amplie a presença das mulheres no cenário público, na luta pela garantia de direitos conquistados e ampliação de novos direitos.

Trata-se de um movimento que não se consolida à revelia da construção do conceito de gênero, mas sim na consolidação das mulheres enquanto sujeitos sociais e protagonistas de sua história.

3. PARTICIPAÇÃO FEMININA NO MERCADO DE TRABALHO

A participação da mulher no mercado de trabalho teve seu início com a I e II Guerras Mundiais, respectivamente, quando os homens foram para a frente de batalha e as mulheres passaram a assumir os negócios da família. Quando tais guerras acabaram, trouxeram consigo a perda de muitos dos homens nos campos de batalha e o regresso de muitos mutilados ou impossibilitados de exercer o trabalho como anteriormente. E justamente nesse momento as mulheres sentiram-se na obrigação de deixar a casa e os filhos para levar adiante os projetos e o trabalho que eram realizados pelos maridos.

Com os avanços tecnológicos e a consolidação do sistema capitalista, boa parte da mão-de-obra feminina foi transferida para as fábricas e, desde então, algumas leis passaram a beneficiar as mulheres.

A partir da década de 70 intensificou-se a participação das mulheres na atividade econômica em um

contexto de expansão da economia brasileira, num acelerado processo de industrialização e urbanização, sendo que as trabalhadoras eram em sua maioria jovens, solteiras e pouco escolarizadas. A participação feminina no mercado de trabalho prosseguiu na década de 80, apesar da estagnação da atividade econômica e da deterioração das oportunidades de ocupação. A década de 90 caracterizou-se pela intensa abertura econômica, pelos baixos investimentos e pela terceirização da economia, trazendo consigo a continuidade da crescente incorporação da mulher na força de trabalho. Também nessa década, incrementou-se o desemprego feminino, indicando que o aumento de postos de trabalho para mulheres não foi suficiente para absorver a demanda feminina por trabalho.

> O processo da inserção das mulheres no mercado de trabalho no século atual, apesar de parecer estar se consolidando, não é um fenômeno simples e vários problemas são enfrentados pelas mesmas no mundo todo, como: salários menores do que o dos homens por trabalhos equivalentes; dupla jornada; deficiências nas políticas sociais, o que impede o acesso aos serviços de apoio familiar, como creches, refeitórios e outros equipamentos sociais para

> mulheres de menor renda; menores chances de capacitar-se profissionalmente nas áreas rentáveis , cujas vagas são destinadas majoritariamente aos homens; e falta de voz nos espaços de decisão e de poder para negociar acordos coletivos de trabalho, em razão das desigualdades de gênero nas próprias relações sindicais. (MUNIZ; BACHA; PINTO, 2015, p. 14)

Ainda conforme Muniz; Bacha; Pinto (2015), considerando um grupo mais homogêneo, com a mesma escolaridade e o mesmo agrupamento de atividade, a diferença entre os rendimentos de homens e mulheres persiste, sendo que as mulheres continuam recebendo um rendimento médio habitual no trabalho principal bem inferior que o dos homens, indiferentemente de grau de escolaridade, mesmo nos casos em que as mulheres apresentem maior qualificação que homens. Além da diferença salarial, é evidente ainda uma desproporção entre cargos executivos ocupados por homens e mulheres.

Segundo a avaliação do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud), onde estava avaliando o IDH de países, ficou mais uma vez

demonstrado que as mulheres apesar de estudarem mais que os homens, ainda ganham menos que eles[99].

3.1. OPORTUNIDADES DE CHEFIA E GERENCIAMENTO

De acordo com o estudo da Catho (2012)[100], as mulheres ocupam cerca de 48% dos cargos de supervisão, igualando-se aos homens e, 64% dos postos de coordenação, destacando-se como maioria. Contudo, somente 24% dos cargos mais elevados das organizações, como presidentes e CEOs, pertencem a essas profissionais, ressaltando que essas posições nesses cargos são em empresas de pequeno porte.

> [...] é difícil para as mulheres alcançarem o reconhecimento de suas equipes, mesmo apresentando níveis educacionais mais elevados e melhor qualificação profissional que os homens para o mesmo trabalho. Precisam trabalhar com muito mais afinco e apresentar

[99] https://veja.abril.com.br/economia/idh-brasileiras-estudam-mais-mas-ganham-menos-que-homens/
https://oglobo.globo.com/economia/idh-brasileiras-estudam-mais-mas-ganham-menos-que-homens-23067794

[100] https://www.catho.com.br/institucional/2012/03/pesquisa-da-catho-online-destaca-o-aumento-da-participacao-das-mulheres-no-mercado-de-trabalho/

> resultados superiores aos de seus colegas homens para garantirem sua posição na organização. na atualidade, as mulheres estão caminhando a passos largos para quebrar o chamado "teto de vidro" – as barreiras artificiais invisíveis criadas por preconceitos atitudinais e organizacionais que impedem as mulheres de ascenderem aos cargos de topo de carreira, ou de ampliarem sua atuação profissional. (MOURÃO e GALINKIN, 2008, p. 08).

No entendimento de Melo e Lopes (2012), a diversidade tem ajudado a reduzir preconceitos, ressaltando que as mulheres estão assumindo postos de destaque e concorrendo em igualdade de condições com os homens, participando das mesmas oportunidades e, ainda, tendo as mesmas exigências e formas de ascensão ao ingressar na função gerencial. Entretanto, essas diferenças são percebidas em alguns setores, mantendo relação com o nível hierárquico e, principalmente, com a faixa salarial.

Apesar dos avanços, pode-se visualizar que ainda há discriminação em oportunizar cargos de chefia, gerência e direção às mulheres, principalmente nas grandes empresas.

3.1. DESAFIOS DA MULHER EMPREENDEDORA

Em razão das dificuldades de oportunidades de empregos em cargos de gerenciamento, aliadas à própria dificuldade em se estabilizar profissionalmente e economicamente, muitas mulheres buscam no empreendedorismo, ou seja, no seu próprio negócio, a sua realização pessoal. Todavia, esse caminho também não se apresenta fácil, como se demonstra no presente estudo.

Suely da Silva Carreira; Ana Bencciveni Franzone; Aulina Judith Folle Esper; Daniela Chagas Pacheco; Fabiana Bohm Gramcow; Manoel Francisco Carreira (2015. P. 09) identificam que "conquanto as mulheres ainda encontrem dificuldades para chegar aos níveis superiores de gestão corporativa, elas encontraram uma maneira de contornar as dificuldades e abrir suas próprias empresas".

Segundo informação do SEBRAE Nacional (2018), são diversas as dificuldades encontradas por empresas dirigidas por mulheres, ou que possuem mulheres liderando os negócios da empresa. Elas enfrentam barreiras (preconceito) sociais e econômicas, tornando o desafio de empreender ainda maior. Falta investimento externo, incentivo e tratamento igualitário

nas relações negociais e financeiras. Esse cenário sexista reflete na forma de empreendimento feminino, que em sua maioria prefere investir na área de comércio varejista e no setor de alimentação, fugindo dos grandes empreendimentos industriais e financeiros.

Nesse sentido:

> As mulheres, de maneira geral, possuem como característica natural maior sensibilidade, maior empatia, comprometimento, vontade de ajudar. Essas são algumas das características que auxiliam uma mulher a se tornar uma empreendedora de sucesso na área de serviços por exemplo. Nesse setor essas características facilitam o trabalho que requer facilidade de relacionamento (com clientes, colaboradores, comunidades, etc.), possibilitando um desenvolvimento diferenciado e inovador. (AMORIN; BATISTA, 2012. p. 05).

Como resultado, podemos perceber que ainda há diferenças entre homens e mulheres, muito embora essas diferenças tenham se reduzido ao longo dos últimos anos:

> Normalmente, um empreendimento feminino gera apenas o próprio emprego e/ou o emprego de familiares, porém pode gerar, quando o empreendimento tem sucesso, duas frentes de trabalho, pois a empreendedora necessita também de um empregado doméstico, para auxiliá-la nas atividades do lar, mesmo diante de tantas conquistas a mulher nunca será dispensável dessa responsabilidade. Sendo assim além de empreender as mulheres de hoje, mantém as tarefas tradicionais: ser mãe, esposa e dona de casa, tendo então uma jornada dupla. Mulheres motivadas para empreender, em função dos cuidados necessários a família, muitas vezes empreendem em sua própria residência, pois assim conciliam os dois afazeres. Os empreendimentos femininos, na maioria das vezes, desenvolvem atividades orientadas aos consumidores finais em atividades de prestação de serviços. Essas atividades são desenvolvidas como alternativa para o desemprego ou complementação de renda familiar. (AMORIN; BATISTA, 2012. p. 11).

Apesar de todas as barreiras apresentadas, o empreendedorismo feminino cresce ano após ano, e deve ser cada vez mais valorizado, tendo em vista que traz grande contribuição à sociedade, atuando na geração de empregos, expandindo a economia, proporcionando a realização de um trabalho que sustente seu crescimento pessoal, profissional e financeiro.

4. REPRESENTAÇÃO POLÍTICA E ATIVISMO

Muitas conquistas foram obtidas pelas mulheres ao longo dos anos, dentre elas o direito ao voto e a maior participação na sociedade. No entanto, quando se trata de questões políticas, a mulher ainda é muito subjugada pela sociedade.

Como já colocado inicialmente, a participação política ativa de mulheres no país é abaixo da média mundial, configurando o menor índice de representação política da América, conforme dados do Tribunal Superior Eleitoral, ONU e Banco Mundial. Apesar de já ter havido no Brasil uma presidente da República mulher (2011-2016), ainda há muita resistência quanto à ativa participação de mulheres na política, principalmente em relação cargos do Poder Executivo.

Atualmente somente um Estado brasileiro possui uma mulher como governadora (RO). Quanto às prefeituras, Cerca de 68% das cidades sequer tiveram uma candidata à Prefeitura.

> Assim, a ausência ou reduzida presença de mulheres na política institucional não expressa meramente uma injustiça quantitativa fartamente evidenciada pelas estatísticas que mostram o desequilíbrio numérico existente na grande maioria das democracias ocidentais entre, de um lado, o peso feminino na composição das populações nacionais e no seu eleitorado e, de outro, a presença delas no sistema político. Esta sub-representação configura também uma injustiça na medida em que indica a primazia nas arenas decisórias de determinados temas, grupos e interesses em detrimento de outros. Esse fenômeno evidencia as interdependências entre a *representação descritiva*, geralmente associada a perguntas sobre "quem representa?", e a *representação substantiva*, que nos leva a perguntas sobre "o quê representa", tornando particularmente importante o diagnóstico das barreiras que as mulheres enfrentam

> para entrar no sistema político, como o próprio diagnóstico do perfil daquelas que obtém sucesso em tal empreitada. (ALMEIRDA; LUCHMANN; RIBEIRO, 2012. p. 02).

Diante dessa situação, insta ressaltar que o fato de mulheres não exercerem cargos políticos em grande número, se dá muito além do preconceito delas não serem eleitas, ou serem preteridas aos candidatos homens, mas por que são poucas, percentualmente, as mulheres que se candidatam aos cargos políticos visando uma cadeira legislativa ou mesmo o cargo de chefe do executivo.

Nesse contexto, criou-se a Lei de Cotas 9504/1997[101], considerando que Luiz Felipe Miguel (2000, p. 01) entende que:

> A adoção de cotas para mulheres candidatas é uma das experiências mais interessantes da democracia brasileira. Embora banalizada pela imprensa e objeto de um debate quase sempre superficial, ela coloca em jogo questões importantes, relacionadas com as limitações dos

[101] BRASIL, 1997. Lei 9504 de de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para a eleição. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9504.htm>.

> regimes democráticos concorrenciais de tipo ocidental.

Todavia, a legislação brasileira de cotas é um tanto quanto tímida, uma vez que não há reserva de cadeiras no executivo e legislativo, mas apenas de vagas de candidatura.

Aliás, vale ainda salientar que mesmo quando ocupam cargos no legislativo, o número de mulheres parlamentares que chegam à presidência das câmaras e assembleias é infinitamente inferior ao de homens.

Desse modo podemos observar que a participação feminina na política brasileira ainda precisa evoluir, dando igual oportunidade de disputa no pleito para homens e mulheres, bem como dar a elas crédito, voz ativa e poder de decisão nas casas legislativas.

A pouca representatividade de mulheres na política (nos cargos do Poder Executivo e Legislativo), pode influenciar nas decisões por políticas públicas voltadas para a proteção e segurança do gênero, assim como debates educacionais e projetos para melhoria de qualidade de vida e profissional das mulheres.

É preciso que as instituições olhem e apoiem mais a participação das mulheres na política, tendo

em vista que elas representam a maioria no atual eleitorado. Além disso, a presença feminina traz benefício para toda a sociedade, além de trazer maior igualdade de gênero, essencial na sociedade moderno-contemporânea.

4.1. ATUAÇÃO NO PODER JUDICIÁRIO

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, as mulheres representam 37,3% do quadro da magistratura em todo o país. Todavia, apesar de tais números serem relativamente animadores, considerando que para investidura no cargo se dá por concurso público, outro fator deve ser analisado, o fato de apenas 4 dos 27 Tribunais de Justiça Estadual serem presididos por Mulheres (Acre, Amapá, Bahia e Roraima)[102].

Para a ministra Laurita Vaz, vice-presidente do Superior Tribunal de Justiça (STJ), isso acontece "não pela falta de competência ou merecimento das mulheres, mas sim pela existência de dificuldades para transitar em espaços políticos historicamente ocupados por homens" (Jus Brasil, 2014)[103].

[102] Levantamento realizado diretamente nas informações dos *sites* dos Tribunais.

[103] https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/172158271/apesar-dos-avancos-magistradas-dizem-que-mulheres-ainda-tem-espaco-a-conquistar-no-judiciario

Acredita-se que os motivos pelos quais a representação feminina nos Tribunais, Regionais e Superiores, assim como nos órgãos de direção e presidência, é muito inferior ao dos homens por simples preconceito de gênero.

O fato é que o número de mulheres na população e suas representações nos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário são muito baixos, o que é de fato um reflexo negativo para toda a sociedade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O movimento feminista brasileiro, enquanto movimento social, extrapolou os limites do seu *status* e do próprio conceito. Foi além da demanda e da pressão política na defesa de seus interesses específicos. Entrou no Estado, interagiu com ele e ao mesmo tempo conseguiu permanecer como movimento autônomo. Através dos espaços conquistados (conselhos, secretarias, coordenadorias, ministérios, etc.) elaborou e executou políticas. No espaço do movimento, reivindica, propõe, pressiona, monitora a atuação do Estado, não só com vistas a garantir o atendimento de suas demandas, mas acompanhar a forma como estão sendo atendidas.

Embora esse trabalho esteja inserido nas discussões contemporâneas acerca da história do feminismo no Brasil, as múltiplas faces desse movimento requerem um relato mais complexo. As discussões atuais em torno das contribuições recíprocas entre a história das mulheres e a do movimento feminista e também das construções sociais acerca do gênero apontam para uma maior complexidade.

A luta das mulheres está na libertação das amarras de um senso moral construído pela cultura machista, cristalizada durante séculos. Não é apenas pela igualdade econômica e política que as mulheres conquistam seu espaço; mas é também na construção de uma sociedade livre de relações preconceituosas e discriminações.

O resultado de toda essa desproporção é cultural, razão pela qual deve haver ações e cobranças incisivas ao longo do tempo, na tentativa de mudar esse preconceito em relação as mulheres no mercado de trabalho e na vida política, oferecendo maiores oportunidades de representação social e conquista de cidadania. Trata-se de uma luta pela liberdade, para além da equiparação de direitos, e pelo respeito à alteridade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Carla; LUCHMAN, Lígia; RIBEIRO, Ednaldo. **Associativismo e representação política feminina no Brasil.** 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-33522012000200009&script=sci_arttext>. Acesso em: 20 Jul. 2018.

AMORIM, Rosane Oliveira, BATISTA, Luiz Eduardo. **EMPREENDEDORISMO FEMININO: RAZÃO DO EMPREENDIMENTO**. 2012. Disponível em: <http://uniesp.edu.br/sites/_biblioteca/revistas/20170602115149.pdf>. Acesso em: 16 Jul. 2018.

Apesar dos avanços, magistradas dizem que mulheres ainda têm espaço a conquistar no Judiciário. 2015. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/172158271/apesar-dos-avancos-magistradas-dizem-que-mulheres-ainda-tem-espaco-a-conquistar-no-judiciario> Acesso em: 19 Jul. 2018.

BRASIL. Ministério da Educação e Cultura**. Censo da Educação Superior 2016.** 2016. Disponível em: <http://download.inep.gov.br/educacao_superior/censo_superior/documentos/2016/notas_sobre_o_censo_da_educacao_superior_2016.pdf>. Acesso em: 19 Jul. 2018.

CARREIRA, Suely da Silva; FRANZONI, Ana Bencciveni; ESPER, Aulina Judith Folle; PACHECO, Daniela Chagas; GRAMKOW, Fabiana Bohm; CARREIRA, Manoel Francisco. **Empreendedorismo Feminino: Um Estudo Fenomenológico.** 2013**.** Disponível em:

<http://www.redalyc.org/html/3504/350450617002/>. Acesso em: 16 Jul. 2018.

CATHO – **Estudo aponta o crescimento das profissionais do sexo feminino em cargos de liderança e em quais áreas são maioria dentro das organizações.** 2012. Disponível em: < https://www.catho.com.br/institucional/2012/03/pesquisa-da-catho-online-destaca-o-aumento-da-participacao-das-mulheres-no-mercado-de-trabalho/> . Acesso em :28 Ago. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Mulheres representam 37,3% dos magistrados em atividade em todo o país**. 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84432-percentual-de-mulheres-em-atividade-na-magistratura-brasileira-e-de-37-3>. Acesso em: 19 Jul. 2018.

COSTA, Ana Alice Alcântara. **O MOVIMENTO FEMINISTA NO BRASIL: DINÂMICAS DE UMA INTERVENÇÃO POLÍTICA**. 2013. Disponível em: <http://www.revistagenero.uff.br/index.php/revistagenero/article/viewFile/380/285>. Acesso em: 16 Jul. 2018.

MELO, Marlene Catarina de Oliveira Lopes; LOPES, Ana Lúcia Magri. **Empoderamento de mulheres gerentes: A construção de um modelo teórico de análise**. 2012. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/rgb/article/view/2346. Acesso em: 17 Jul. 2018>.

MIGUEL. Luiz Felipe. **TEORIA POLÍTICA FEMINISTA E LIBERALISMO: O caso das cotas de representação**. 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/%0D/rbcsoc/v15n44/4149.pdf>. Acesso em: 19 Jul. 2018.

MOURÃO, Tânia Maria Fontenele; GALINKIN, Ana Lúcia. **Equipes Gerenciadas por Mulheres - Representações Sociais Sobre Gerenciamento Feminino**. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/prc/v21n1/a12v21n1>. Acesso em: 17 Jul. 2018.

MUNIZ, Danilo Dias; BACHA, Felipe Barcellos; PINTO, Júlia Massini. **Participação Feminina no Mercado de Trabalho**. 2015. Disponível em: <http://estacioribeirao.com.br/revistacientifica/arquivos/revista6/7.pdf>. Acesso em: 20 Jul. 2018.

O GLOBO. **IDH: brasileiras estudam mais, mas ganham menos que homens**. 2018. Disponível em: https://oglobo.globo.com/economia/idh-brasileiras-estudam-mais-mas-ganham-menos-que-homens-23067794. Acesso em: 15 Set. 2018.

PINTO, Céli Regina Jardim . **Uma história do feminismo no Brasil**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003.

SARDENBERG, Cecília M.B.. **Conceituando Empoderamento na perspectiva feminista**. 2012. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/6848/1/Conceituando%20Empoderamento%20na%20Perspectiva%20Feminista.pdf>. Acesso em: 28 Ago. 2018.

SEBRAE. **Os Desafios da Mulher Empreendedora**. 2018. Disponível em: <http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/os-desafios-da-mulher-empreendedora,e74ab85844cb5510VgnVCM1000004c00210aRCRD>. Acesso em: 20 Jul. 2018.

VALOR ECONÔMICO. **Mulheres ocupam apenas 38% dos cargos de chefia no Brasil, aponta IBGE**. 2018. Disponível em: <https://www.valor.com.br/brasil/5368813/mulheres-ocupam-apenas-38-dos-cargos-de-chefia-no-brasil-aponta-ibge>. Acesso em: 19 Jul. 2018.

VEJA On Line. **IDH: brasileiras estudam mais, mas ganham menos que homens**. 2018. Disponível em: https://veja.abril.com.br/economia/idh-brasileiras-estudam-mais-mas-ganham-menos-que-homens/. Acesso em: 15 Set. 2018.

A APLICAÇÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL FRENTE À PRIORIDADE ABSOLUTA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO

THE APPLICATION OF THE POSSIBLE RESERVE IN FACE TO THE ABSOLUTE PRIORITY OF CHILDREN AND ADOLESCENTS AND THE FUNDAMENTAL RIGHT TO EDUCATION

Luciana Andréa França Silva
Wanderson Dias Fernandes

Resumo

A presente pesquisa busca analisar o princípio da reserva do possível em contraposição ao princípio da proteção integral e absoluta que as crianças e os adolescentes possuem no nosso ordenamento jurídico, evidenciando-os como sujeitos de direitos. Serão estudados os institutos da proteção integral e da prioridade absoluta como norteadoras das políticas públicas destinadas a elas, bem como analisadas se as limitações fáticas, jurídicas e argumentos de razoabilidade, que sustentam o princípio da reserva do possível, são oponíveis em face dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, tendo em vista a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Palavras-chave: Reserva do possível; Prioridade absoluta da Criança; Educação.

Abstract

The present research seeks to analyze the principle of the reserve of the possible in contraposition to the principle of the integral and absolute protection that the children and adolescents have in our legal system, evidencing them as subjects of rights. The institutes of integral protection and absolute priority will be studied as guiding principles of the public policies destined to them, as well as being analyzed if the factual, juridical limitations and arguments of reasonability, that support the principle of the reserve of the possible, are opposable in the face of fundamental rights of children and adolescents, in view of the peculiar condition of a developing person.

Keywords: Reservation of the possible; Absolute Priority of the Child; Education.

INTRODUÇÃO

Quando se cuida de interesse de crianças, o ordenamento jurídico brasileiro adotou a teoria da proteção integral, consubstanciada no princípio da prioridade absoluta, que disposto no art. 227, caput da Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988[104] e no Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 1º e 3º), razão

[104] Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

pela qual as questões relativas à criança e ao adolescente devem ocupar posição privilegiada nas questões de organização quanto às realizações do Estado e da Família.

Ao contemplar os direitos fundamentais, a Constituição Federal de 1988reconheceu um lugar privilegiado da criança e o adolescente como sujeitos de direitos com absoluta prioridade. Quando se fala, portanto, em prioridade absoluta não podemos nos afastar da ideia de que estamos tratando de algo que não é relativo, que concentra todo o poder, sem restrições, imperioso, puro, que é independente de todo o ponto de referência convencional[105].

A previsão constitucional fomentou a necessidade da elaboração de um novo diploma que pudesse contemplar a nova concepção privilegiando com isso a criança e o adolescente, o que se operou com aLei nº 8.069/90 – o Estatuto da Criança e do Adolescente privilegiando em seu artigo 1º a proteção integral à criança e ao adolescente e ainda e absoluta prioridade[106].

---

[105]Disponível em https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/absoluta. Acesso em 02 de Agosto de 2.017.

[106] Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.
Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:
a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;

O princípio da proteção integral à criança e do adolescente, compreendido como sujeito de direitos em situação peculiar de pessoa em desenvolvimento determina a primazia do atendimento nos serviços públicos, a preferência na formulação e execução de políticas públicas, e, especialmente, a destinação privilegiada de recursos para as áreas direcionadas à proteção da criança e do adolescente.

No entanto, apesar previsão da proteção integral da criança e do adolescente com prioridade absoluta, o Poder Público parece desconhecer a necessidade da implementação de direitos, mantendo-se inerte em face das garantias que são dele decorrentes, uma vez que não é capaz de atender aos interesses de crianças e adolescentes, omitindo direitos fundamentais básicos, como o acesso à educação, o direito à saúde, à alimentação.

Com isso, cresce o número de ações judiciais interpostas para obrigar a Administração Pública a adotarde medidas que visem o cumprimento dos direitos e garantias fundamentais previstos constitucionalmente referentes aos interesses da criança e do adolescente que ocupa posição privilegiada.

---

b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

A Administração Pública, por sua vez, quando interpelada judicialmente, repete sucessivamente os mesmos argumentos em sua defesa invocando o princípio da reserva do possível como forma de escusar as obrigações que lhe são atribuídas alegando, ainda, que não cabe ao Poder Judiciário determinar quais políticas públicas deve implantar o Poder Executivo, sob pena de se configurar uma interferência indevida na esfera de atribuição que não é de sua competência e que a decisão que determine a adoção de medida de política pública ferem o mérito administrativo e a discricionariedade da sua decisão.

Entretanto, é um equívoco invocar o princípio da reserva do possível frente à absoluta prioridade da criança e do adolescente, mesmo porque a discricionariedade do administrador público não pode se afastardos princípios norteadores das políticas relacionadas às necessidades da criança e do adolescente, reconhecendo a necessidade de tratamento prioritário diante do novo panorama do Estado Democrático de Direito estabelecido pela Constituição Federal.

Buscando uma análise sobre a mudança de paradigma trazida pela Constituição de 1988, que impôs que todo o sistema jurídico brasileiro seja interpretado à luz da nova doutrina, conferindo às crianças e adolescentes

todos os direitos inerentes a todo ser humano e determinando que eles devam ser implementados com absoluta prioridade, este estudo objetiva uma análise relacionada a invocação do princípio da reserva do possível para afastar o implementação de políticas públicas voltadas para o atendimento de crianças, relacionados especialmente à educação como forma de reconhecimento da necessidade de privilegiar a criança como ser em condição especial de desenvolvimento.

A metodologia utilizada no presente estudo foi a revisão bibliográfica, baseada em fontes primárias e secundárias, utilizando-se o método dedutivo.

2. O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL E O PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA DA CRIANÇA COMO FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

A partir da vigência Constituição Federal de 1.988 e, posteriormente, do Estatuto da Criança e do Adolescente, o Brasil adotou a doutrina da Proteção Integral elegendo a partir de então crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, em contraponto ao posicionamento que anteriormente considerava crianças e adolescentes como objeto de direitos, reconhecendo que a

obrigação de forma conjunta formada pela família, a sociedade e o Estado.

A proteção integral assenta-se em três pilares que reconhecea criança e o adolescente como sujeitos de direitos e não mais como objeto de direitos, a absoluta prioridade relacionada a políticas públicas e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

É indiscutível que a teoria da proteção integral representa um enorme progresso dos direitos humanos fundamentais trazendo a noção de que crianças e adolescentes são titulares de direitos gerais, como toda e qualquer pessoa, e específicos, devido à sua peculiar situação de pessoa ainda em desenvolvimento físico, mental, intelectual, social e cultural.

Do princípio da proteção integral decorre a exigência de que a tutela e aplicação dos direitos de crianças, adolescentes e jovens tenham prioridade absoluta.

Analisando a prioridade, Aurélio Buarque de Holanda Ferreira traz como conceito:

> 1. Qualidade do que está em primeiro lugar, ou do que aparece primeiro; primazia.
> 2. Preferência dada a alguém relativamente ao tempo de realização de seu direito, com preterição do de outros; primazia. 3. Qualidade duma coisa é que

> posta em primeiro lugar, numa série ou ordem. (DICIONÁRIO AURÉLIO, 1986, p. 1.393).

Já com a análise da palavra absoluta, segundo o mesmo dicionário, podemos extrair como ilimitada, irrestrita, plena, incondicional. Portanto, analisando a etimologia da prioridade absoluta consagrada à criança e ao adolescente podemos constatar que seria uma qualidade assegurada às crianças e aos adolescentes uma preferência de forma ilimitada na garantia de seus direitos assegurado com primazia sobre quaisquer outros.

A prioridade absoluta dedicada às crianças e adolescente, Wilson Donizeti Liberati (1991) pontua que,

> por absoluta prioridade, devemos entender que a criança e o adolescente deverão estar em primeiro lugar na escala de preocupação dos governantes; devemos entender que, primeiro, devem ser atendidas todas as necessidades das crianças e adolescentes (...). Por absoluta prioridade, entende-se que, na área administrativa, enquanto não existirem creches, escolas, postos de saúde, atendimento preventivo e emergencial às gestantes dignas moradias e trabalho, não se deveria asfaltar ruas, construir praças, sambódromos monumentos artísticos etc., porque a vida, a saúde, o lar, a prevenção de doenças são importantes que as obras de concreto que ficam par a demonstrar o poder do governante. (LIBERATI, 1991, p. 4-5)

Tem-se, portanto, que o princípio garantia da prioridade absoluta da criança e do adolescente estabelece uma relação de preferência em benefício do público infanto-juvenil que não pode deixar de ser observada por nenhum dos poderes do Estado.

Assim sendo, o atendimento a um direito de uma criança deverá prevalecer em relação ao atendimento de um direito de um adulto com absoluta prioridade. Isso significa que o legislativo deverá tratar de ações prioritariamente voltadas para o atendimento infantil, que o executivo, no uso de atribuições deverá priorizar políticas de atendimento de crianças e adolescentes, bem como o judiciário, ao proferir suas decisões não poderá se afastar da ideia da prevalência da proteção integral destes.

A prioridade absoluta é um marco na mudança da visão da legislação brasileira onde passou-se a olhar a criança como pessoa em condição especial de desenvolvimento e, portanto, digna de proteção integral onde lhe seja garantido o melhor interesse.

A origem histórica se deu por mobilização civil, em que o texto do art. 227 da Constituição Federal se deu por origem popular, que levou à assembleia constituinte em 1.987 duas propostas de iniciativa popular - “Criança e Constituinte” e “Criança: Prioridade Nacional” – sendo

marco normativo que posteriormente culminou no Estatuto da Criança e do Adolescente.

O legislador constituinte, ao ouvir o clamor popular prevendo a prioridade absoluta para crianças e adolescentes visou corrigir uma omissão temática, uma vez que, a Constituição Federal de 1.988 foi a primeira a tratar do tema reconhecendo o peculiar estado de desenvolvimento e a curta duração do estágio de vida infanto-juvenil e a necessidade de prioridade no atendimento.

A aplicabilidade da proteção integral da criança e do adolescente tem sua aplicabilidade imediata, uma vez que trata valor constitucional que irradia efeitos diretos, concretos e obrigatórios de forma plena para o ordenamento jurídico brasileiro.

Com o reconhecimento de direitos pela Constituição Federal em seu art. 227 e no Estatuto da Criança e do Adolescente, mais precisamente no art. 4º não podemos nos distanciar da ideia de que o direito à educação passa a ter uma atenção especial, uma vez que há uma maior implicação social. É na educação que se prioriza a condição especial de desenvolvimento, pois traz consigo a desenvolvimento de toda uma nação que somente poderá vislumbrar um futuro com crescimento sólido e duradouro.

A partir da doutrina da proteção integral grandes avanços foram alcançados onde o governo brasileiro tem investido na implementação de diversos direitos da criança, entretanto, é na educação que podemos reconhecer certa fragilidade no atendimento prioritário que deve ser dedicado à criança e ao adolescente.

3. A IMPORTÂNCIA DO RECONHECIMENTO DA EDUCAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A educação tradicionalmente configura um dos valores de natureza social mais significativo relacionado à melhoria e à transformação da sociedade, sendo mais que uma exigência ligada aos processos produtivos e de inserção profissional, correspondendo a valores da cidadania social e política.

Tendo em vista a relevância da educação e sua importância na construção da cidadania em prol do bem comum e de uma sociedade mais justa a Constituição Federal de 1.988 tem um importante papel na consolidação das noções que permeiam o seu acesso, incluindo no rol

dos direitos fundamentais o direito à educação, amparado, também, por diversos diplomas internacionais[107].

Reconhecendo o valor da igualdade entre as pessoas, o direito à educação foi consagrado em nossa Constituição Federal de 1988 como um direito social (artigo 6º da CF/88)[108] passando o Estado a ter a obrigação de garantir educação de qualidade a todos os brasileiros.

Conforme Ingo Wolfgang Sarlet (2012), a educação figura entre os direitos fundamentais relacionados ao mínimo existencial abrangido em uma dimensão sócio cultural:

> Além dos argumentos já colacionados, verifica-se que um direito subjetivo (inclusive originário) a prestações em matéria educacional, especialmente no campo do ensino fundamental, situa-se na esfera da garantia do mínimo existencial, especialmente naquilo em que este, como já sinalado no capítulo próprio, abrange uma dimensão sociocultural e não se limita a um mínimo vital, fundamentação amplamente prestigiada na doutrina e jurisprudência,

[107]Não são poucos os documentos de caráter internacional, assinados por países da Organização das Nações Unidas, que reconhecem e garantem esse acesso a educação. Alguns exemplos são o Pacto Internacional relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), a Declaração Mundial sobre Educação Para Todos (1990), a Declaração de Amsterdã (2004) e a Declaração de Jacarta (2005).

[108] Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

> inclusive do STF, situações que abrangem o reconhecimento de um direito subjetivo de acesso à educação infantil em creches disponibilizadas pelo poder público para crianças de até cinco anos de idade (SARLET, 2012, p. 437)

A educação tem o importante papel de formação integral do indivíduo que abrange a formação pessoal e profissional, preparando o homem para o convívio na sociedade com base em valores humanos que convergem para o respeito e consideração ao próximo e sua a formação técnica-profissional para a busca de condições dignas de trabalho e de sobrevivência.

No entanto, o Poder Público não é o único responsável pela garantia desse direito. Conforme previsto na Constituição Federal,[109] a educação também é dever da família e da sociedade cabendo a esta promover, incentivar e colaborar para a realização desse direito.

Não se pode negar a importância do conhecimento de realidades que significam passos relevantes no sentido de garantir um futuro melhor para todos nesse momento em que a cidadania enfrenta novos desafios, abrindo novas áreas por meios de grandes transformações pelas quais o

[109]Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

mundo passa, buscando novos espaços de atuação no sentido de se garantir um futuro melhor para todos.

Praticamente em todos os países existe o reconhecimento de que o acesso de seus cidadãos à educação básica é a base fundante de uma sociedade mais participativa em que a educação escolar possui o caráter de um direito fundamental a ser perseguido.

Segundo Bobbio,

> Não existe atualmente nenhuma carta de direitos, para darmos um exemplo convincente, que não reconheçao direito à instrução — crescente, de resto, de sociedade para sociedade —, primeiro elementar, depoissecundária, e pouco a pouco até mesmo universitária. Não me consta que, nas mais conhecidas descrições doestado de natureza, esse direito fosse mencionado. A verdade é que esse direito não fora posto no estado denatureza porque não emergira na sociedade da época em que nasceram as doutrinas jus naturalistas, quando asexigências fundamentais que partiam daquelas sociedades para chegarem aos poderosos da Terra eram principalmente exigências de liberdade em face das Igrejas e dos Estados, e não ainda de outros bens, como o dainstrução, que somente uma sociedade mais evoluída econômica e socialmente poderia expressar. (BOBBIO, 2004 p. 36).

O direito à educação, apesar de não constar do estado de natureza nem tampouco dos chamados direitos

naturais, ganha destaque a partir da necessidade de conquista da liberdade que somente se dá a partir da evolução de valores sociais e econômicos de uma dada sociedade.

Surge, então, a necessidade da educação se tornar pública como função do Estado e, mais explicitamente, como dever do Estado, reconhecendo o desafio de que o indivíduo possa se autogovernar como ente dotado de liberdade e capaz de participar de uma sociedade de pessoas livres.

Ressalta-se aqui a importância do ensino primário como um direito imprescindível do cidadão e um dever do Estado impondo a gratuidade como modo de torná-lo acessível a todos. Por esse motivo, o direito à educação escolar primária se insere dentro de uma perspectiva mais ampla dos direitos civis dos cidadãos como forma de assegurar uma condição universal para a sobrevivência.

A ligação entre o direito à educação e a democracia está intimamente ligada ao pleno exercício da cidadania com a finalidade de garantir a igualdade de oportunidades em contraposição ao domínio das desigualdades, fruto dos conflitos de distribuição capitalista de riquezas.

O direito à Educação deve ser considerado isoladamente como forma de eficácia plena para cada um, individualmente considerado, não cabendo diferenciações

no âmbito educacional na garantia de direitos fundamentais, como bem ressalta Luís Roberto Barroso:

> Pois bem: em um Estado democrático de direito, assinalado pela centralidade e supremacia da Constituição, a realização do interesse público primário muitas vezes se consuma apenas pela satisfação de determinados interesses privados. Se tais interesses forem protegidos por uma cláusula de direito fundamental, não há de haver qualquer dúvida. Assegurar a integridade física de um detento, preservar a liberdade de expressão de um jornalista, prover a educação primária de uma criança são, inequivocamente, formas de realizar o interesse público, mesmo quando o beneficiário for uma única pessoa privada. Não é por outra razão que os direitos fundamentais, pelo menos na extensão de seu núcleo essencial, são indisponíveis, cabendo ao Estado a sua defesa, ainda que contra a vontade expressa de seus titulares imediatos. (BARROSO, 2010, p. 92)

A educação das crianças apresenta-se, sem dúvida, visceralmentevinculada à cidadania, e, quando o Estado garante que todas as crianças serão educadas, cumpre este as exigências e a natureza da cidadania estimulando o desenvolvimento de cidadãos em formação. O direito à educação pode ser visto como um direito social de cidadania genuíno uma vez que o objetivo da educação infantil é moldar o adulto em perspectiva.

De acordo com a Constituição brasileira, a educação básica é gratuita, constituindo um direito subjetivo positivado como uma garantia individual, exigindo do Estado uma ação positiva para a efetivação desse direito constitucional. A educação básica compreende a educação infantil, o ensino fundamental e o ensino médio, constituindo um direito social básico para a vida das pessoas, sendo que a educação básica e fundamental representa o alicerce para construção da cidadania e que permite o desenvolvimento pleno através do conhecimento, contribuindo para a inserção do indivíduo na sociedade. A educação constitui objetivo do Estado Democrático de Direito onde se reconhece que uma sociedade justa, fraterna e solidária somente poderá ser construída permitindo a todos o acesso à educação, a qual tem como pilar a escola.

4. A RESERVA DO POSSÍVEL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A expressão reserva do possível surgiu na Alemanha, em 1972, em uma ação constitucional julgada pelo Tribunal Constitucional Federal (equiparado ao Supremo tribunal Federal do Brasil). A ação versava sobre odéficit de vagas para o ingresso ao ensino superior. No

julgamento final, a Corte concluiu que algumas prestações estatais só poderiam ser pleiteadas pela população e satisfeitas pelo Estado quando observadosos princípios da razoabilidade e da possibilidade frente aos gastos dos Entes públicos.

Conforme ensina, Carolina Muller Bitencourt, sobre a origem da cláusula da reserva do possível, a decisão de nº 33 do Tribunal Constitucional Federal Alemão (BVerfGE 33, 303) trata do acesso a vagas no ensino superior, partindo-se da análise do art.12, § 1º da lei fundamental, que garante a todos os alemães o direito de eleger sua profissão, o lugar de trabalho e sua formação. O argumento central da referida prestação versava sobre o direito à igualdade ao acesso, bem como discutia os valores do Estado Social Alemão. O Tribunal reconheceu a dimensão subjetiva desses direitos, inclusive numa prestativa social com relação ao acesso ao ensino superior, o que não significa que toda e qualquer pessoa que queira cursar terá sua vaga garantida pelo Estado. (BITENCOURT, 2014. p. 216).

A reserva do possívelpossui como origem a discussão acerca da efetivação de direitos sociais prestacionais. Em síntese apertada, é a discussão, possível por ambas as partes, acerca do custeio dos direitos fundamentais e a previsão financeira para custear esses

direitos. É sabido que o Estado, seja sob qual forma e condição for, planeja seus gastos, assim como planeja a sua arrecadação, possui sua economia e sua administração voltada para o melhor gasto e a melhor arrecadação. Sendo esse Estado obrigado a prestar determinados direitos aos cidadãos, cabe a esse que promova uma gestão capaz de suprir essa demanda, semprejudicar a satisfação das demandas de outros setores do próprio Estado. (MOUSQUER, 2014, p. 390).

A reserva do possível foi recepcionada pelo Brasil pelo meio judicial e doutrinário como três formas de limitação: fática, jurídica e de razoabilidade. Olimite fático consiste na possibilidade financeira do Estado, ou seja, se o Estado possui recursos para prestar aquele direito. Por seu turno, a limitação jurídica reside na capacidade de o Estado, mesmo possuindo meios financeiros, poder dispor dos recursos existentes. Deste modo o ente público, além de possuir a capacidade material deverá ter a possibilidade jurídica de disposição desses bens. Isso significa que os gastos com o direito prestacional deverão estar previstos no orçamento público anual. Nesse caso, mesmo tendo a administração pública possibilidade financeira de prestar o direito, se o gasto não estiver previsto em Lei orçamentária, não poderá o Estado, dispor do valor. Além disso, o pedido deve observar a razoabilidade, ou seja,

deve ser razoável que o individuo exija do Estado a prestação daquele direito social. (GLOECKNER, 2013, p. 237).

Corroborando com esse entendimento, Canotilho afirma que os direitos sociaispressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado, sendo esta a razão pela qual, "rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível (Vorbehaltdes Moglichen) para traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos." (CANOTILHO, 2003, p.481).

Na verdade, a escassez de recursos para o atendimento dos direitos fundamentais sociais é uma realidade fática que deve ser apreciada no momento concretização dos direitos fundamentais socais. "A reserva do possível é, pois, uma condição de possibilidade de atendimento de tais direitos, uma vez que o Estado somente poderá concretizá-los se houver recursos suficientes". (MELLO; MOREIRA, 2015, p. 544).

A teoria da reserva do possível foi importada pelos doutrinadores e juristas brasileiros, e aqui recebeu nova roupagem,recebendo forte adesão em nossas reflexões constitucionais. Mas esse fato não quer dizer que houve uma discussão séria ou aprofundada sobre a inserção da teoria da reserva do possível em nosso

ordenamento jurídico. Ao contrário, a teoria da reserva do possível tem sido equivocadamente propagada para causar um cenário de desobrigação do Estado sem qualquer dado concreto sobre a escassez de recursos ou sobre como são alocados.

O ministro Celso Mello, em seu entendimento, afirma que a cláusula da reserva do possívelnão pode ser invocada pelo Poder Público com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição. Pois encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. (BRASIL, 2011).

4.1 A reserva do possível e o mínimo existencial

O argumento da reserva do possível encontra limites na obrigatoriedade de garantia do mínimo existencial. Entende-se por mínimo existencial o direito inerente ao ser humano que surge em um patamar pré-constitucional e, como tal, condiciona a ordem jurídica. Para Torres, é considerado um vetor hermenêutico fundamental para a interpretação das cláusulas

constitucionais relacionadas aos direitos fundamentais. (TORRES, 1989, p. 32).

No entendimento de Mello e Moreira, as prestações estatais de cunho jusfundamental para satisfação do mínimo existencial para uma vida com dignidade correspondem a direitos subjetivos. "*Melhor dizendo: o mínimo existencial é, pois, um direito subjetivo oponível ao Estado, no sentido de que este deve realizar prestações estatais suficientes e necessárias para o atingimento do mínimo existencial, com vistas a propiciar uma vida digna a todos*." (MELLO; MOREIRA, 2015, p. 548).

O mínimo existencial, como ensina Ana Paula de Barcellos, é constituído por três elementos materiais e por um elemento instrumental. Entende-se como elementos materiais a educação fundamental, a saúde básica e a assistência aos desamparados. Por outro lado, o elemento instrumental é o acesso à Justiça. Esses quatro elementos correspondem, portanto, ao núcleo da dignidade da pessoa humana, com eficácia jurídica positiva, representando um verdadeiro direito subjetivo passível de ser exigido do Poder Público. (BARCELLOS, 2002, p. 258)

Em que pese os entendimentos em contrário, Ingo W. Sarlet confere à cláusula da reserva do

possível uma interpretação positiva, ao afirmar que ela, apesar de constituir uma espécie de limite jurídico e fático aos direitos fundamentais, poderá atuar em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais. Para o autor, a cláusula de reserva do possível assumirá esse papel, de garantia dos direitos fundamentais, "na hipótese de conflitos de direitos, quando se cuidar de invocação, observado sempre os critérios da proporcionalidade e do mínimo existencial em relação a todos os direitos da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo existencial de outro direito fundamental". (SARLET, 2011, p. 288).

5. ENTRE A RESERVA DO POSSÍVEL E A IMPLEMENTAÇÃO DA EDUCAÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Não há como negar o alto significado social e o enorme valor constitucional no qual se reveste os direitos da criança e do adolescente, especialmente o direito à educação por seu valor irrecusável no desenvolvimento da criança e a necessidade do Poder Público trazer políticas públicas para tornar real este direito mediante concreta efetivação, sob pena de descumprimento de preceito

constitucional que, como demonstramos, tem valor axiológico consideravelmente superior.

A legislação brasileira declara que o direito à educação faz parte de umconjunto de direitos sociais, configurando-se um direito de todos e dever do estado. No entanto, há um longo caminho a ser percorrido para que todos, sem distinção, o exerçam plenamente e a necessidade da implementação do direito à educação de forma plena, sendo necessário, em diversos casos, que se recorra ao Poder Judiciário para se alcançar a possibilidade de efetivá-lo, conforme determinada a própria Constituição.

A partir da concepção da proteção integral da criança e do adolescente inaugurada pela Constituição Federal de 1.988, o direito fundamental à educação infantil e juvenil traduz meta cuja não realização poderá ser qualificada como flagrante situação de inconstitucionalidade por omissão imputável ao Poder Público, reforçada pelo objetivo da educação também consagrada constitucionalmente.

Como defesa, quando acionado o judiciário para resolver conflitos relacionados à criança relacionados à educação, o Poder Público utiliza-se da ponderação relacionada à reserva do possível como meio de afastar

uma obrigação que, como já expomos, tem prioridade absoluta.

O judiciário já posicionou por diversas vezes e o Supremo Tribunal Federal reconheceu, de maneira expressa, que o princípio constitucional da prioridade absoluta à criança e ao adolescente, previsto no art.227 da Constituição Federal e melhor explicitado pelo art. 4ºdo Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece um comando que vincula o administrador, que desta forma pode ser compelido, pela via judicial, a implementar as políticas e programas de atendimento necessários à plena efetivação dos direitos àqueles assegurados, não servindo de escusa a falta de recursos orçamentários para tanto.

Por ocasião das comemorações dos dezoito anos de promulgação da Lei nº 8.069/90, o Supremo Tribunal Federal, por intermédio de seu Presidente, Min. Gilmar Mendes, por ocasião do julgamento do Pedido de Suspensão de Liminar nº 235-0, de Tocantins, ocorrido em data de 08 de julho de 2008, reafirmou o entendimento de que, diante do princípio jurídico-constitucional da absoluta prioridade à criança e ao adolescente, não há que se falar em "discricionariedade", cabendo ao administrador apenas e tão-somente o integral cumprimento de seus deveres para com a população infanto-juvenil. No caso, em particular, foi reconhecido o dever do Estado de Tocantins em

construir unidade própria destinada à internação de adolescentes no município de Araguaína, tendo sido rebatidos todos os argumentos apresentados pelo ente público, relativos à suposta ingerência do Judiciário na esfera de discricionariedade do administrador, bem como à falta de previsão orçamentária específica para construção da referida unidade de internação.

Em diversas ocasiões, também, tem o Supremo Tribunal Federal determinado que cabe ao Poder Público, em todas as esferas, cumprir suas obrigações expressamente relacionadas na Constituição Federal, notadamente a de garantir, a todas as crianças de zero a seis anos de idade o acesso a creche e pré-escola, modalidades de educação infantil, não sendo admissível a alegação de falta de recursos para tanto:

> *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 EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas*

assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). – Essa prerrogativa jurídica, em 538onsequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. – A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. – Os Municípios – que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole

> *social. – Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível"*(STF. RE n° 436996/SP. Rel. Min. Celso de Mello. J. em 26/10/2005. DJ 07/11/2005).

Não podemos nos distanciar da ideia de que, apesar do papel do Judiciário na educação ter se ampliado de forma expressiva, existea necessidade de se discutir a utilização deste meio para a resolução de litígios envolvendo questões pedagógicas e educativas, pois esta instituição nem sempre será o mecanismo mais eficaz, devido ao despreparo dos seus membros para as dinâmicas envolvendo o cotidiano educacional.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A aplicação do princípio da reserva do possível tem se tornado uma tendência, por parte da administração pública, cada vez mais constante para se justificar o sistema precário de cumprimento das políticas públicas que visem a assegurar os direitos sociais. No entanto, a reserva do possível não significa que o Estado poderá utilizar-se deste princípio para afastar toda e qualquer obrigação, principalmente quando relacionada ao atendimento de políticas públicas voltadas a crianças, especialmente tratadas quanto ao atendimento ao direito fundamental à educação.

O que o princípio da reserva do possível faz é buscar limitar a responsabilidade do Estado considerando-se as suas limitações financeiras estipuladas pelos próprios limites orgânicos e financeiros de que dispõe o Estado. Assim, portanto, pode-se concluir que no referido princípio prevalece a apreciação da realidade mediante a razoabilidade dos valores que estão em jogo na causa a ser julgada.

A aplicação da reserva do possível não traz regras absolutas, sendo necessária a análise das peculiaridades que envolverem o caso concreto. É óbvio que em determinados casos não poderá ser utilizado, e faz-se

necessário afirmar que diante do princípio da prioridade absoluta da criança a reserva do possível somente poderá ser alegado se houverem valores maiores, como o direito à vida. Em outros casos, entretanto, há uma grande tendência que sua adoção seja ampliada, sobretudo, pelo estágio deficitário em que se encontraram as políticas públicas para a implementação dos direitos sociais.

Podemos observar que o princípio da reserva do possível não pode ser invocado para justificar a irresponsabilidade do Estado. Sua aplicação visa dirimir a responsabilização estatal quando está em jogo a concretização dedois ou mais direitos,mensurando seus valores jurídicos, em observância à limitação do Estado orgânica e financeiramente, impedindo, em certos casos, a utilização da discricionariedade vinculando a opção estatal em observância a valores constitucionais.

A insistência do Estado em não prover os direitos fundamentais prestacionais de crianças e adolescentes, quando deveria fazê-lo com absoluta prioridade, viola o princípio da dignidade da pessoa humana sendo necessária a intervenção judicial.

O direito fundamental à educação e os princípios constitucionais da proteção integral e da prioridade absoluta afastam, como regra, a invocação da cláusula da reserva do possível quando este for invocado para

justificar o inadimplemento de ações que busquem implementar direitos fundamentais prestacionais para atendimento às crianças e adolescente.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BITENCOURT, Caroline Muller. **A reserva do possível no contexto da realidade constitucional brasileira e sua aplicabilidade**. A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional.Belo Horizonte,Ano 14, N.55, jan./mar. 2014. p. 213-244.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2ª edição, 2010.

BOBBIO, Norberto, **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Ministério Público do Paraná. CAOPCAE Área da Criança e do Adolescente Disponível em:http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1262. Acesso em 21 de Agosto de 2.017

BRASIL. **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**. ARE 639337 AgR. Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 divulgado em 14/09/2011, publicado em 15/09/2011. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000179240&base=baseAcordaos. Acessado em 10/08/2017.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

GLOECKER, Joseane Lebedrum. A reserva do possível como limite à efetividade do direito fundamental à saúde. **A&C- Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, Ano 13, n 51, jan./mar. 2013,p. 233-250.

LIBERATI, Wilson Donizete. **O Estatuto da Criança e do Adolescente**- comentários. São Paulo: IBPS, 1991.

MELLO, Cleyson de Moraes; MOREIRA, Thiago. **Direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

MOUSQUER**,** João Victor Magalhães. A reserva do possível como garantias de direitos em um Estado em desenvolvimento sócio-político. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte. Nº 65. jul./dez.2014. p. 377-407.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 177, jul./set. 1989.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. rev.

atual. e ampl.; 3.tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

ISBN 978-65-990101-5-6

Conhecimento

www.conhecimentolivraria.com.br