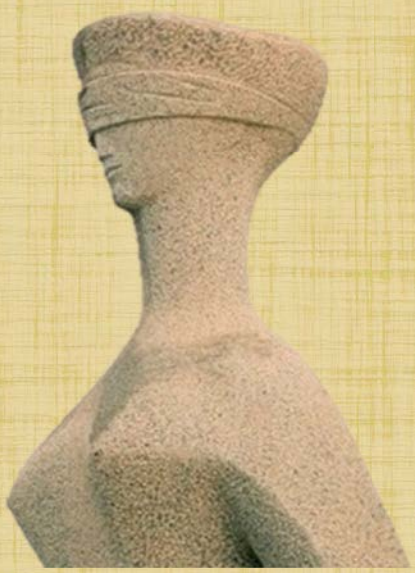
Volume 2

PROCESSO CONSTITUCIONAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO

os desafios da efetividade processual no século XXI



Organizadores
Jamile Bergamaschine Mata Diz
Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais
Fabrício Veiga Costa
Thiago Penido Martins

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

Anais V Seminário Internacional

Organizadores
Profa. Dra. Jamile Bergamaschine Mata Diz
Prof. Dr. Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais
Prof. Dr. Fabrício Veiga Costa
Prof. Dr. Thiago Penido Martins

V Seminário Internacional

Processo constitucional e Direitos Fundamentais no Estado Democrático: desafios da efetividade processual no século XXI

22 a 24 de novembro de 2017

Volume 2

Conhecimento Editora

Belo Horizonte
2017

Copyright © 2017 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

341.2 S471 2017 v.2

Seminário Internacional de Processo Constitucional e Direitos fundamentais no Estado democrático: desafios da efetividade processual no século XXI, 5, 2017, Itaúna, MG / [organizado por] Jamile Bergamaschine Mata Diz, Márcio Eduardo Senra Nogueira Morais, Fabrício Veiga Costa [e] Thiago Penido Martins. - Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2017.

587p. ; 21cm (Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade de Itaúna, MG)

Vários autores.
ISBN: 978-65-990101-4-9

1. Direito- Anais de congresso. 2. Direito constitucional. 3. Direito internacional. 4. Processo constitucional. 5. Direitos fundamentais. I. Diz, Jamile Bergamaschine Mata (Org.). II. Morais, Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa (Org.). III. Costa, Fabrício Veiga (Org.). IV. Martins, Thiago Penido (Org.). V. Título.

CDDir - 341.2
CDD(23.ed.)-342

Elaborada por Fátima Falci – CRB/6-700

APRESENTAÇÃO

Entre os dias 22 a 24 de novembro de 2017 foi realizado, pelo Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade de Itaúna, o **V Seminário de Direito Internacional Processo constitucional e Direitos Fundamentais no Estado Democrático: desafios da efetividade processual no século XXI" – Volume 2.**

O evento, organizado pelos ProfessoresDra. Jamile Bergamaschine Mata Diz, Dr. Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais, Dr. Fabrício Veiga Costa e Dr. Thiago Penido Martins, 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 CONSTELAÇÕES FAMILIARES NO *ÂMBITO JURÍDICO*
Liliana Maria Gomes
Karoliny de Cássia Faria **10**

BREVES REFLEXÕES SOBRE A LEGITIMIDADE NAS AÇÕES COLETIVAS FRENTE AO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
Ana Carla Rodrigues da Silva
Luciana Andréa França Silva **38**

DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCENTIVO A LEITURA: DO PROGRAMA NACIONAL DE LEITURA AO PROGRAMA NACIONAL BIBLIOTECA DA ESCOLA
Mariel Rodrigues Pelet
Paulo Henrique Brant Vieira **67**

DIREITO À AMAMENTAÇÃO NO CÁRCERE: EFETIVIDADE DO ARTIGO 5°, INCISO L, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988
Carla Aliny Peres Dias
Virgínia Lara Bernardes Braz **97**

EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS: PONDERAÇÃO ENTRE O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL
Pedro Henrique Carvalho Silva
Rayssa Rodrigues Meneghetti **119**

GRUPOS VULNERÁVEIS E OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: EFETIVIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO
Fernanda Resende Severino
Heleno Veloso de Faria Júnior **147**

INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SUA APLICABILIDADE NO PROCESSO DO TRABALHO
Ana Carla Rodrigues da Silva
Letícia MirelliFaleiro Silva Bueno **175**

O AMICUS CURIAE NO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE – DEMOCRATIZAÇÃO DA JURISDICÃO CONSTITUCIONAL
Maria Teresinha de Castro
Bruno Barbosa de Oliveira **197**

O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA
Thamara Estéfane Martins Balbino
Denise Maria Soares **229**

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PREVENTIVO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: POSSIBILIDADE E LIMITES
Denise Maria Soares
Thamara Estéfane Martins Balbino **260**

O Corte Etário Como Critério Para O Ingresso No Ensino Fundamental E O Princípio Geral De Igualdade
Ana Carla Rodrigues da Silva
Luciana Andréa França Silva **288**

O Devido Processo Constitucional Na Defesa E Proteção Dos Direitos Fundamentais
Aparecida Dutra de Barros Quadros
Julieth Laís do Carmo Matosinhos Resende **317**

O Incidente De Resolução De Demandas Repetitivas: Reflexões Sobre Sua Aplicabilidade No Ordenamento Jurídico Brasileiro
Dalvaney Aparecida de Araújo
Thamara Estéfane Martins Balbino **350**

Os Honorários Sucumbenciais Na Justiça Do Trabalho Após A Reforma Trabalhista: Uma Análise Sob O Enfoque Do Princípio Da Vedação Ao Retrocesso Social
Karoliny de Cássia Faria **380**

Princípio Da Publicidade Dos Atos Processuais: Um Escorço Sobre O Segredo De Justiça No Ordenamento Jurídico Brasileiro E As Inovações Trazidas Pelo Novo Código De Processo Civil
Letícia Mirelli Faleiro Silva Bueno
Natielli Efigênia Mucelli Rezende Veloso **405**

Prisão Provisória Domiciliar E O Retrocesso Social Na Efetivação Da Parentalidade Responsável
Leandra Chaves Tiago **433**

SISTEMA COLETIVO DE AÇÕES E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
Rayssa Rodrigues Meneghetti
Tadeu Saint'Clair Cardoso Batista **465**

AS CONSTELAÇÕES FAMILIARES NO ÂMBITO JURÍDICO

FAMILY CONSTELLATIONS IN THE LEGAL FRAMEWORK

Liliana Maria Gomes
Karoliny de Cássia Faria

Resumo

Esta pesquisa apresenta a aplicação da Constelação Familiar/Sistêmica no âmbito do Judiciário, abordando o Direito Sistêmico e a Justiça Restaurativa, enquanto instrumentos de solução de conflitos capazes de lidar com os reais motivos que acarretam os litígios. A Constelação Familiar, técnica psicoterapêutica desenvolvida pelo psicoterapeuta alemão Bert Hellinger, analisa os padrões comportamentais de grupos familiares, considerando o sistema familiar com o objetivo de restabelecer um vínculo que foi rompido no passado e gerou conflitos, destarte, visa a pacificação das relações. O objetivo desse trabalho é demonstrar que o uso da técnica da Constelação Familiar pode ser ampliado para outros campos do Direito, além do Direito de Família, e que pode ser aplicada em qualquer momento do processo, não apenas antes da Mediação e da Conciliação. Este trabalho busca a compreensão deste tema, mediante método bibliográfico-documental, numa abordagem dedutiva.
Palavras-chave: Constelação Familiar; Direito Sistêmico; Justiça Restaurativa; Solução pacífica de conflitos.

Abstract

This research presents the application of the Family / Systemic Constellation within the Judiciary, dealing with Systemic Law and Restorative Justice, as instruments of conflict resolution capable of dealing with the real motives of litigation. The Family Constellation, a psychotherapeutic technique developed by the German psychotherapist Bert Hellinger, analyzes the behavioral patterns of family groups, considering the family system with the objective of reestablishing a bond that has been broken in the past and generated conflicts, in this way, aims at pacification of relationships. The aim of this work is to demonstrate that the use of the Family Constellation technique can be extended to other fields of Law, beyond the Family Law, which can be applied at any time in the process, not just before Mediation and Conciliation. This work seeks to understand this theme, using a bibliographic-documentary method, in a deductive approach.
Keywords*: Family Constellation; Systemic Law; Restorative Justice; Peaceful solution of* conflicts.

Introdução

Com o elevado número de questões conduzidas ao judiciário, este não tem conseguido resolver tantos litígios; além de ser comum uma das partes recorrer por insatisfação frente às decisões judiciais, o que aumenta o tempo para a obtenção de soluções definitivas nos processos. Nesse contexto, torna-se imprescindível o desenvolvimento de alternativas eficientes de soluções de

conflitos, capazes de promover uma pacificação entre as partes.

As relações humanas são marcadas por conflitos e a busca por soluções pode exigir uma abordagem interdisciplinar, principalmente quando os conflitos estão marcados pelo vínculo afetivo. Na impossibilidade de solução entre os indivíduos, é cada vez mais frequente se recorrer ao judiciário na esperança de resolver tais demandas por justiça. Neste cenário, a Psicologia vem atuando de forma relevante no âmbito jurídico, auxiliando na compreensão de aspectos relacionados à subjetividade humana, obtendo níveis elevados de entendimento quanto à ambivalência das pessoas em seus aspectos psíquicos.

Constitui objeto da presente pesquisa o estudo da constelação familiar enquanto instrumento para a solução de conflitos no judiciário. Buscou-se responder se é possível o uso da constelação familiar no Poder Judiciário brasileiro como instrumento auxiliar para solução pacífica de controvérsias e se essa abordagem fenomenológica pode contribuir de forma mais ampla no âmbito jurídico brasileiro.

Esta pesquisa aborda aspectos psicológicos dos conflitos levados ao judiciário, através da teoria de Bert Hellinger, que trata das Constelações Familiares, fazendo

um paralelo com o Direito Sistêmico, na visão de Storch, e a Justiça Restaurativa. Para tanto, apresenta a família enquanto meio onde ocorrem os primeiros conflitos humanos e o Poder Judiciário como escolhido para solucionar tais conflitos.

O Direito Sistêmico, proposto pelo Juiz SamiStorch, tem origem na análise do direito através das ordens regentes das relações humanas, com base na técnica psicoterapêutica de Constelação Familiar, que vai de encontro com as soluções alternativas de conflitos, visando mostrar às partes da lide saídas mais eficazes, céleres e satisfatórias em relação à demanda.

Este artigo seguirá os métodos bibliográfico e documental e o método de abordagem será o dedutivo.

1 As Ordens do Amor levadas ao Judiciário

Especialmente nas questões relacionadas à família, emerge o viés emocional que figura não mais enquanto detalhe, mas como importante componente do conflito e decisivo para a solução. Para melhor compreensão acerca da Constelação Familiar utilizada no âmbito jurídico brasileiro, objeto dessa pesquisa, faz-se necessário explanar a ideia de família.

1.1 O contexto familiar brasileiro

O modelo de família que vigora atualmente, no Brasil, tem origem no paradigma familiar do direito romano, o qual sofreu grandes transformações ao longo da história, mas ainda resta algum resquício dessa herança.

Gonçalves (2017) afirma que, no direito romano a família era fundada sob o princípio da autoridade, onde o *pater familias* exercia sobre os filhos direito de vida e de morte - *ius vitae acnecis* . Destarte, era possível vendê-los, castigá-los, inclusive impor penas corporais, e até tirar-lhes a vida. A mulher era totalmente subordinada à autoridade do marido, podendo ser repudiada por ato unilateral do marido.

A família era uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional, onde o ascendente comum mais velho era, simultaneamente, chefe político, sacerdote e juiz. Havia um patrimônio familiar administrado pelo *pater*. Apenas numa fase mais evoluída do direito romano passaram a existir os patrimônios individuais, contudo, administrados por pessoas que estavam sob a autoridade do *pater*.

Gonçalves (2017, p.17) aponta: “o vocábulo família abrange todas as pessoas ligadas por vínculo de sangue e que procedem, portanto, de um tronco ancestral comum, bem como as unidas pela afinidade e pela adoção. Compreende os cônjuges e companheiros, os parentes e os afins.”

Numa abordagem atual sobre família, Nader (2015) afirma que, na realidade, a composição familiar se apresenta através de diversos modelos. A expressão polimorfismo familiar é usada para tratar o tema. Ao lado da chamada família tradicional - aquela instituída pelo matrimônio e constituída pela união de pais e filhos - há vários modelos, alguns já previstos no *Jus Positum*, como a união estável e a relação monoparental.

Cruz (2011) lembra que, as relações vivenciadas no primeiro grupo – família - repercutem no comportamento da pessoa nos outros grupos, aos quais passará a pertencer, e tais referências são levadas por toda a vida. A partir dessa herança psicológica é possível que experiências passadas tenham um novo significado no presente, permitindo o desenvolvimento de histórias diferentes no futuro em outros contextos grupais.

> Com efeito, nossas relações familiares inserem-se nos desenvolvimentos

> históricos da grande rede social e dos eventos sociais, culturais e políticos. Para a maior parte das famílias na Alemanha, por exemplo, os eventos familiares e suas consequências não podem ser separados dos acontecimentos políticos do regime nazista e da Segunda Guerra Mundial e nem mesmo da Primeira Guerra. A avó psicótica ou o avô mongoloide que foram mortos pelo programa de eutanásia do nacional-socialismo; a noiva judia do avô que foi levada para o campo de concentração; a propriedade que foi adquirida pela família por baixo preço, em razão da fuga dos proprietários judeus; os pais que morreram na guerra, cumprindo seu dever de soldados ou participaram, em diferentes graus de concordância e crueldade, do fuzilamento de idosos, mulheres ou crianças, bem como de estupros; os numerosos conflitos étnicos em todo o mundo, a injustiça social, as violações dos direitos humanos e as ações terroristas - tudo isso transcende as soluções familiares e aponta para a necessidade de processos sociais para a paz e a reconciliação. Dessa maneira, na medida em que o permitem o tamanho do espaço e do grupo, vítimas judias dos perpetradores do regime nazista, soldados de nações inimigas ou revolucionários e representantes de governos podem ser confrontados nas constelações. Então são entregues aos seus movimentos, para que se perceba o que pode trazer paz aos corações, em presença de grandes conflitos onde crescem as dimensões do "bem" e do "mal". (SCHNEIDER: 2007, p. 89-90)

Como pode ser percebido, o contexto familiar está interligado a um momento histórico e social, destarte, nas

Constelações Familiares esses aspectos também são considerados.

1.2 A Constelação Familiar

De acordo com Possato (2008), o método denominado Constelação Sistêmica Familiar é considerado uma psicoterapia breve que ressalta as emoções e as energias do inconsciente, estas influenciam e interferem em nossas decisões. Foi desenvolvida por Bert Hellinger (terapeuta e filósofo alemão) na década de 70.

Leis sistêmicas governam comportamentos de forma a influenciar no equilíbrio e manutenção do sistema familiar. Hellinger (2016) conceituou as Ordens do Amor, bases de sua técnica, para denominar essas leis que envolvem as pessoas inconscientemente na repetição do destino de outros membros do grupo familiar.

Num sentido mais estrito podemos caracterizar como ordem, em todas as formas de nossa consciência, os domínios que atuam como “condições de crescimento para o sucesso dos relacionamentos”. Eles se referem ao lugar certo de cada pessoa em sua família, à hierarquia ou ordem de precedência nos grupos e à confiabilidade das relações,

principalmente entre o homem e a mulher e entre pais e filhos. (SCHNEIDER: 2007, p. 50)

Segundo Hellinger, existem três princípios básicos que direcionam a consciência familiar, a saber: a necessidade de pertencimento, a hierarquia e a necessidade de equilíbrio entre o dar e o receber, sem reservas, nos relacionamentos. Hellinger (2016) compara o Amor à água e as Ordens ao jarro, cooperando entre si harmonicamente, de forma que a Ordem precede ao Amor.

O princípio do pertencimento determina que todos os membros do grupo têm o direito de pertencer a este, portanto, nenhum membro pode ser excluído independente de qual seja o motivo. Mesmo aqueles que violaram leis da vida (como os assassinos), os mortos, os abortados, os natimortos precisam ser incluídos, necessitam fazer parte. Quando um membro é excluído ou esquecido seu papel compensado por outro membro da família. Geralmente, em uma geração posterior, o excluído ou esquecido será representado ou imitado inconscientemente.

Ao discorrer acerca do pertencimento, Hellinger afirma que:

> [...] a alma demonstra, por seu modo de reagir à negação ou ao reconhecimento

> desse direito, que se trata aqui de uma lei básica, intimamente reconhecida por todos. Portanto, quando qualquer membro é excluído, reprimido ou esquecido, a família e o grupo familiar reagem como se tivesse acontecido uma grande injustiça que precisa ser expiada. Isso acontece, por exemplo, quando alguém, por razões morais, é declarado indigno de pertencer à família ou é deslocado por outra pessoa que ocupa o seu lugar. Acontece igualmente quando, na família e no grupo familiar, não se quer mais saber de alguém porque seu destino amedronta, ou ainda quando alguém é simplesmente esquecido, como uma criança que tenha morrido ao nascer. A alma não suporta que alguém seja considerado maior ou menor, melhor ou pior. Somente os assassinos podem e devem ser excluídos, isto é, os demais membros da família os despedem em seus corações com amor. (HELLINGER: 2016, p.408)

Já a hierarquia é uma das ordens mais básicas: tem prioridade quem vem primeiro, seguido pelos posteriores, sequencialmente. Nesse sentido, os pais tem prioridade diante dos filhos e os irmãos obedecem a ordem do nascimento, sem excluir os abortados e mortos. Destarte, segundo Hellinger (2016), a sobrevivência dos pais tem preferência sobre a dos filhos, pois a sobrevivência dos pais garante uma nova geração mais rapidamente do que a sobrevivência dos filhos.

A Lei do Equilíbrio entre dar e receber, segundo Hellinger (2016), é fundamental para o funcionamento e

manutenção dos sistemas de uma forma geral. Assim, o pai dá a vida ao filho, que a recebe. Já que o filho não pode retribuir dando a vida ao pai, o faz tendo filhos e vivendo a própria vida plenamente. Geralmente, os filhos precisam dos pais, mas os pais não precisam dos filhos, mas se essa ordem é invertida, tem-se o início dos problemas. Em se tratando de relacionamentos que não sejam de pais e filhos, o fato de dar algo que gera uma pressão natural de retribuição em quem recebe.

O facilitador, na função de conduzir o processo da constelação familiar, a princípio, requer o mínimo possível de informações do indivíduo, posteriormente, ele o orienta a escolha aleatória dos representantes - que podem ser pessoas, bonecos, desenhos - para que representem os envolvidos no caso a ser trabalhado. Segundo Carmo (2015), os representantes em seus respectivos lugares, sentem as relações desse sistema e percebem os sentimentos das pessoas que representam de acordo com o desenvolvimento da representação. O indivíduo, através da observação do que é representado, é capaz de perceber onde está estancado e, a partir dessa consciência, auxiliado pelo facilitador, tem a possibilidade de transformar a questão, alcançando a solução para o conflito.

> O tema das constelações são o amor e suas consequências: o masculino e o feminino, a relação entre pais e filhos, o fluxo da vida e do amor entre as gerações e os fatores que o inibem. Nas constelações encaramos a vida e a morte, os acontecimentos funestos e terríveis que irrompem em nossa vida, a justiça, a culpa e a expiação, as vítimas e os perpetradores, os bons e os maus, a verdade e a mentira, o segredo e as confidências imprudentes, o ódio e a reconciliação, a retribuição no mal e no bem. O que está aí em jogo é a união e a solidão, o retrospecto e a perspectiva, o contentamento e a felicidade, o medo, a depressão e o desespero. Contemplamos tudo aquilo que constitui nossa vida interior em face dos acontecimentos de peso em nossa vida. Procuramos ver o que nos ameaça e o que de algum modo nos impede de realizar nossa vida. Procuramos ver o que nos toma um pouco mais livres de problemas para o futuro. As constelações giram sobre o que nos vincula, como destino ou sorte acidental, e sobre o que deriva de nossa responsabilidade, seja como for que possamos ser livres. (SCHNEIDER: 2007,p. 25)

Consoante ao pensamento de Schneider (2004), as Constelações Familiares aludem, de forma inovadora, àquilo que é chamado de alma. Pode-se designar assim a força invisível que unifica partes num todo, de tal maneira que o todo é mais do que a soma das partes e de suas funções dentro dele. A alma vai além da consciência, pois inclui o inconsciente, e não se identifica com os processos fisiológicos do corpo, apesar de não poder ser separada

deles. Também não se identifica com os sentimentos, ainda que o sentir seja o modo de expressão por onde se experimenta a alma. A alma é como o campo que une, conecta, suplantando espaço e tempo, tudo que constitui uma pessoa, produzindo uma identidade.

No que tange a possibilidade de integrar o velho ao novo, gerando novas histórias com roteiros diferentes das anteriores, Hellinger (2007, p. 67) é taxativo: "Somente existe futuro quando o passado pode ser esquecido".

Conforme Maria Scarlet do Carmo (2015), a Constelação auxilia na percepção e, portanto, na correção de padrões de comportamento inapropriados que, por esse motivo, geram sofrimentos através de conflitos. Destarte, a Constelação ajuda na solução de casos que apresentam sintomas e dificuldades que impedem o fluir dos relacionamentos, sejam esses familiares, sociais ou organizacionais.

1.3 A Constelação Familiar e os meios consensuais de solução de conflitos

A política judiciária de fomento e implemento das práticas consensuais e autocompositivas teve início com a

Resolução n.125/10 do Conselho Nacional de Justiça, em 2015 com a Lei 13.140/15 foi instituído o marco legal da Mediação no Brasil e em 2016 com a vigência do Código de Processo Civil/2015 inaugurou-se a preferência pelos meios consensuais de solução de conflitos frente aos procedimentos litigiosos.

Sobre a solução consensual de conflitos, o Código de Processo Civil de 2015 dispõe:

> Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.
> § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.
> § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.
> § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Através do Código de Processo Civil de 2015 e da Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, a busca pela solução de conflitos por meio de autocomposição vem sendo fomentada, a exemplo da Mediação e da Conciliação, onde um terceiro capacitado e imparcial visa a solução de uma lide pelo consenso.

O uso dos Meios não Adversariais de Resolução de Conflitos - Conciliação e Mediação - busca promover o acesso à justiça e a garantia de direitos, de forma a reduzir o tempo de resolução de litígios.

O artigo 226 da Constituição Federal revela a importância da estrutura familiar para o Estado, determinando que esse deve atuar em prol da sua conservação e dos preceitos que regem a família. As ações de família ganharam um destaque no Código de Processo Civil de 2015 no que tange aos meios consensuais e autocompositivos de solução de conflitos, como pode ser percebido nos seus arts. 694, 696 e 697:

> Art. 694. Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação. Parágrafo único: A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar;
>
> art. 696. A audiência de mediação e conciliação poderá dividir-se em tantas sessões quantas sejam necessárias para viabilizar a solução consensual, sem prejuízo de providências jurisdicionais para evitar o perecimento do direito;

> art. 697. Não realizado o acordo, passarão a incidir, a partir de então, as normas do procedimento comum, observado o art. 335.

Atualmente, a técnica de Constelação Familiar tem sido utilizada, nas Varas de Família, antes da Mediação e da Conciliação, proporcionando aos Juízes uma análise mais humanizada da situação, permitindo uma visão sistêmica com a revelação de situações ocultas, que possibilitam a ampliação de consciência das partes envolvidas nos conflitos. As Varas de Família podem ser consideradas enquanto instituição capaz de tratar de questões conflituosas aparentemente insolúveis no contexto intrafamiliar, visto que situações conflituosas como a guarda dos filhos, pensão alimentícia, reconhecimento de paternidade, geralmente, aparecem atreladas a uma carga afetiva que demanda um olhar diferenciado do judiciário para obter soluções eficazes.

Esse olhar para o todo, proposto pela Constelação Familiar, está diretamente relacionado ao Direito Sistêmico defendido pelo Juiz SamiStorch, tema abordado a seguir.

2 Direito Sistêmico

O Direito Sistêmico, apresentado por Storch, surgiu da análise do direito através do olhar das ordens

regentes das relações humanas, com base na técnica psicoterapêutica de Constelação Familiar, desenvolvida por Bert Hellinger. O Direito Sistêmico tem o objetivo de encontrar a real solução para um conflito que permeia determinado grupo de pessoas, de forma que a solução satisfaça ao interesse de todas as partes envolvidas no litigio. Conforme Storch (2010), o direito sistêmico se propõe a buscar a solução para as partes, de forma a abranger todo o sistema envolvido no conflito, visto que no âmbito judicial, a vontade de uma pessoa é suficiente para se iniciar uma lide. A solução sistêmica deve ter em vista a origem familiar do indivíduo, não há real solução de maneira diferente.

Storch (2015) esclarece que uma das bases do direito sistêmico é a consideração pela pessoa e pela sua bagagem familiar. Um indivíduo deve ser percebido como um sistema, formado por ele próprio, pelo pai e pela mãe. Para conhecer alguém é preciso assimilar a origem desse ser. Muitas pessoas recorrem ao Judiciário por um determinado motivo, mas quando é feita uma análise mais aprofundada, percebe-se que o problema maior é que elas foram desconsideradas pelo outro de alguma forma.

Para Storch (2010), o enfoque sistêmico do direito sugere a aplicação prática da ciência jurídica com um

traço terapêutico, desde a elaboração das leis até a sua aplicação nos casos concretos. A ideia é empregar as leis e o direito como mecanismo de tratamento das questões causadoras de conflito, tendo em vista a saúde do sistema enfermo, como um todo. O olhar sistêmico é realizado sem juízo de valor, associando a participação de todos na construção e desconstrução do conflito, respeitando e trazendo à responsabilidade cada indivíduo, preservando as relações de amor.

O autor afirma que, ainda que haja as leis positivadas como baliza, as pessoas nem sempre se orientam por elas em suas relações. Os conflitos são causados, geralmente, por causas mais profundas do que uma simples discórdia pontual, e os autos de um processo judicial raramente mostram essa realidade entrelaçada. Nesse contexto, uma solução simplista estabelecida por uma lei ou sentença judicial pode até trazer um súbito alívio, suspender o conflito, mas pode não ser hábil para solucionar verdadeiramente a questão, de proporcionar paz aos envolvidos.

3 Da Justiça Restaurativa

Na Justiça Restaurativa, a comunidade, psicólogos e afins participam na solução do conflito. De

acordo com Guerra Filho (2009), as formas de solução de controvérsias se dividem em: 1) diplomáticas, realizadas diretamente pelas partes; 2) políticas, que prevê a interferência de organismos internacionais e 3) jurisdicionais, se dá pela atuação dos tribunais internacionais e implica a submissão de um embate a um sistema jurídico.

Conforme Granjeiro (2012), a Justiça Restaurativa traz um modelo judicial de conduta para os indivíduos em conflito, buscando a ressocialização harmoniosa dos infratores. Portanto, o modelo restaurativo se difere do tratamento dado pelo modelo retributivo, principalmente quanto à forma de punição adotada. Na Justiça Restaurativa procura-se reduzir o circulo vicioso da violência por meio do diálogo, estimulando a reconciliação dos sentimentos, além de compreender os motivos dos conflitos.

As primeiras explanações acerca do tema são posteriores aos anos 70, quando Albert Eglash defendeu a ideia de três modelos de justiça, a saber: a retributiva com foco na punição do infrator, a distributiva buscando a reeducação e a restaurativa voltada para a reparação. (SOUZA, 2009)

As práticas restaurativas ocorrem em reuniões de reconciliação, no mínimo três, com a presença de todos os envolvidos (mediador, infrator, vítima e demais convidados), tratados com igualdade. O coordenador de Círculo restaurativo atua enquanto facilitador, possibilitando que cada pessoa possa falar e ser ouvida com respeito. (MACHADO, 2008). Na primeira fase do processo, Pré-Círculo, são realizados encontros separados entre o mediador e a vítima e, num segundo momento, com o infrator, para mostrar como se dá o círculo restaurativo e seus objetivos. Posteriormente, ocorre o círculo restaurativo, onde podem participar os familiares e amigos dos envolvidos, viabilizando a mediação, de maneira que todos possam expor seus pontos de vista e determinar as possíveis ações para a reparação do dano. Derradeiramente, o Pós-Círculo é realizado para analisar e avaliar se os objetivos propostos estão sendo cumpridos. (NUNES, 2011).

A Justiça Restaurativa entende que a criminalidade traz prejuízos à sociedade, então, busca sua reparação, que é realizada diretamente pelas vítimas, infratores e pela comunidade afetada, que respondem ao delito participando da reparação. As práticas restaurativas procuram educar a partir do conflito, proporcionando a

conscientização dos envolvidos quanto às causas do ocorrido, possibilitando atitudes diferentes em caso de situações semelhantes (PINTO, 2009).

Spengler (2012) aponta que a Justiça Restaurativa é capaz de promover a democracia participativa na Justiça Criminal, uma vez que seus mecanismos voltados para composição do dano abrangem a vítima, o infrator e a comunidade. O conflito é visto de forma diversa do modelo retributivo e afasta o monopólio estatal, pois exalta as partes envolvidas possibilitando uma participação ativa na busca da solução dos conflitos existentes nos vários segmentos sociais.

Destarte, a aproximação da vítima e com o agressor vai além da compensação do dano, visa a restauração da relação, ou até mesmo sua construção, sem que para isso seja preciso levar o caso ao Judiciário. Contudo, é importante frisar que a aceitação das partes é imprescindível para a justiça restaurativa, que não pode ser imposta. Além disso, os direitos e garantias constitucionais devem ser observados, pois os princípios constitucionais norteiam todas as formas de solução pacífica de controvérsias enquanto formas de acesso à justiça.

A Justiça Restaurativa, bem como os outros métodos alternativos de resolução de conflitos devem cuidar da capacitação dos seus operadores na questão vitimológica, considerando a vítima como protagonista, proporcionando encontros entre vítima e agressor em um espaço participativo, autêntico e livre do fenômeno da revitimização. Nesse contexto, é importante que uma equipe interdisciplinar decida sobre quem deverá ser ouvido primeiro, o acusado ou a vítima, considerando o risco da revitimização. (SPENGLER, 2011).

É relevante lembrar que, a partir da procedimentalização, as respostas para e do processo passam a ser construídas, não existe uma verdade acabada no processo, ela surge na construção do processo. Nesse contexto, perante a necessidade da procedimentalização como resposta aos presságios da sociedade e do Direito, a ponderação acerca da adoção de um procedimento que viabilize uma decisão prática para a vida humana se orienta na compreensão dos princípios jurídicos. (GUERRA FILHO, 2009)

Conclusão

A Constelação Familiar, desenvolvida por Bert Hellinger na década de 1970, tem por objetivo estudar e analisar os padrões comportamentais de grupos familiares,

além de indicar as deficiências que permeiam o sistema, objetivando o restabelecimento do vínculo rompido no passado que gerou conflitos no contexto familiar. Alguns autores, como Schneider, preferem a expressão Constelação Sistêmica, uma vez que a técnica da Constelação pode ser aplicada em questões que referem a grupos familiares, organizacionais e outros.

A Constelação Familiar inserida no âmbito jurídico potencializa a mudança, uma vez que possibilita aos indivíduos em conflito terem consciência da origem da questão, viabilizando uma transformação daquilo que causou o problema.

As Varas de Família tem utilizado a técnica de Constelação Familiar antes da Mediação e da Conciliação, o que tem possibilitado um alto índice de solução das questões, além de propiciar uma pacificação entre as partes, garantindo a satisfação dos envolvidos, a partir de um olhar sistêmico da situação e da ampliação de consciência das partes nos conflitos. Contudo, faz-se necessário lembrar que a técnica da Constelação pode ser aplicada em qualquer momento do processo.

A mediação e a conciliação partem da ideia de que o ser humano é apto a buscar seus próprios recursos

para resolver problemas da sua vida, sendo viável a pacificação das relações e possível o restabelecimento do vínculo perdido, com base na aceitação das suas histórias e na compreensão dos papéis desempenhados pelos sujeitos envolvidos. Tais objetivos vão de encontro com os fundamentos do Direito Sistêmico, que tem suas bases na teoria da Constelação Familiar e visa encontrar a real solução para um conflito que permeia determinado grupo de pessoas, de forma que tal solução satisfaça ao interesse de todas as partes envolvidas no litigio.

A justiça restaurativa versa sobre um modelo jurídico menos centralizador por parte do Estado, viabilizando a solução de controvérsias a partir do diálogo entre os integrantes do conflito (infrator, vítima, família e comunidade), que têm a oportunidade de participarem ativamente na solução, possibilitando maior eficácia dessas decisões, já que são construídas em um processo dialógico. É possível que solução venha das Leis ou das decisões judiciais, mas estas não asseguram a satisfação das partes e nem sempre abrangem a raiz do problema.

O acesso à justiça pode ser compreendido como o acesso aos métodos mais adequados à resolução dos conflitos, sejam estes internos ou externos ao Judiciário. A Constelação Familiar e a Justiça Restaurativa atendem ao

ideal de solução de conflitos legitimada pelo procedimento dialógico, onde as partes atuam de forma ativa para a construção da solução, não sendo meros destinatários das decisões judiciais.

Frente às similitudes entre os objetivos da técnica da Constelação Familiar/Sistêmica e os da Justiça Restaurativa, que buscam a reconciliação dos sentimentos e a compreensão dos motivos dos conflitos, além da ampla possibilidade de uso das Constelações, é perfeitamente possível que estas sejam utilizadas em conjunto. Destarte, a Constelação Familiar, que atualmente é utilizada em Varas de Família, pode ser levada a outros campos do Direito, ou seja, é um instrumento pacificador que pode ser levado também às Varas Criminais, da Infância e Juventude, de Sucessões.

Referências

BRASIL. CNJ. **Resolução n.125/10 CNJ** de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em 14 de nov. de 2017.

_____. **Código de Processo Civil.** Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-

2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 14 de nov. de 2017.

CARMO, Maria Scarlet do. **Uma Breve Apresentação sobre a Constelação Sistêmica Fenomenológica**. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

CRUZ, Carlos Henrique Souza da.**Grupos: teoria e técnicas de intervenção**. João Pessoa: Ideia, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro.**v. 6. São Paulo: Editora Saraiva, 14ª Ed 2017.

GRANJEIRO, Ivonete. **Agressão conjugal mútua: a justiça restaurativa e Lei Maria da Penha.** Curitiba: Juruá, 2012.

GUERRA FILHO, Willis Santiago .**Teoria da Ciência Jurídica**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.

HELLINGER, Bert. **Ordens do Amor**. São Paulo: Cultrix, 2016.

_____. **Um lugar para os excluídos:** um guia para o trabalho com constelações familiares, São Paulo: Cultrix, 2007.

MACHADO, Claúdia. **Educação e justiça restaurativa como esperança de uma radical novidade.** In: MACHADO, Cláudia (org.). Cultura de paz e justiça restaurativa nas escolas municipais de Porto Alegre. Porto Alegre: Prefeitura Municipal/Secretaria Municipal de Educação, 2008.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil** - Vol. 5. 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUNES, Antonio Ozório. **Como restaurar a paz nas escolas: um guia para educadores**. São Paulo: Contexto, 2011.

POSSATO, Alex. **O que é constelação sistêmica?** 2008. Disponível em: <https://constelacaosistemica.wordpress.com/>. Acesso em: 14 de nov. de 2017.

PINTO, Renato Sócrates Gomes**. A construção da justiça restaurativa no Brasil – o impacto da justiça criminal.**Revista Paradigma, São Paulo, ano 14, n. 18, p. 215-235, 2009. Disponível em: <http://www9.unaerp.br/revistas/index.php/paradigma/article/view/54/6>. Acesso em 10 de nov. de 2017.

SCHNEIDER, Jakob Robert. **Vontade e Destino – Aspectos Polêmicos das Constelações Familiares.** 2004. Disponível em: <http://constelacaodeciowilma.com.br/index.php/mais-informacoes-sobre-constelacao-familiar-ibhbc/textos-sobre-constelacoes/46-vontade-e-destino>. Acesso em 15 de nov. de 2017.

_____. **A prática das constelações familiares**: bases e procedimentos. Trad. Newton A. Queiroz. Patos de Minas: Atman. 2007. 216p.

SOUZA, Ana Cristina da Silva. **Justiça Restaurativa e sua aplicabilidade nos delitos econômicos.** Dissertação (Mestrado em Direito Internacional Econômico) - Programa de Pós-Graduação em Direito Internacional Econômico – Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.bdtd.ucb.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1270>. Acesso em 9 de nov. de 2017.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STORCH, Sami. **O que é o Direito Sistêmico**. 2010. Disponível em <https://direitosistemico.wordpress.com/2010/11/29/o-que-e-direito-sistemico/> . Acesso em 10 de nov. de 2017.

_____. Direito Sistêmico: primeiras experiências com constelações no judiciário. *In* **Filosofia, Pensamento e Prática das Constelações Sistêmicas – nº 4**. São Paulo: Conexão Sistêmica, 2015. Disponível em: <https://direitosistemico.wordpress.com/2015/10/08/revista-filosofia-pensamentos-e-praticas-das-constelacoes-sistemicas-no-4/>Acesso em 9 de nov. de 2017.

BREVES REFLEXÕES SOBRE A LEGITIMIDADE NAS AÇÕES COLETIVAS FRENTE AO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

BRIEF REFLECTIONS ON LEGITIMACY IN COLLECTIVE ACTIONS AGAINST THE NEW CIVIL PROCESS CODE

Ana Carla Rodrigues da Silva
Luciana Andréa França Silva

RESUMO
O presente de estudo analisa as peculiaridades acerca do tema Legitimidade nas Ações Coletivas frente ao novo Código de Processo Civil de 2015 destacando a necessidade da criação de um Sistema Único de Ações Coletivas para dirimir controvérsias acerca da Legitimidade Ativa nas Ações Coletivas e de que forma se daria a atuação dos legitimados nas diversas nestas ações, na garantia de acesso, célere e uniforme à Justiça para a proteção de direitos fundamentais.
Palavras-chave: Ações coletivas; legitimidade; Ação Popular; substituição processual; Código de Processo Civil

ABSTRACT
The present study analyzes the peculiarities about the subject of Legitimacy in Collective Actions in relation to the new Code of Civil Procedure of 2015, highlighting the need to create a Single System of Collective Actions to resolve disputes about Active Legitimacy in Collective Actions and how Would give legitimated action in the various actions, guaranteeing quick and uniform access to justice for the protection of fundamental rights.

Keywords: Collective actions; legitimacy; Popular Action; Procedural substitution; Code of Civil Procedure

Introdução

Muito se fala pelos processualistas do direito brasileiro da necessidade de um futuro surgimento de um código de processo das demandas coletivas, sendo, inclusive, objeto de Projeto de Lei 5139/09. A tentativa de normatização das demandas coletiva tomou mais força com o novo Código de Processo Civil de 2015 já que neste, ao contrário do anterior, houve uma maior previsão relacionada aos direitos coletivos, no código de processo já que as previsões encontram-se espaçadas em leis especiais.

A existência de ações coletivas data inicialmente de 1965, com o surgimento da Lei da Ação Popular, e há anos vem sendo implementada com o surgimento de novas leis especiais como da Ação Civil Pública, Código de Defesa do Consumidor, Lei da Improbidade Administrativa, Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei da Pessoa Portadora de Deficiências, Lei Protetiva dos Investidores do Mercado de Valores Imobiliários e Lei de Prevenção e Repressão às Infrações contra a Ordem Econômica, e também as ações constitucionais coletivas.

A necessidade de legislação específica vem do reconhecimento que a tutela coletiva ganha destaque no cenário jurídico brasileiro na busca da efetiva proteção de direitos coletivos como bem destaca Teori Zavascki (2017):

> O certo é que o subsistema do processo coletivo tem, inegavelmente, um lugar nitidamente destacado no processo civil brasileiro. Trata-se de subsistema com objetivos próprios (a tutela de direitos coletivos e a tutela coletiva de direitos), que são alcançados à base de instrumentos próprios (ações civis públicas, ações civis coletivas, ações de controle concentrado de constitucionalidade, em suas várias modalidades), fundados em princípios e regras próprios, o que confere ao processocoletivo urna identidade bem definida no cenário processual. (ZAVASCKI, 2017, p. 27).

Com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil de 2015, esperava-se o início da proteção e previsão efetiva das ações coletivas, como de fato se buscou no art. 333 do Código de Processo Civil visando a proteção dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.[1]

---

[1] Código de Processo Civil Brasileiro de 2015 - "Art. 333.Vetado. Atendidos os pressupostos da relevância social e da dificuldade de formação do litisconsórcio, o juiz, a requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública, ouvido o autor, poderá converter em coletiva a ação individual que veicule pedido que: I - tenha alcance coletivo, em razão da tutela de bem jurídico difuso ou coletivo, assim entendidos aqueles definidos pelo art. 81,

Referido dispositivo legal foi vetado, justificando-se o veto Presidencial no fato de que em virtude da forma como foi redigido referido disposto poderia algozar em conversão das demandas individuais em coletivas sem critério rígido de formação, salientando ainda que o atual Código de Processo Civil já trouxe previsão que abarca as demandas repetitivas.

As Ações Coletivas já são amplamente conhecidas e utilizadas em nosso ordenamento pátrio, mas ainda não gozam de previsão legal específica e nem mesmo são

---

parágrafo único, incisos I e II, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e cuja ofensa afete, a um só tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade;II - tenha por objetivo a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, por sua natureza ou por disposição de lei, deva ser necessariamente uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo. § 1º Além do Ministério Público e da Defensoria Pública, podem requerer a conversão os legitimados referidos no art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e no art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor). "§ 2º A conversão não pode implicar a formação de processo coletivo para a tutela de direitos individuais homogêneos: I - já iniciada, no processo individual, a audiência de instrução e julgamento; ou II - houver processo coletivo pendente com o mesmo objeto; ou III - o juízo não tiver competência para o processo coletivo que seria formado. § 4º Determinada a conversão, o juiz intimará o autor do requerimento para que, no prazo fixado, adite ou emende a petição inicial, para adaptá-la à tutela coletiva.§ 5º Havendo aditamento ou emenda da petição inicial, o juiz determinará a intimação do réu para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias. § 6º O autor originário da ação individual atuará na condição de litisconsorte unitário do legitimado para condução do processo coletivo.§ 7º O autor originário não é responsável por nenhuma despesa processual decorrente da conversão do processo individual em coletivo. § 8º Após a conversão, observar-se-ão as regras do processo coletivo. § 9º A conversão poderá ocorrer mesmo que o autor tenha cumulado pedido de natureza estritamente individual, hipótese em que o processamento desse pedido dar-se-á em autos apartados. § 10. O Ministério Público deverá ser ouvido sobre o requerimento previsto no caput, salvo quando ele próprio o houver formulado."

legisladas pelo Novo Código de Processo Civil. Entre as demandas temos as ações coletivas em espécie quando tratamos da Ação Civil Pública, Ação Coletiva do Código de Defesa do Consumidor, Ação Popular, Ação de Improbidade Administrativa, Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção Coletivo, Ações de Controle Abstrato de Constitucionalidade e os institutos processuais com reflexos coletivos. As citadas ações coletivas em espécie deram surgimento às legislações especiais com a finalidade de abarcar a temática das ações coletivas.

A Ação Civil Pública atualmente é regulada pela Lei 7.347/85 e o Código de Defesa do Consumidor pela Lei 8.078/90 e foram citadas pelo vetado dos dispositivos do Novo Código de Processo Civil como forma de ampliação dos legitimados a propor conversão da ação individual em ação coletiva, tratando de importante abordagem quando do estudo da legitimidade nas ações coletivas principalmente quando se pretende o estudo com base ao Código de Processo Civil de 2015.

Além da tentativa de dispor sobre a legitimidade no citado dispositivo vetado, o citado Codex promoveu alteração quanto às condições da ação, já que o título antes existente foi suprimido, mas o requisito da

legitimidade e do interesse permaneceram expressos no art. 17[2].

Importante se faz o presente estudo já que visa delinear, ainda que de forma simples, as importantes discussões acerca da legitimidade no processo coletivo.

1. A alteração do Código de Processo Civil quanto às condições da ação e a legitimidade

O Código de Processo Civil de 2015 suprimiu a menção ao termo condições da ação apesar de ainda trazer previsão quanto à necessidade do interesse e da legitimidade, motivos pelo quais pode vir o processo a ser extinto sem resolução de mérito com base no art. 485[3], inciso VI, do Código de Processo Civil.

---

[3]Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:
I - indeferir a petição inicial;
II - o processo ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes;
III - por não promover os atos e as diligências que lhe incumbir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias;
IV - verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;
V - reconhecer a existência de perempção, de litispendência ou de coisa julgada;
VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;
VII - acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência;
VIII - homologar a desistência da ação;
IX - em caso de morte da parte, a ação for considerada intransmissível por disposição legal; e
X - nos demais casos prescritos neste Código.

Assim, surgiu na doutrina militante do Processo Civil a discussão de que a supressão do termo condições da ação acarretaria em absorção da legitimidade e interesse como pressupostos processuais. Em contrapartida temos a ideia de não ocorrência de fusão já que o mesmo Código previu em seu art. 485, que trata sobre a extinção do processo sem resolução do mérito, como fatores distintos já que se a extinção do feito estiver relacionada à ausência dos pressupostos, a decisão se baseará no inciso IV, já, se tratar-se de extinção por ausência de legitimidade ou interesse processual, essa se dará com base no inciso VI.

Com a distinção trazida pelo próprio código tratando em momentos distintos os institutos das condições da ação e dos pressupostos processuais parece bastante claro que a intenção não foi de supressão.

As ações coletivas, assim como as individuais, passam pelo crivo do anteriormente denominado condições da ação, legitimidade e interesse processual pelo qual se passa pelo crivo de possibilidade de continuidade da demanda.

Nas Ações Coletivas, não são todos os legitimados para promovê-la, conforme trataremos, e conforme tratado no vetado art. 333 do Código de Processo Civil Brasileiro,

já que visam proteger o interesse de uma coletividade de um público que pode vir a sequer ser delimitado.

A legitimidade nas ações coletivas não é de um titular específico já que busca a tutela de direitos de toda uma coletividade, buscando que a proteção possa resguardar um número de pessoas além da previsão da esfera individual já que buscamos assim a proteção no plano difuso.

> Não tendo os direitos transindividuais, em regra, titulares, na medida em que se situa m num plano logicamente antecedente de atributividade individual dos direitos, nasce aí o difícil problema para o emprego do esquema liberal burguês para sua tutela (...) Em tema de direitos transindividuais, melhor seria talvez falar-se em beneficiários dos direitos tutelados, porque, na verdade, os direitos que se tutelam no plano transindividual de forma única e indivisível é que dão causa a inúmeros outros direitos dessas pessoas, não havendo hipótese de que a tutela coletiva constitua para eles direta e automaticamente direitos. (ADAMOVICH, 2006, p. 29-30)

Assim, tentou-se a implementação, singela, de um sistema coletivo, sendo a previsão vetada. Ocorre que a legitimidade e o processo se dão com base em outras legislações que trazem previsão de demandas coletivas enormatizam o tema.

2. O Projeto Lei 5139/09 – Codificação das Ações Coletivas e Nova Lei de Ação Civil Pública e a proposta de estruturação de legitimados nas Ações Coletivas

O Projeto Lei 5139/09 que está em tramitação pretende tratar das Ações Coletivas e Revogar as Leis nº 7.347, de 1985 e 11.448, de 2007; e dispositivos das Leis nºs 7.853, de 1989; 7.913, de 1989; 8.069, de 1990; 8.078, de 1990; 8.884, de 1994; 9.008, de 1995; 9.494, de 1997; 10.257, de 2001; 10.741, de 2003 tendo por finalidade fixar um Sistema Único Coletivo e assim visa revogar a Lei da Ação Civil Pública que passaria, em um primeiro momento, a ser a Lei de Introdução ao Sistema Único das Ações Coletivas que seria inclusive embasamento para o Código de Processo Coletivo.

Citado Projeto visa "Disciplinar a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e dá outras providências."

Assim, mencionado projeto visa a normatizar as ações coletivas, fixando seus parâmetros. Conforme se depreende do teor do art. 2º, há uma preocupação em se definir o cabimento das ações coletivas, o que é dirimido

pela previsão legal trazida a qual define o que se trata de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.[4]

Da Proposta dos relatores, a legitimidade no caso da validação do Sistema Único de Ações Coletivas está ligada a uma ideia de denominação de legitimação processual coletiva, uma vez que visa tutelar a proteção dos direitos coletivos *latu sensu*, já que pretende-se a manutenção de amplo rol de legitimados à propositura, sendo eles conforme o Projeto:

> Art. 6º - São legitimados concorrentemente para propor a ação coletiva: I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e respectivas autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista, bem como seus órgãos despersonalizados que tenham como finalidades institucionais a defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos; IV - a Ordem dos Advogados do Brasil, inclusive as

---

[4]Projeto Lei 5139/09 - Art. 2º - A tutela coletiva abrange os interesses ou direitos:
I - difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas, ligadas por circunstâncias de fato;
II - coletivos em sentido estrito, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; e
III - individuais homogêneos, assim entendidos aqueles decorrentes de origem comum, de fato ou de direito, que recomendem tutela conjunta a ser aferida por critérios como facilitação do acesso à Justiça, economia processual, preservação da isonomia processual, segurança jurídica ou dificuldade na formação do litisconsórcio.

> suas seções e subseções; V - as entidades sindicais e de fiscalização do exercício das profissões, restritas à defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos ligados à categoria; VI - os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, nas Assembléias Legislativas ou nas Câmaras Municipais, conforme o âmbito do objeto da demanda, a ser verificado quando do ajuizamento da ação; e VII - as associações civis e as fundações de direito privado legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano, para a defesa de interesses ou direitos relacionados com seus fins institucionais, dispensadas a autorização assemblear ou pessoal e a apresentação do rol nominal dos associados ou membros.

Percebe-se a preocupação da tutela de direitos coletivos e a necessidade de ampliação dos legitimados para a propositura das ações coletivas com o objetivo de se garantir que a coletividade seja amplamente protegida, em que o tempo, a experimentação, o estudo e, eventualmente, os ajustes legislativos necessários sem dúvida farão dosmecanismos de tutela coletiva urna via serena de aperfeiçoamento da prestação da tutela jurisdicional (ZAVASCKI, 2017, p. 27).

3. Os legitimados das Ações Coletivas no sistema vigente

O Brasil, doutrinariamente, vem se preocupando e se atentando há anos ao modelo de ações coletivas, prova

disso é que a Lei da Ação Popular data do ano de 1965, nascendo assim as previsões legais.

Com base na legislação em vigor que disciplina as Ações Coletivas, podemos chegar à fixação de seus legitimados.

Insta mencionar que o vetado art. 333 do Código de Processo Civil trazia especial atenção tendo colocado o Ministério Público e a Defensoria Pública como legitimados imediatos e também aqueles legitimados na Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor.

Citadas leis trazem rol taxativo de legitimados que conta com entes além do Ministério Público e Defensoria Pública, sendo eles no caso da Ação Civil Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; a associação que, concomitantemente: esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil e inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e

paisagístico. [5] E, conforme o Código de Defesa do Consumir, regulado pela Lei 8.078/90, temos como legitimados o Ministério Público; a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código; as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos elo código, dispensada a autorização assemblear. [6]

Importante ressaltar que A Lei da Ação Popular e da Improbidade Administrativa preveem rol de legitimados

---

[5]Lei 7.347/85 – Lei da Ação Civil Pública
Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:
I - o Ministério Público;
II - a Defensoria Pública;
III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;
IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;
V - a associação que, concomitantemente:
a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;
b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.
[6]Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor
Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:
I - o Ministério Público;
II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;
III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;
IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

atípico aos tratados. Na Lei da Ação Popular o legitimado a proteger o interesse coletivo por meio da medida é o cidadão e na Ação de Improbidade Administrativa caberá ao Ministério Público e à pessoa jurídica de direito público interessada.

Analisando-se os principais legitimados ativos para a defesa dos interesses coletivos, percebe-se a preocupação do legislador com a garantia do acesso célere ao Poder Judiciário, como também com uma prestação jurisdicional uniforme, evitando julgamentos contraditórios sobre demandas derivadas do mesmo fato, bem como com a possibilidade de tumulto que seria causado pelo ajuizamento de diversas ações com o mesmo propósito além da eternização dos processos, garantindo que por meio das demandas coletivas seja possível a solução de danos que atingem um grupo determinado em um único processo evitando discrepâncias nas decisões judiciais.

4. A não ocorrência de substituição processual quanto se trata de ação coletiva

Grande parte da doutrina pátria afirma que nas demandas coletivas haveria a substituição processual, o que, no entanto é equívoca como bem trata Luiz Manoel Gomes Júnior e Miriam FecchioChueiri (2013)

demonstrando a não existência de substituição processual nas ações coletivas.

Quando tratamos dos legitimados à propositura de ações coletivas temos de plano as regulamentações especiais que trazem o rol desses legitimados, uma vez que as ações coletivas atualmente encontram-se previstas em diversos diplomas legais que tratam de sua legitimidade, obrigando uma análise fundamentada em dispositivos esparsos com o objetivo de se reconhecer como se daria a legitimação ativa dessas ações.

Cabe-nos analisar se este rol trazido é taxativo e se esta legitimação seria uma forma de constituição de uma substituição processual já que temos 'eleitos' litigando em nome de outrem.

Atualmente existe a preocupação de que determinados interesses são tratados como pertencentes ao grupo de interesse coletivo e,portanto, devem sair de uma esfera individual para uma demanda em prol da coletividade.

O que se pretende com as ações coletivas é a criação de uma maior segurança jurídica e consequente viabilizar o alcance em favor de uma coletividade e não de apenas uma pessoa específica.

Quando da análise do projeto do atual Código de Processo Civil, Humberto Theodoro Júnior (2010) já

advertia sobre a necessidade de uma regulamentação acerca das ações coletivas:

> Se há alguma deficiência no modelo proposto no Projeto, creio que se deva apresentar emenda para supri-la. Não é, data vênia, hipótese de simplesmente rejeitar o incidente alvitrado para remeter a questão para uma ação civil pública o Ministério Público.
> O que o Projeto quer, de fato, é fugir do re médio da ação coletiva, que já existe e que já se sabe não ser adequado para solucionar o drama das ações singulares repetitivas, que cada vez mais abarrotam os juízos e tribunais e desafiam inovações capazes de debelar o mal com a necessária adequação eficiência. (THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 26)

Nas ações coletivas estamos diante de um legitimado que vai a Juízo para pleitear direito de outrem e daí surge a indagação quanto a substituição processual e faz a delimitação de quando há ocorrência de substituição processual.

Como exposto anteriormente, existe uma corrente majoritária que afirma que há uma substituição processual onde os legitimados defenderiam em juízo direito alheio em nome próprio, ou ainda, que haveria também uma relação em um primeiro momento de substituição processual e em um segundo momento de representação, como exposto:

> Pela fórmula tradicional do litisconsórcío ativo facultativo, a tutela coletiva se dá sempre em regime de representação, ou seja, é requerida em nome próprio, pelos próprios titulares dos direitos individuais homogêneos afirmados em juízo. Já a fórmula alternativa do procedimento especial ora examinado adota um duplo regime: na primeira fase, a da ação coletiva propriamente dita, a demanda é promovida mediante substituição processual (= a tutela é requerida por quem não é titular do direito afirmado, em favor de quem o é); e, na segunda fase, a da ação de cumprimento, o regime é o de representação (o titular do direito postula, em nome próprio, o cumprimento, em seu favor, da sentença genérica de procedência da ação coletiva). (ZAVASCKI, 2017, p. 158)

No entanto, para melhor definir de que forma o legitimado ativo nas ações coletivas seria a legitimação coletiva uma vez que, se houver a substituição processual, o legitimado principal seria substituído e todos os efeitos da sentença o afetariam diretamente, o que não ocorre uma vez que, individualmente, em caso de improcedência de uma ação coletiva, é possível a propositura de ação relacionada ao direito que apesar de coletivo, também é entendido como um direito individual.

Nas lições de Luiz Manoel Gomes Júnior e Miriam FecchioChueiri “Uma diferença fundamental entre a substituição processual e a legitimação extraordinária é

que no primeiro há a defesa de um direito próprio daquele que vem a Juízo, mas também de terceiro (copossuidor, por exemplo); já na substituição processual quem vem a juízo defende direito alheio.”

Para concluirmos, suscintamente, importante se faz a citação do fechamento do pensamento dos autores “Haverá no caso dos entes legitimados para atuar no polo ativo das ações coletivas, sempre, uma legitimação processual coletiva. Esta é a denominação que propomos, afastando a classificação fundamentada no tipo de interesse protegido ou que esteja vinculado ao sistema processual individual.” (GOMES JÚNIOR, 2013, p.4)

Assim, tratando o presente estudo de legitimidade nas ações coletivas, trataremos em seguida da legitimação ativa do Ministério Público na ação popular com o fim de discutir na prática o não cabimento do instituto.

Em regra, na ação popular poderá figurar no polo ativo, qualquer cidadão, o que não se pode confundir aqui é a legitimidade ativa com capacidade postularia, pois, a última não é intrínseca a qualquer cidadão.

Tem-se taxativamente que o legitimado ativo da ação são os cidadãos e, curiosamente, a Lei da Ação Popular, em um segundo momento destina a legitimidade ativa ao órgão Ministerial.

Neste sentido os ensinamentos de Pedro Lenza:

> Somente poderá ser autor da ação popular o cidadão, assim considerado o brasileiro nato ou naturalizado, desde que esteja em pleno gozo de seus direitos políticos, provada tal situação (e como requisito essencial da inicial) pelo título de eleitor, ou documento que a ele corresponda (art. 1º, parág. 3º, da Lei 4.717/65).
> Assim, excluem-se do polo ativo os estrangeiros, os apátridas, as pessoas jurídicas (vide Súmula 365 do STF) e mesmo os brasileiros que estiverem com os seus direitos políticos suspensos ou perdidos (art. 15 da CF/88). (LENZA, (2014), p. 1.166)

Assim, temos que o Ministério Público não poderá ajuizar ação popular, atuando somente como fiscal da lei, conforme se depreende da leitura do art. 6º, § 4º, da Lei 4717. Porém, no caso de o autor abandonar a ação, conforme preceitua o art. 9º da Lei 4717/65, citado órgão poderá promover o seu prosseguimento.[7]

---

[7]§ 4º O Ministério Público acompanhará a ação, cabendo-lhe apressar a produção da prova e promover a responsabilidade, civil ou criminal, dos que nela incidirem, sendo-lhe vedado, em qualquer hipótese, assumir a defesa do ato impugnado ou dos seus autores... (Art. 6º, § 4º, da Lei 4717)
Art. 9º Se o autor desistir da ação ou der motiva à absolvição da instância, serão publicados editais nos prazos e condições previstos no art. 7º, inciso II, ficando assegurado a qualquer cidadão, bem como ao representante do Ministério Público, dentro do prazo de 90 (noventa) dias da última publicação feita, promover o prosseguimento da ação. (Art 9º da Lei 4717)

O que então era vedado ao *Parquet*, já que a lei assevera que o Ministério Público, está vedado, em qualquer hipótese, a assumir a defesa do ato impugnado ou dos seus autores e este não estaria legitimado a ingressar com a ação popular já que possui o mecanismo da ação civil pública, passa em um segundo plano a ter a sua legitimidade reconhecida, legitimidade esta que tratamos no presente estudo de legitimidade ativa secundária, já que necessária decorrer de um ato, ou seja, o abandono da causa ou no caso do autor dar motivo a absolvição da instancia, nascendo assim, em um segundo plano a legitimidade ativa do Ministério Público.

Temos que a legitimidade ativa secundária do Ministério Público seria ato de total respeito aos anseios de uma sociedade, afinal, é o *Parquet* o fiscal da lei e assim deve zelar quando não se tem a participação do cidadão, pelo cumprimento dos atos administrativos vinculados a legalidade, o que em caso, como já debatemos ocasionaria em uma lesividade a toda sociedade, para o qual o Ministério atua em prol.

Neste aspecto, temos que não se mostra possível a declaração de que estamos diante de uma substituição processual, já que aqui, os legitimados protegem interesse que transcende o plano individual e pertence a toda coletividade.

Ocorre que, nos ensinamentos de Luiz Manoel Gomes Júnior e Miriam FecchioChueiri, paira a segunda defesa da não ocorrência do fenômeno da não existência da substituição processual em razão de poder, o particular, quando houver uma sentença de improcedência, independente do motivo, ajuizar ação individual.

> (...) Na hipótese de substituição processual, o substituído é afetado, positiva ou negativamente, em seu direito material pelos efeitos da decisão. Nas ações coletivas uma sentença de improcedência, independentemente do motivo, haja ou não suficiência de provas, não impedirá a tutela individual do direito, afastando assim elemento essencial da substituição processual. (GOMES JÚNIOR, 2013, p. 03)

Na ação popular, há previsão expressa quanto ao instituto da coisa julgada da sentença. Importante citar neste ponto o art. 18 da Lei 4717/65. Senão vejamos:

> Art. 18. A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível "erga omnes", exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.”

Em análise, resta dizer que havendo provas nos autos a decisão terá efeito *erga omnes*, sendo ela procedente ou não, mas, se a ação for julgada

improcedente por falta de provas, a decisão somente valerá *interparts*, pois, neste caso, outra ação que verse sobre o mesmo tema poderá ser ajuizada desde que nova prova seja apresentada. Assim narrou Pedro Lenza:

> A coisa julgada se opera *secundumeventum litis*, ou seja, se a ação for julgada procedente ou improcedente por ser infundada, produzirá efeito de coisa julgada oponível *erga omnes*. No entanto, se a improcedência se der por deficiência de provas, haverá apenas a coisa julgada formal, podendo qualquer cidadão intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova (art. 18 da lei), já que não terá sido analisado o mérito. (LENZA, 2014, p. 1.169)

Temos assim que não é sempre que houver uma sentença de improcedência que a parte poderá ingressar com demanda individual.

A ação popular é coletiva em sua essência, mas traz consigo algumas peculiaridades, mas que ainda assim não lhe faz aplicar quanto a sua legitimação de substituição processual, pelas questões óbvias expostas no estudo analisado já que plano verifica-se que a postulação não se trata de busca de proteção apenas de interesse alheio, ainda que quando o legitimado ativo passa a ser o Ministério Público.

Neste caso, a dúvida inicial seria qual interesse pessoal e coletivo estaria buscando o órgão Ministerial. No entanto, o Ministério Público age de forma a proteger o interesse público. Marcus Vinicius Gonçalves ensina os possíveis significados de interesse público:

> Pode referir-se ao interesse do Estado, dos entes públicos, em contraposição ao do particular. Nesse sentido, confunde-se com o interesse do ente público.
> Pode indicar o interesse da sociedade, da coletividade, como um todo, confundindo-se de certa maneira com a ideia do bem comum. Em princípio, o interesse do Estado deveria confundir com o da sociedade, na busca do bem comum, mas, como se sabe, nem sempre é assim.
> Pode significar certo interesse que, embora diga respeito a um particular, refere-se a valores ou direitos cuja proteção interessa a coletividade como um todo, de modo a confundir-se com os interesses indisponíveis. De forma abreviada, pode-se dizer que a equivocidade da expressão "interesse público" deriva de que a ela é usada para referir-se ao titular, ora a espécie de interesse em jogo. (GONÇALVES, 2012, p. 17)

O órgão tem também seus interesses, que são inclusive os princípios a que se destinam, já que exercem papel de ficais da lei e, no caso da ação popular, em que há

desvio de atos da administração, ele estará atuando também em nome do seu interesse.

Conclusão

As ações coletivas vêm se implementando ao longo do tempo, e, tamanha a sua importância também vem sido reconhecida como garantidora de direitos que não podem ser individualmente considerados.

Como bem explica Teori Zavascki (2017):

> Bem se vê, mesmo a um primeiro olhar sobre esse modelo classificatório da tutela jurisdicional, que, à medida que se passa de um para outro dos grupos de instrumentos processuais hoje oferecidos pelo sistema do processo civil, maior ênfase se dá à solução dos conflitos em sua dimensão coletiva. É o reflexo dos novos tempos, marcados por relações cada vez mais impessoais e mais coletivizadas. O conjunto de instrumentos hoje existentes para essas novas formas de tutela jurisdicional, decorrentes da primeira onda de reformas, constitui, certamente, um subsistema processual bem caracterizado, que se pode, genérica e sinteticamente, denominar de processo coletivo. Mas, sem a tradição dos mecanismos da tutela individual dos direitos subjetivos, os instrumentos de tutela coletiva, trazidos por leis

> extravagantes, ainda passam por fase de adaptação e de acomodação, suscitando, por isso mesmo, muitas controvérsias interpretativas. O tempo, a experimentação, o estudo e, eventualmente, os ajustes legislativos necessários sem dúvida farão dos mecanismos de tutela coletiva urna via serena de aperfeiçoamento da prestação da tu tela jurisdicional. (ZAVASCKI, 2017, p. 27)

Timidamente, a tutela coletiva vem se aperfeiçoando e hoje se mostra necessária em virtude do grande número de ações ajuizadas, muitas vezes sobre o mesmo direito e com o fim de manter uma segurança jurídica, evitando-se decisões totalmente opostas em relação a um mesmo direito.

Reconhecendo a evolução na garantia de direitos da coletividade, o processo coletivo vem se estabelecendo como um meio mais adequado de acesso à justiça, em que foram criados institutos e regras específicas, constituindo uma resposta às peculiaridades deste tipo de demanda, necessárias para adequar a prestação da tutela jurisdicional.

A tutela coletiva tem se mostrado uma maneira eficaz de dar efetividade e assegurar a observância de direitos fundamentais como oacesso ao Poder Judiciário, a duração razoável do processo, economia processual, segurança jurídica, dentre outros, além de evitar que, em

razão das demandas massificadas, a sociedade não tenha suas necessidades atendidas por intermédio do sistema tradicional de solução de conflitos individuais.

Muito se avançou na busca da tutela coletiva e, recentemente, apesar de não tratar de forma mais abrangente, o novo Código de Processo Civil regulamentou alguns dispositivos relacionados ao processo coletivo apesar de ter outros dispositivos que tratavam do tema vetados.

Devemos caminhar agora para a codificação de uma estrutura normativa do processo coletivo, sendo esta de extrema importância e necessidade já que o instituto existe, tem sido utilizado em maior escala, carecendo de uma proteção jurídica específica.

Referências

ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo von. Os belos copos de vinho da vovó? Elementos de história do processo coletivo para a solução de alguns problemas supostamente intrincados. In : RIBEIRO JÚNIOR, José Hortêncio et al (Org.). Ação coletiva na visão de juízes e procuradores do trabalho. São Paulo: LTR, 2006.

BRASIL. Constituição Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Publicada no Diário Oficial da União, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 de março 2017.

BRASIL. Lei 4717. **Ação Popular.** Publicada no Diário Oficial da União, Brasília, 08 abril 1974. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm. Acesso em: 10 de março 2017.

BRASIL. Lei 7347. **Ação Civil Pública.** Publicada no Diário Oficial da União, Brasília, 24 julho 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm. Acesso em: 10 de março 2017.

BRASIL. Lei 8078. **Código de Defesa do Consumidor.** Publicada no Diário Oficial da União, Brasília, 11 setembro 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 10 de março 2017.

BRASIL. Lei 13105. **Código de Processo Civil.** Publicada no Diário Oficial da União, Brasília, 16 março 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 de março 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 62ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CONSULTOR JURÍDICO. **Leia as razões dos sete vetos de Dilma Rousseff ao Novo CPC.** Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-mar-17/leia-razoes-sete-vetos-dilma-rousseff-cpc. Acesso em: 15 mar 2017

GARTH, Bryant; CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Tutela dos interesses difusos e coletivos**. 6º Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Tutela dos interesses difusos e coletivos**. 6º Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A tutela jurisdicional dos interesses difusos**. nº 14-15. São Paulo, 1979.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; CHUEIRI, Miriam Fecchio. **Sistema Coletivo: Porque não há substituição processual nas ações coletivas**. Página 461-472. São Paulo: Revista de Processo, 2013.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente.** 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data", ação direta de insconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental, o controle incidental de normas no direito brasileiro, a repressão interventiva.** 28ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo CPC – Código de Processo Civil.** 1ª edição. São Paulo: MÉTODO, 2015

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Algumas polêmicas surgidas após a divulgação do projeto do novo código de processo civil brasileiro**. Revista Jurídica, v.58, n.395, set. 2010, p.11-111. Sapucaia do Sul: Notadez, 2010

ZAVASCKI, Teori Albino **Processo coletivo**: *tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos* /Teori Albino Zavascki. -- 7. ed. rev., atual. eampl. -- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCENTIVO A LEITURA: DO PROGRAMA NACIONAL DE LEITURA AO PROGRAMA NACIONAL BIBLIOTECA DA ESCOLA

OF THE PUBLIC POLICIES FOR INCENTIVE READING: FROM THE NATIONAL READING PROGRAM TO THE NATIONAL SCHOOL LIBRARY PROGRAM

Mariel Rodrigues Pelet
Paulo Henrique Brant Vieira

Resumo: Este estudo tem como objetivo a análise através da pesquisa teórico-bibliográfica a respeito das políticas públicas nacionais desenvolvidas com o fim de incentivar à leitura. Para tanto, utilizando-se do método dedutivo, foram tratados quatro programas nacionais: Proler, o Pró-leitura na Formação do Professor e o Programa Nacional Biblioteca da Escola, instituído nacionalmente a partir do ano de 1997, bem como, as legislações pertinentes ao tema e as iniciativas educacionais voltadas ao incentivo e desenvolvimento da leitura.
Palavras Chave: Programas Nacionais. Incentivo à Leitura. LegislaçõesPertinentes. IniciativasEducacionais.

Abstract: This study aims to analyze the theoretical and bibliographical research on national policies developed to encourage reading. To do so, using the deductive method, four national programs were dealt with: Proler, Pro-reading in Teacher Training, National Library Program of the School, established nationally as of 1997, as well as legislation relevant to the subject and educational initiatives aimed at encouraging and developing reading.

Keywords: National Programs. Reading Incentive.RelevantLegislation. EducationalInitiatives.

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A presente pesquisa científica busca a análise das políticas públicas desenvolvidas no âmbito nacional de incentivo à leitura emanadas do Governo Federal.

Nesse sentido, faz-se necessário o resgate histórico desses programas, que ao longo do tempo foram criados com base no interesse e visibilidade que o Estado dispensava a necessidade de fomento à leitura no Brasil.

Para tanto, foi trabalhado os programas nacionais de incentivo à leitura: PROLER, instituído em maio de 1992; o Pró-leitura na Formação do Professor e o Programa Nacional Biblioteca da Escola.

A escolha do tema em debate justifica-se pela imprescindibilidade e importância do desenvolvimento de políticas públicas de fomento à leitura no Brasil.

Para tanto, com relação a metodologia, utilizou-se a pesquisa teórico-bibliográfica e documental, haja vista ter-se construído esta pesquisa científica com base nas legislações pertinentes ao tema, à diversos autores e orientações dos órgãos competentes. Quanto ao procedimento metodológico, foi adotado o método dedutivo, partindo de uma análise geral do tema para uma

concepção micro analítica, que possibilitou a delimitação, justificativa e problematização do tema. Ao final, no que diz respeito ao procedimento técnico foram adotadas as análises temáticas, teóricas e interpretativas.

Políticas Públicas

Adentrar as questões sobre políticas sociais brasileiras exige o cuidado de se perceber essas políticas num contexto teórico mais amplo, isto é, da sociedade capitalista moderna. Faz-se necessário, ainda, distinguir o papel do Estado e do Governo para melhor entender e avaliar as ações e resultados das políticas públicas.

Segundo Höfling (2001, p. 31) "políticas públicas são [...] entendidas como o 'Estado em ação' é o Estado implementando um projeto de governo, através de programas, de ações voltadas para setores específicos da sociedade".

Assim, entende-se que a política pública representa a decisão do governo sobre como agir frente a uma situação.

Neste sentido, Soares (2002):

> É preciso lembrar que a sociedade de classes brasileira não se compõe simplesmente de classes antagônicas.

> De acordo com a formação histórica da nossa sociedade, encontramos um ecletismo de estruturas, em que resquícios da escravatura e de formas de dominação feudal se combinam com formas capitalistas que vão desde o capitalismo selvagem do século XIX até o capitalismo maduro dos países hegemônicos e até com formas de capitalismo de Estado (empresas Estatais). (SOARES, 2002, p. 37-38)

Pode-se dizer que as diferenças em relação à estruturação da sociedade de classe e na própria organização do Estado, de certa forma, implicam numa atuação diferenciada das políticas sociais muitas vezes marcadas por desvios, contradições, avanços e retrocessos.

Coadunando do mesmo entendimento, Soares (2002) ressalta que:

> a força de atuação real dessas políticas [sociais] pode ser enfraquecida ou anulada por atuações e estratégias equivocadas, por rupturas ocorridas de uma gestão a outra, por estamentos corruptos dos setores governamentais ou empresariais. Isso vem ocorrendo sistematicamente na história do Brasil. (SOARES, 2002, p. 41)

Em suma, as políticas públicas cumprem o papel de mediação dos conflitos existentes em uma sociedade marcada por desigualdades profundas. São

produzidas a partir do embate entre as forças que compõem a sociedade e podem oscilar conforme a força dos diferenciados segmentos no jogo de poder.

No que tange a implementação de políticas públicas de incentivo à leitura no Brasil, essa se deu diante do cenário caótico cenário em que muitas crianças e jovens leem pouco, do número insuficiente de bibliotecas e espaços para a prática da leitura nos municípios e, ainda, de que as escolas não têm um acervo adequado e atualizado para seus alunos.

Segundo Soares (2002) alguns programas e leis já haviam sido instalados com o propósito de promover uma mudança cultural, no intuito de melhorar o desempenho dos leitores e possibilitar o acesso a materiais de leitura.

> Ao longo de 100 anos de República, surgiram iniciativas como objetivo de superar as deficiências do sistema de produção, circulação e consumo de livros. O que não faltaram foram projetos: nos anos 70, podemos citar o financiamento de publicações de obras literárias pelo Instituto Nacional do Livro; o programa de aquisição e distribuição de livros didáticos e o programa "Salas de Leitura" da fundação de Assistência ao Estudante (FAE), vinculada ao governo federal. Pela iniciativa privada, podemos citar

> os programas “Ciranda de Livros” e Viagem à Leitura”. Em 1988, a Câmara Brasileira do Livro promoveu cursos de treinamento e atualização para professores empenhados na formação de leitores em várias regiões do país. Peculiar a esses projetos foi a cooperação, por meio de publicidade, dos meios de comunicação de massa garantindo a sua difusão. (SOARES, 2002, p. 35)

É sob esse panorama histórico que, a partir dos anos 1990 ações governamentais procedentes do Ministério da Educação (MEC) e Ministério da Cultura (Minc), com o objetivo de elaborar e implantar programas nacionais cujo foco é a leitura vem sendo disseminadas por todo território nacional.

O Programa Nacional de Incentivo à Leitura - PROLER

O Programa Nacional de Incentivo à Leitura – PROLER, foi instituído pelo governo Federal em 13 de maio de 1992, via Decreto nº 519, tendo como órgão gestor a Fundação Biblioteca Nacional subordinada ao Ministério da Cultura, e tinha como objetivo possibilitar à comunidade em geral, em diversos segmentos da sociedade civil, o acesso a livros e a outros materiais de

leitura além de incentivar a montagem, a criação e a ampliação de acervos literários.

Concebido com o objetivo de formar leitores nos espaços sociais, o Programa Nacional de Incentivo à Leitura tinha como projeto o desenvolvimento de ações entre leitura, o livro e a biblioteca. Dessa forma o Proler é:

> [...] um programa gerado com objetivo de incentivar a criação de novas bibliotecas e o aumento de seus acervos literários. Sua finalidade não é distribuir livros, mas coordenar, disseminar, articular, ouvir as propostas, as ideias para a dinamização de experiências na área da leitura, realizadas nas diversas regiões do país por iniciativas de grupos governamentais e não governamentais. (COPES, 2007, p. 42).

Desde o início, o Proler já reconhecia a importância da leitura para a construção da cidadania e do desenvolvimento social. Ele nasceu como uma tentativa de se criar uma política nacional de leitura, promovendo a aproximação da sociedade à leitura de forma geral, não apenas a distribuição de livros.

O Proler reconheceu a importância da leitura para a construção e exercício da cidadania, pois formar leitores significa formar cidadãos e consequentemente uma

sociedade mais politizada. É o que destaca o editorial do Folha do Proler (1999):

> [...] ler, ler e ler num chamado uníssono capaz de abrir para nós outros portos, outras paragens, outras passagens, para além do horizonte que querem nos fazer pensar único. Ler com fome de justiça, e tirar suas fendas; ler com fome de saber e afastar de vez o espectro do analfabetismo; ler com fome de cidadania e avançar, não recuar jamais em relação dos direitos conquistados; ler com fome de ética, que por aqui anda escassa e rarefeita; ler com fome de beleza, porque a vida anda cinza e miserável para muitos, desbotada de calor humano, tingida por pinceladas esparsas de um verde – esperança equilibrista – aqui e ali, um dourado sol acolá, um azul te quero sempre vez em quando; ler com fome de democracia porque nos rondam os eternos inconformados com a liberdade e a participação; ler com fome de solidariedade, achincalhada por valores passageiros, reverentes a competição e ao deus mercado, ao se dar bem a qualquer preço; ler como fome de paz para acalmar a cultura da guerra e da truculência e dominação entre os povos; ler para transformar... a si, aos outros, às coisas, o hoje, o agora e o sempre. Ler e ponto... e poder pronunciar, anunciar e escrever com todos um mundo novo, livre,

> justo e feliz. (FOLHA DO PROLER, 1999, p. 01).

Assim, o Proler age como um elemento estimulador, propicia e promove o entrosamento de ações e das pessoas envolvidas na promoção da leitura. Trata-se, portanto, de um Programa que se coloca como assessor de ações regionalizadas de promoção da leitura, como parceiro de instituições diversas para a formação de recursos humanos e para a busca de apoios econômico e ainda trabalha com ações básicas visando à constituição de uma sociedade leitora numa troca de experiências de leitura, através da formação de uma Rede Nacional de Leitura.

Nos termos do Proler, a leitura da palavra é vista como atividade intelectual e relativa à linguagem. Nesse sentido, ler implica dominar conhecimentos que extrapolam convenções e regras gramaticais, isto é, pressupõe a inserção social e cultural do leitor.

Outro aspecto a ser observado diz respeito à formação contínua de promotores da leitura e da ressalva que não basta formar leitores sem que os materiais de leitura lhes estejam ao alcance.

Segundo Soares (2002, p. 81) o compromisso do Proler é “com a democratização do acesso da maioria da população, leitora e não-leitora, à rede de informações

que sustenta as sociedades contemporâneas" no intuito de reduzir os dispositivos de exclusão.

Em seus primeiros anos, o Programa adotou a postura de criar uma política nacional de leitura, que buscou a resposta de uma questão de fundamental: a falta de interesse pela leitura por grande parte da sociedade brasileira é um problema estrutural da formação do povo brasileiro que compromete as perspectivas de desenvolvimento social, econômico e cultural do país.

Lima (2007) confirma as primeiras aspirações do Proler: uma ação interministerial com pessoal e supervisão da Biblioteca Nacional. A leitura não é apenas uma questão escolar, mas que também deve ser estimulada em hospitais, estações de trens, de ônibus, parques, presídios, zoológicos etc. Ressalta também as obrigações financeiras e as corresponsabilidades dos estados e municípios

Contando com uma equipe de servidores da Fundação Biblioteca Nacional como também de especialistas da área acadêmica e cultural, o Proler iniciou um trabalho de difusão de ideias e parcerias em torno de projetos de leitura. Dessa forma, estabeleceu convênios com instituições privadas e públicas, secretarias estaduais e municipais, prefeituras, universidades, fundações culturais.

O trabalho de cooptação de parcerias em torno da leitura estendeu as iniciativas do Programa para aproximadamente 200 municípios nas quatro regiões brasileiras e instituições de países vizinhos, como o Centro Regional para o Fomento do Livro na América Latina e no Caribe a CERLALC - Centro Regional para o Fomento do Livro na América Latina e Caribe.

O Programa em 1996, passa a se dedicar a constituição de uma comissão organizadora com o intuito de obter várias concepções de leitura, através de profissionais e de instituições com experiência na área de leitura tanto de base acadêmico-universitária como também de organizações não governamentais.

Para tanto, estabelece diretrizes a serem desenvolvidas que orientam as ações de formação de leitores, dentre elas, democratização do acesso à leitura, fortalecimento da leitura no imaginário social, prioridade do público, articulação da leitura e da escrita com a cultura, especificidade do ato de ler e, diversidades de ações e de modos de leitura.

O funcionamento do Proler se dá por meio da formação voluntária de Comitês que representam instituições de um ou mais municípios. Os Comitês são representados principalmente por prefeituras e universidades, mas também por instituições culturais e

organizações não governamentais, formando uma rede nacional de cooperação. É essa rede que dá materialidade às ações do programa (PROLER, 2009). Após a formação de um Comitê, a localidade passa a ter assessoria técnica da coordenação nacional do Proler para a formação de recursos humanos na área da leitura e para a implantação de projetos. A cada ano, são realizados ao menos um encontro regional e um encontro nacional com representantes de todos os Comitês para troca de experiências.

Assim, seu trabalho tem como pilar quatro ações, sendo elas: a preocupação na formação continuada dos profissionais como promotores de leitura e escrita (professores, bibliotecários); a promoção de ações estratégicas de articulação política e institucional envolvendo diferentes atores sociais; o estímulo à criação de bibliotecas públicas, escolares e comunitárias e, a produção de publicações impressas e gravações em meio digital como material de apoio ao trabalho pedagógico de profissionais de leitura e escrita.

Sobre o estímulo à criação de bibliotecas públicas ProlerPszczol (2009) quando coordenadora do Programa:

> Em nossas bibliotecas demonstrativas, aplicamos o primeiro mandamento para o incentivo à leitura: criamos um ambiente leitor. Quando o objetivo a ser atingido é o sucesso nas atividades de leitura, nada mais acertado do que organizar um espaço onde a visualização dos livros seja fácil, o acesso livre e o ambiente estimulante. De que adianta um recinto bonito, limpo, em ordem e agradável se os livros, jornais e revistas estão escondidos, guardados, invisíveis? Um ambiente leitor tem que estimular os olhos, aguçar a vontade e a curiosidade, mexer com o desejo do usuário. Essas coisas tornam-se possíveis quando a vista do leitor alcança, espalhados em todos os cantos e sempre expostos ao olhar, livros, revistas, recortes de artigos, textos informativos, murais com informações e outros materiais de leitura. (PSZCZOL, 2009, p. 03).

Atualmente o Programa Nacional de Incentivo à Leitura vem sendo desenvolvido no país em parceria com os governos estaduais e municipais, estando presente em todas as regiões brasileiras com o fim de minimizar o déficit de leitura no país. As atividades desenvolvidas pelo Programa são de natureza diversas, desde visita de autores aos municípios brasileiros, cursos de capacitação para professores e bibliotecários, semanas culturais sobre livro e leitura, entre outras.

Programa Pró-leitura na Formação do Professor

No ano de 1992, sob responsabilidade do Governo Federal, o MEC através da Secretaria de Educação Fundamental lança o Programa Pró-leitura na Formação do Professor.

O Projeto resulta de uma iniciativa conjunta da Secretaria de Educação Fundamental do MEC, em parceria com as Secretarias de Educação dos Estados, as Universidades e o Departamento de Cooperação Linguística e Educativa do Serviço Cultural da Embaixada da França em Brasília.

> Desde 1992, intercâmbios de formadores, de pesquisadores, de responsáveis institucionais permitiram um enriquecimento mútuo e um alargamento das representações de cada parceiro. A França colocou à disposição do MEC um consultor, especialista na área da aprendizagem da leitura e na formação dos professores. Todos os anos, vem sendo organizado um estágio na França para os responsáveis brasileiros do Projeto. (BRASIL, 1996. p. 13)

A parceria entre brasileiros e franceses tem como principal objetivo trabalhar conjuntamente na

perspectiva da melhoria da formação inicial e continuada dos professores, essencialmente nas áreas da aprendizagem da leitura e do domínio da língua escrita. A questão da competência dos professores e dos alunos é levantada em ambos os países.

Implantado a partir de 1992, como uma experiência piloto nos Estados de Alagoas, Bahia, Ceará, Rio Grande do Norte e no Distrito Federal, o projeto foi lançado em seguida em seis outros Estados: Piauí, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Santa Catarina, Espírito Santo, Rio Grande do Sul e, Minas Gerais.

Tem por objetivo a formação de professores leitores e estimular a prática da leitura na escola através da criação e organização de salas, cantinhos de leitura e bibliotecas escolares. Para tanto, eram oferecidos cursos e oficinas a professores do ensino fundamental, supervisores pedagógicos e bibliotecários.

> Em cada Estado envolvido, o trabalho foi conduzido a partir de um centro de formação de professores, escolhido para tomar-se o local fundamental da inovação, articulado, em função das ações de leitura que ali eram conduzidas, com o ensino fundamental e com a universidade, para as indispensáveis aberturas e ligações com a pesquisa. (BRASIL, 1996. p. 15)

Dessa forma, o Programa busca contribuir com a formação continuada, tanto teórica quanto prática, dos professores, na área da leitura. Portanto, visava à profissionalização dos professores, aliando pesquisa universitária, formação docente e prática pedagógica para que estes sejam capacitados para contribuir com a melhoria e ampliação das competências dos alunos no domínio da língua.

> O Pró-Leitura, nesse contexto, apresenta sua proposta de mudança na formação e na prática dos professores na área da leitura. A concepção da leitura que o projeto Pró-Leitura assume supõe fundamentalmente uma pedagogia do texto escrito, embora a leitura seja uma atividade semiótica e, como tal, esteja relacionada a diferentes formas de comunicação, mantendo com elas estreitos vínculos. Na realidade, toda forma de comunicação é, por natureza, intersemiótica, mas tal qualidade não dilui as diferenças que cada modalidade apresenta. Assim, uma pedagogia do texto escrito será distinta de uma pedagogia do audiovisual, ainda que cada uma se encontre com a outra em diferentes momentos e ambas possam ser chamadas de leitura. (BRASIL, 1996)

O Programa Pró-leitura na Formação do Professor permaneceu sob a gestão do governo até o ano de 1996, sendo que em alguns estados do Brasil, o Programa ainda está em funcionamento, agora não mais sob a responsabilidade do governo federal e sim dos governos estaduais ou mesmo municipais.

PNBE – Programa Nacional Biblioteca da Escola

Criado pela Portaria do Ministério da Educação nº 584 de 28 de abril de 1997, tem como objetivo de substituir, conforme informam Jane Paiva e Andréa Berenblum (2009), "programas anteriores de incentivo à leitura e de distribuição de acervos às bibliotecas escolares implementados pelo MEC desde 1983".

Lançado em 1997, o PNBE faz parte de uma trajetória que reúne outras ações do governo federal na área da leitura, tais como o Programa Nacional Salas de Leitura, instituído em 1984 e transformado em Programa Nacional Salas de Leitura/Bibliotecas Escolares em 1988; o Programa Nacional de Incentivo à Leitura (Proler), criado pela Biblioteca Nacional em 1992; e o Pró-Leitura, também iniciado em 1992, numa iniciativa conjunta do MEC, Secretarias de Educação dos Estados, Universidades

e o governo francês; e o Programa Nacional Biblioteca do Professor, que funcionou de 1994 a 1997, sendo substituído pelo PNBE.

A respeito da imprescindibilidade de ações públicas de promoção e incentivo à leitura no Brasil:

> Uma ação pública de incentivo à leitura, como parte da política educacional, tem por princípio proporcionar melhores condições de inserção dos alunos das escolas públicas na cultura letrada, no momento de sua escolarização. Constitui, ainda, no contexto da sociedade brasileira, uma forma de reverter uma tendência histórica de restrição do acesso aos livros e à leitura, como bem cultural privilegiado, a limitadas parcelas da população. A instituição, pelo Ministério da Educação, de uma política de formação de leitores, é, portanto, condição básica para que o poder público possa atuar sobre a democratização das fontes de informação, sobre o fomento à leitura e à formação de alunos e professores leitores. (MEC, 2008)

Até o ano de 2014 foi executado pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) em parceria com a Secretaria de Educação Básica do Ministério da Educação SEB/MEC. O programa teve por objetivo democratizar o acesso as obras de literatura

infanto-juvenil, brasileiras e estrangeiras, e também o acesso a materiais de pesquisa e referência a professores e alunos.

De acordo com a Portaria nº 584, o PNBE constitui-se das seguintes características:

> Art. 1º [...] a) aquisição de obras de literatura brasileira, textos sobre a formação histórica, econômica e cultural do Brasil, e de dicionários, atlas, enciclopédias e outros materiais de apoio e obras de referência;b) produção e difusão de materiais destinados a apoiar projetos de capacitação e atualização do professor que atua no ensino fundamental; c) apoio e difusão de programas destinados a incentivar o hábito de leitura; d) produção e difusão de materiais audiovisuais e de caráter educacional e científico (BRASIL, 1997b, p. 31).

O PNBE era executado pelo FNDE em parceria com a Secretaria de Educação Básica do Ministério da Educação. Uma vez definidos os critérios de avaliação e atendimento, além da disponibilidade dos recursos orçamentários previstos no Plano Plurianual (PPA), dá-se início à operacionalização do programa do referido exercício. Dessa forma, as ações do PNBE são executadas de forma centralizada, com o apoio logístico

das escolas públicas, prefeituras e secretarias estaduais e municipais de Educação.

> Esse programa faz parte das ações do Programa Toda Criança na Escola, e está apoiado pelas políticas públicas de leitura gerenciadas pelo MEC e a documentação que o regulamenta vai ao encontro do artigo 208 da Constituição Federal, que garante o direito de todo educando ter acesso ao material de apoio didático, bem como a universalização e melhoria do ensino fundamental, estabelecidos na LDB 9394/96. O PNBE atualmente é executado pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) de forma conjunta com a Secretaria de Educação Básica do Ministério da Educação (SEB/MEC) e recursos financeiros vindos do Orçamento Geral da União. (GUIMARÃES, 2010. p. 47)

Segundo (BRASIL, 2017), a execução do Programa Nacional obedecia à uma procedimentalidade, sendo elas, inscrição; avaliação e seleção de obras; aquisição; produção, qualidade física; distribuição e, recebimento:

> Inscrição: O edital estabelecendo as regras para a inscrição e avaliação das coleções de literatura é publicado no

Diário Oficial da União e disponibilizado na Internet. Ele determina as regras de aquisição e o prazo para a apresentação das obras pelas empresas detentoras de direitos autorais.

Avaliação e seleção das obras: A avaliação e a seleção das obras são realizadas por um colegiado, instituído anualmente, por portaria ministerial, com representantes do Conselho Nacional de Secretários da Educação (Consed), da União Nacional de Dirigentes Municipais de Educação (Undime), do Programa Nacional de Incentivo à Leitura (Proler), de intelectuais e de técnicos e especialistas na área de leitura, literatura e educação do Ministério da Educação e de universidades.

Aquisição: Após a avaliação e seleção das coleções e acervos, o FNDE inicia o processo de negociação com as editoras. A aquisição é realizada por inexigibilidade de licitação, prevista na Lei nº 8.666/93, tendo em vista os direitos autorais das obras.

Produção: Concluída a negociação, o FNDE firma o contrato e informa os quantitativos e as localidades de entrega para as editoras, que dão início à produção dos livros, com supervisão integral dos técnicos do FNDE.

Qualidade física: O FNDE firmou parceria com o Instituto de Pesquisas Tecnológicas (IPT) pela qual cabe a esse instituto a responsabilidade de coletar amostras e realizar o controle de qualidade dos livros, de acordo com normas técnicas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), normas ISO e de manuais de procedimentos de ensaio pré-elaborados.

Distribuição: Dependendo do tipo de acervo e da clientela beneficiária, a distribuição dos livros é feita diretamente das editoras às escolas ou das editoras a um centro de mixagem, para formação das coleções e posterior envio às escolas. A distribuição do PNBE é feita por meio de contrato firmado com a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT). Essa

> etapa do PNBE conta com o acompanhamento de técnicos do FNDE e das secretarias estaduais de Educação. Em se tratando de escolas das zonas rurais, os acervos são entregues na sede das prefeituras ou das secretarias municipais de Educação, que devem passá-los a essas escolas.
>
> Recebimento: Dependendo das características do beneficiário do programa - se alunos ou escolas -, os livros chegam aos destinatários no primeiro ou no segundo semestre do ano letivo. Os acervos para as escolas geralmente são enviados até o início do segundo semestre, para serem utilizados ainda naquele ano, de forma coletiva, pelos alunos da escola. (BRASIL,2017)

No decorrer de seu funcionamento, o PNBE passou por algumas modificações nas suas funções e características do Programa, avaliamos como que o FNDE, Secretaria de Educação Básica (SEB), Secretaria de Educação Especial (SEESP) e Secretaria de Educação

Continuada, Alfabetização, Diversidade e Inclusão (SECADI) do MEC publicaria os editais contendo as características das obras e dos demais materiais a serem adquiridos a cada ano e os procedimentos para a execução do Programa.

Outra alteração é em relação a sistematização de critérios para a distribuição dos acervos, assim o atendimento passou a ser alternado, isto é, Educação Infantil, Ensino Fundamental - anos iniciais e Educação de Jovens e Adultos (EJA) são contemplados nos anos pares, enquanto que o Ensino Fundamental – anos finais e Ensino Médio nos anos ímpares.

A partir do ano de 2004 as obras que compõem os acervos do PNBE, passa a ser avaliadas e selecionadas por mestres e doutores de universidades federais, profissionais experientes, com docência na Educação Básica e Formação de Professores.

No ano de 2005 o atendimento aos alunos nas escolas é o foco do PNBE, por meio da ampliação dos acervos das bibliotecas escolares. Atinge-se a "universalização" do atendimento, isto é, todas as escolas públicas brasileiras que oferecem as primeiras séries iniciais do ensino fundamental passam a ser beneficiadas com, no mínimo, um acervo composto por 20 títulos, com diferentes gêneros e tipos de textos, tais como: poesias,

quadras, parlendas e cantigas; contos, crônicas, teatro, fábulas, apólogos, mitologia, lenda, textos de tradição popular, contos de fada e adivinhas; novelas; livros de imagem. Além de distribuir em CD ROM, a coleção "Clássicos da Literatura em Libras – a Língua Brasileira de Sinais".

O Programa Nacional Biblioteca da Escola – PNBE, entre os anos de 2000 e 2014 distribui cerca de 230 milhões de exemplares às escolas públicas de todo país. O montante significou, em média, R$ 68,5 milhões por ano na renovação dos acervos para estudantes de todos os anos do ensino básico (infantil, fundamental e médio).

No entanto, a última remessa de livros feita pelo Ministério da Educação (MEC) para toda a rede ocorreu em 2014. A partir daquele ano o programa que garantia a compra e a entrega não foi mais executado.

De acordo com informações do MEC, uma alternativa para a extinção do PNBE está em andamento dentro da estrutura da pasta. Sua tramitação, que começou em julho deste ano, data que foi marco da extinção definitiva do PNBE, que até então estava apenas descontinuado.

O primeiro passo na elaboração de um substituto para o PNBE foi a edição do decreto nº 9099, de 18 de julho de 2017. A medida incorpora ao Programa

Nacional do Livro Didático (PNLD) a obrigação de avaliação e disponibilização de obras literárias, além de acervos para bibliotecas, incluindo ações de qualificação de materiais para aquisição descentralizada pelos entes federativos.

CONCLUSÃO

As políticas públicas criadas e implantadas no Brasil no que tange ao incentivo à leitura no país acabam sempre se articulando em torno apenas da aquisição do livro, desconsiderando o leitor, o espaço da biblioteca, o desenvolvimento de projetos e a formação de mediadores da leitura.

Ao desenvolver programas neste sentido, como por exemplo, PROLER, Pró-leitura na Formação do Professor e o Programa Nacional Biblioteca da Escola, garante-se o acesso, mas não se assegura o uso efetivo do livro.

A exemplo disso, o PNBE desde sua implantação, tem como característica básica a aquisição de obras de literatura brasileira, textos sobre formação histórica, econômica e cultural do Brasil, e de dicionários, atlas e enciclopédias, além de outros materiais de apoio e de referência, não desenvolvendo alternativas para que o

acesso a esse material garanta efetivamente o estímulo e acesso à leitura do seu público alvo.

Dessa forma, apesar de se observar durante a pesquisa as iniciativas do governo federal em oferecer livros às escolas, percebe-se que ainda há muito a ser feito. A começar pela divulgação dos programas, que na maioria das vezes são desconhecidos por grande parte dos mediadores da leitura. A invisibilidade em torno dos programas de leitura no que se refere aos seus objetivos e ao que se pretende alcançar inviabiliza o acesso aos mesmos.

Ao final, para concluir, é certo a importância de oferecer diferentes tipos de leitura aos alunos de escola pública, com diversidade de autores, gêneros, temáticas, técnicas de ilustrações e representações culturais, o que é fundamental, mas não suficiente. Deve-se, para tanto, criar políticas públicas políticas de leitura que repercutam não só no fornecimento de títulos para leitura, mas na capacitação dos profissionais envolvidos, professores, gestores escolares, bibliotecários e acima de tudo, deve-se estimular o seu uso dentro do espaço escolar e fora dos muros da escola, nas famílias e nas comunidades de origem dos alunos.

REFERÊNCIAS

BERENBLUM, Andréa. **Por uma política de formação de leitores** / elaboração Andréa Berenblum, Jane Paiva. – Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Básica, 2006.

BRASIL. Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação. **Programa Nacional Biblioteca da Escola.** Disponível em: <http://www.fnde.gov.br/programas/bibliotecadaescola/biblioteca-da-escola-apresentacao>. Acesso em 1º de novembro de 2017.

BRASIL, **Decreto Lei nº 519, de 13 de maio de 1992.** Brasília, DF, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0519.htm. Acesso em 17 de novembro de 2017.

BRASIL, Ministério da Educação. Portaria nº 584, de 28 de abril de 1997. **Diário Oficial da União.** Brasília, DF, 29 abr. 1997(b). Seção 1, p. 8519. Disponível em: http://www.jusbrasil.com.br/diarios/1182366/pg-31-secao-1-diario-oficial-da-uniaodou-de-29-04-1997/pdfView. Acesso em: 18/10/2017.

BRASIL, Ministério da Educação. Programa Nacional Biblioteca da Escola. 2017. Disponível: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=12548%3Asaiba-mais&catid=309%3Aprograma-nacional-biblioteca-da-escola&Itemid=574. Acesso em 11 de novembro de 2017.

BRASIL. Ministério da Educação. **Programa Nacional Biblioteca da Escola (PNBE):** leitura e bibliotecas nas

escolas públicas brasileiras / Secretaria de Educação Básica, Coordenação-Geral de Materiais Didáticos; elaboração Andréa Berenblum e Jane Paiva. – Brasília: Ministério da Educação, 2008. 130 p.

BRASIL. Ministério da Educação e do Desporto. Secretaria de Educação Fundamental. **Projeto Pró-Leitura na Formação do Professor** - Brasília: MEC/SEF, 1996. 68p.

BUENO, Belmira Oliveira; REZENDE, Neide Luzia de. Formador de leitores, formador de professores: a trajetória de Max Butlen. **Educação e Pesquisa**, São Paulo, v. 41, n. 2, p. 543-564, june 2015. ISSN 1678-4634. Disponível em: <http://www.journals.usp.br/ep/article/view/100447>. Acesso em: 10 nov. 2017.

COPES, Regina Juniaki. **Políticas Públicas de Incentivo à Leitura:** um estudo do projeto Literatura em Minha Casa. Ponta Grossa: Universidade de Ponta Grossa (Dissertação de mestrado) 2007.

FOLHA do Proler. Rio de Janeiro, julho de 1999, ano III; n. 7. p.8. Disponível em: http://www.bn.br/proler/images/PDF/1999_jul.pdf. Acesso em 10 de setembro de 2017.

GUIMARÃES, Janaína. **Biblioteca Escolar e Políticas Públicas de Incentivo à Leitura**: de Museu de Livro a Espaço de Saber e Leitura / Janaína Guimarães. - Presidente Prudente: 2010.

HOFLING, Eloísa. Estado e Políticas (Públicas) Sociais. **Caderno Cedes**, ano XXI, n. 55, nov/2001.

LIMA, Eunice Negris. **Representações e práticas de incentivo à leitura no Espírito Santo**, no período de 1997

a 2005. 2007. 248 f. Dissertação (Mestrado em Educação) - Centro Pedagógico, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2007.

PAIVA, Jane; BERENBLUM, Andréa. **Programa Nacional Biblioteca da Escola (PNBE):** uma avaliação diagnóstica. Pro-Posições, Campinas, v. 20, n. 1 (58), p. 173-188, jan./abr. 2009.

PSZCZOL, Eliane. Proler – à guisa de um primeiro balanço. In.__ Programa Nacional de Incentivo à Leitura (Brasil). **Proler:** concepção e diretrizes. Rio de Janeiro: Proler, 2010.

SOARES, I. C. G. **Programas Nacionais de Leitura no Brasil:** o PROLER e o PRÓ-Leitura (1995- 2000). Belo Horizonte: UFMG/FaE, 2002. Dissertação de Mestrado em Educação.

DIREITO À AMAMENTAÇÃO NO CÁRCERE: EFETIVIDADE DO ARTIGO 5°, INCISO L, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

RIGHT TO BREASTFEEDING IN THE CARCERE: EFFECTIVENESS OF ARTICLE 5, NUMBER L, OF THE FEDERAL CONSTITUTION.

Carla Aliny Peres Dias
Virgínia Lara Bernardes Braz

RESUMO: Devido à desigualdade social, a ausência de emprego e a constante exclusão social dos menos favorecidos, constata-se o aumento da criminalização, em especial a feminina. Assim, verificou-se a necessidade de analisar se o ambiente prisional está devidamente estruturado, nos termos legais, para garantir que as detentas possam amamentar seus filhos recém-nascidos. Embora haja previsão legal na Constituição e em leis infraconstitucionais, garantindo a essas mães a permanência com os filhos durante o período de amamentação, isto é, pelo menos os seis primeiros meses de vida, de outro norte, o Estado não oferece estrutura para que as mesmas possam gozar da tal previsão legal. E sendo um direito fundamental da genitora em amamentar e do recém-nascido de ser amamentado, levanta-se a discussão se o dispositivo legal não se enquadra na Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional.

Palavras-chave: Cárcere Feminino; Direito Fundamental à Amamentação; Estado de Coisas Inconstitucional.

ABSTRACT: Due to social inequality and the absence of jobs and the constant social exclusion of the less favored, there is an increase in the criminalization, especially the feminine, with this, it was verified the need to analyze if the prison environment is properly structured, in the order

to ensure that detainees can breastfeed their newborn children. Although there is a legal provision in the constitution and in infraconstitutional laws, guaranteeing to these mothers the stay during the breastfeeding period, that is to say at least the first six months of life, of another north the State does not offer the structure so that they can enjoy the same legal forecast And being a fundamental right of the mother to breastfeed and of the newborn to be breastfed, it is discursed if the legal device does not fit in the Theory of the State of Things Unconstitutional

Keywords: Female jail; Fundamental Right to Breastfeeding; State of Things Unconstitutional.

1. INTRODUÇÃO

No presente trabalho, abordar-se a discussão pautada em torno do direito à amamentação no cárcere, isto é, do direito da detenta a amentar seu filho recém-nascido e o direito da criança em receber o leite materno que é fonte de nutrientes necessário ao desenvolvimento humano. Tem por base levantar a questão do direito do recém-nascido em receber o leite materno, alimento necessário à subsistência humana, bem como o convívio com sua genitora nos primeiros seis meses de vida.

Analisar-se-á as leis que preveem a amamentação no sistema prisional brasileiro, a efetividade da legislação acerca do tema, bem como o acatamento e a estrutura oferecida pelos presídios para o cumprimento das disposições legais.

Inicialmente será analisado o artigo 5°, inciso L, da Constituição Federal/1988, o qual prevê o direito das presidiárias de permanecerem com seus filhos durante o período de amamentação. As previsões legais quanto ao tempo mínimo a ser garantido pelo Estado para que haja a amamentação, em especial o art. 83, §2º da Lei de Execuções Penais e o Estatuto da Criança e do Adolescente e demais dispositivo legais acerca do tema.

Além dos dispositivos legais que garantem o direito da detenta à amamentação, de outro norte será analisado o direito da criança em ter a amamentação nos primeiros meses de vida e da concretização e efetividade do Estado em garantir tal direito fundamental.

Assim, no intuito de abrasar ainda mais do debate, o direito à amamentação no cárcere será analisado sob a teoria do "Estado de Coisas Inconstitucional" adotada pela Corte Superior. Se tal garantia constitucional, com o crescente número de criminalidade feminina, está sendo respeitada ou não, passa de mera utopia.

Portanto, será abordado a seguir se tem-se respeitado a garantia fundamental do direito à vida e à alimentação do recém-nascido e o direito da genitora presidiária em ter o convívio com seu filho durante o período de amamentação; a postura que vem sendo adotada pela Corte Superior acerca do tema, e analisar a

teoria do Estado de Coisas institucional acerca da problemática proposta.

No intuito de obter respostas a problemática em questão, o presente artigo, utilizou-se da pesquisa teórico-bibliográfica, tendo em vista que a construção do debate teórico ora proposto se apoia na teoria dos principais autores a discutirem e abordarem a questão em tela. No que tange ao procedimento metodológico, optou-se pelo método dedutivo, haja vista se partir de uma concepção macro para uma concepção micro analítica, permitindo-se, portanto, a delimitação do problema teórico. Por fim, no procedimento técnico, foram adotadas as análises interpretativas, comparativas, históricas e temáticas, possibilitando uma discussão pautada sob o ponto de vista da crítica científica.

Para melhor análise do tema proposto, dividiu-se o artigo em cinco itens, incluída esta introdução. No item seguinte, apresenta-se um breve relato histórico do cárcere feminino no Brasil. No item 3 será discutida amamentação no cárcere que é considerado um direito fundamental. Em seguida, no item 4, são expostas considerações sobre a configuração da amamentação no cárcere como o Estado de Coisa Inconstitucional. Por final, no item 5, são tecidas as considerações finais, seguidas das referências.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CÁRCERE FEMININO NO BRASIL

Segundo dados estatísticos extraídos do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEM MULHERES, de junho de 2014, o Brasil conta com uma população de 579.7811 pessoas custodiadas no Sistema Penitenciário, sendo 37.380 mulheres e 542.401 homens. No período de 2000 a 2014 o aumento da população feminina no cárcere foi de 567,4%, enquanto a média de crescimento masculino, no mesmo período, foi de 220,20%, refletindo, assim, a curva ascendente do encarceramento em massa de mulheres (INFOPEM MULHERES, 2014, p.14).

Em geral, as mulheres submetidas ao cárcere são jovens com filhos, e, são as responsáveis pela provisão do sustento familiar. Possuem baixa escolaridade, são oriundas de extratos sociais desfavorecidos economicamente e exerciam atividades de trabalho informal em período anterior ao aprisionamento. Em torno de 68% dessas mulheres possuem vinculação penal por envolvimento com o tráfico de drogas não relacionado às maiores redes de organizações criminosas.

No que tange à destinação dos estabelecimentos, apenas por força da publicação do lançamento do INFOPEN, de junho de 2014, foi possível quantificar os

tipos de estabelecimentos prisionais brasileiros. “Os dados levantados mostram que há 1.070 unidades masculinas, o que configura um percentual de 75%. Nas outras destinações, há o indicativo de 238 estabelecimentos mistos (17%) e 103 estabelecimentos femininos (7%)”, significando, assim, que a maior parte das mulheres está em estruturas mistas (INFOPEM MULHERES, 2014, p.8).

No cômputo geral da população prisional, em junho de 2014, publicado pelo Departamento Penitenciário Nacional, constam ainda as informações sobre pessoas custodiadas em carceragens de delegacias ou estabelecimentos similares administrados pelas Secretarias de Segurança Pública. As informações sobre essa população foram coletadas junto à Secretaria Nacional de Segurança Pública, do Ministério da Justiça, e perfazem um total de 27.950 pessoas custodiadas. Somados aos dados coletados junto ao INFOPEN, temos uma população prisional total de 607.731 pessoas privadas de liberdade em todo o País, em junho de 2014.

Assim, com o aumento da criminalidade feminina e, consequentemente, seu encarceramento, analisar-se-á se o Estado esta apto a lidar com a necessidade atual, isto é, as penitenciárias brasileiras oferecemos cuidados necessário para abrigar as detentas que engravidam ou possuem filhos em período de amamentação.

3. DO DIREITO FUNDAMENTAL DA PRESIDIÁRIA À AMAMENTAÇÃO NO CÁRCERE

O artigo 5°, inciso L, da Constituição Federal/1988, prevê o direito as presidiárias de permanecerem com seus filhos durante o período de amamentação. Tal direito é tido como um direito fundamental, segundo a doutrina,Explica (Lenza, 2010, p. 741) que, conforme o disposto no Título II, art. 5º da Constituição, "os direitos e garantias fundamentais são o gênero, do qual são espécies os direitos e deveres individuais e coletivos; que, embora expressos apenas os direitos e deveres, houve uma consagração em relação às garantias fundamentais". E, devido ao seu posicionamento no corpo da Constituição e por estar inserido no Título II, dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Nesse sentido, os direitos fundamentais são todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a "todos" os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoa, ou de cidadão ou de pessoa capaz de agir (FERRAJOLI, 2011, p. 09).

O aleitamento materno caracteriza-se como processo natural e ideal de prover alimento a uma criança

inicialmente nos primeiros dias de vida, visto que este se constitui como alimento necessário para o desenvolvimento biológico e psicológico do concepto.

O direito de amamentar é regido por bases legais, a saber: a Constituição Federal Brasileira (art. 5º, L) determina que as presidiárias devem permanecer com seus filhos durante seis meses para amamentação, aliada a Lei de Execução Penal (LEP), cujo artigo 83, § 2º, versa sobre o ambiente prisional feminino, para que os mesmos sejam dotados de berçários com o intuito de prover às detentas e seus filhos local ideal para a prática de amamentação.

Corroborando com essas nuances, o Estatuto da Criança e do Adolescente(ECA) estabelece que o Poder Público, instituições e empregadores propiciem condições favoráveis ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas a medida privativa de liberdade, em seu artigo 9º, a seguir: "O poder público, as instituições e os empregadores propiciarão condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas a medida privativa de liberdade".

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 estabelece em seu artigo 5º, inciso L, que " às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer

com seus filhos durante o período de amamentação;" (BRASIL, 1988).

Por fim, estabelece a Lei de Execuções Penais, em seu artigo 83, §2º, que "os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam amamentar seus filhos". E o §3º, "os estabelecimentos de que trata o §2º, deste artigo deverão possuir, exclusivamente, agentes do sexo feminino na segurança de suas dependências internas" (BRASIL, 1984).

Assim, em que pese as diversas previsões legais acerca do direito a amamentação no cárcere, as mesmas não vêm sendo obedecidas. A questão é que o Estado não oferece estrutura para que as detentas possam amamentar seus filhos, sendo os mesmos submetidos as condições degradantes.

A não separação de mães e filhos se mostra necessária, sobretudo para os pequenos seres humanos em formação. Ocorre que as condições em que essas crianças vivem dentro das cadeias fazem com que muitas mães renunciem ao direito de permanecer com a criança durante o período de amamentação para que seus filhos passem a viver longe da prisão, com algum parente ou em abrigos. Esta separação pode ocorrer no período da amamentação ou ocorrerá logo depois, assim que se completar o tempo

permitido para a permanência da criança junto à mãe, tempo este definido de maneira distinta pelas diversas prisões do Brasil.

A importância da permanência das crianças com as mães é mais do que reconhecida, sobretudo pela necessidade da amamentação. “Profissionais de saúde assinalam que o leite materno protege a criança de diversas doenças, assim como o próprio ato de amamentar também é bastante benéfico para as mães. O Fundo das Nações Unidas para a Infância e a Adolescência (UNICEF 2008) estima que um milhão e meio de crianças morrem por ano por falta de aleitamento materno”, (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2009, p.48).Ressalta-se que esta situação não ocorre apenas nos países em desenvolvimento, uma vez que mesmo nos países industrializados muitas mortes poderiam ser evitadas com o adequado aleitamento materno.

Desse modo a ausência de condições adequadas para a amamentação no cárcere causa danos morais não somente às genitoras, mas também danos morais e materiais nos filhos, uma vez que a ausência da amamentação nos primeiros meses de vida, como já mencionado, pode causar danos no desenvolvimento mental e físico ao recém-nascido.

3.1 – Dados Acerca da Estrutura Prisional no Brasil

O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei 8.069, de 13 de Julho de 1990) trata dos direitos das crianças e adolescentes em todo o Brasil, o qual visa principalmente à preservação da dignidade dos mesmos. Frente às disposições do Estatuto, verifica-se que encarcerada, a criança não está a salvo de eventual violência, condições insalubres e outras exposições que podem causar danos à sua saúde. Assim, surge a problemática acerca do tema, que consiste em como o Estado deve compatibilizar, nas penitenciárias brasileira, o direito da criança em ser amamentada no cárcere tendo preservado sua integridade física e psíquica.

Em que pese dispositivos que garantam o direito à amamentação no cárcere, os mesmos não atendem ao princípio da dignidade humana, tendo em vista que as precárias condições das penitenciárias, em todo território nacional, colocam em contato o recém-nascido com ambientes insalubres e hostis, corroborando para o descumprimento do direito fundamental.

Conforme dados extraídos Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEM MULHERES, de junho de 2014, constata:

> A infraestrutura dos estabelecimentos contemplam também a questão da maternidade no ambiente carcerário: a existência – primeiro passo para garantia de acesso – de equipamentos e espaços

> que tornem a maternidade, no ambiente prisional, minimamente viável. Vale dizer, a existência de cela específica para gestantes, de berçário, de creche e de centro de referência materno-infantil foram contemplados por este levantamento. No que toca à infraestrutura das unidades que custodiam mulheres, a Figura 13 demonstra que menos da metade dos estabelecimentos femininos dispõe de cela ou dormitório adequado para gestantes (34%). Nos estabelecimentos mistos, apenas 6% das unidades dispunham de espaço específico para a custódia de gestantes (INFOPEM MULHERES, 2014, p. 11).

Na prática, a Lei determina algo e o Estado cumpre do modo que "consegue". Na maioria das cadeias, as crianças ficam em celas com suas mães, dividindo a mesma cama. É "possível verificar que 27,45% dos estabelecimentos exclusivos para mulheres possuem estruturas específicas para custódia das mulheres grávidas durante o cumprimento da pena" (DEPEN, 2008, p. 14).

Nos presídios onde tais crianças não contam com uma estrutura específica para ficar alojadas durante o período da amamentação, estas ficam sujeitas a todo tipo de violação de sua dignidade. Neste contexto, muitas vezes, os recém-nascidos são tratados como prisioneiros, uma vez que só podem tomar banho de sol quando as mães encarceradas o fazem, não tendo a liberdade de ir e vir,

somando-se a tudo isso a falta de contato saudável com outras crianças.

O art. 17 da Lei 8.069 de 1990 prescreve que "O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais." E o art. 18 prevê o dever de todos em zelar pela dignidade da criança e do adolescente, devendo colocá-los a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

Os dispositivos legais esbarram em uma realidade em que prevalece a lógica da imposição do encarceramento à acusada, mesmo que para isso seja necessário encarcerar crianças recém-nascidas. Prevalece a pena das mães em detrimento da liberdade dos filhos. E essa pena torna-se mais cruel com as crianças, na medida em que os presídios são estruturados “à imagem e semelhança” do perfil de administrador público brasileiro, isto é, mal planejadas e desorganizadas, fato constatado pelo próprio Poder Legislativo:

> O modelo adotado no Brasil assegura o direito à amamentação à criança, desde que ela também fique presa. O sentido de justiça não está na dignidade da criança, mas no encarceramento das mães. A prioridade é

> punir as genitoras, as criminosas, punindo-se, por tabela, seus filhos recém-nascidos, impondo-se a pena para muito além da pessoa da condenada, isto quando está condenada. Não custa lembrar que mulheres em cumprimento de prisão cautelar, também amamentam nos presídios. (LIBERATO e ARAÚJO, 2017, p 1)

Assim, embora haja dispositivos legais que garantam o direito à amamentação em ambiente adequado, conforme demostrado, o mesmo não vem sendo respeitado, motivo pelo qual se entende que o presente direito, que é tido como direito fundamental e que esta presente no corpo da Constituição Federal, bem como em diversas leis infraconstitucional, trata-se de um direito tido como "Estado da Coisa Institucional".

4. DIREITO À AMAMENTAÇÃO NO CÀRCERE E A CONFIGURAÇÃO DO ESTADO DA COISA INCONSTITUCIONAL

O Estado de Coisas Inconstitucional é uma tese nova recepcionada pelo Supremo Tribunal Federal, a qual passa através de uma decisão de sua competência, a exigir um comportamento positivo, uma ação, do Executivo ou Legislativo, no intuito de concretizar Direitos Fundamentais massivamente violados por omissões

reiteradas destes poderes e, assim, evite-se abarrotamento do Judiciário com demandas individuais.

Nesse sentido dispõe o jurista (STRECK, 2015, p.1) que é o Estado das Coisas Inconstitucional uma espécie de senha de acesso da Corte brasileira à tutela estrutural no afã de solucionar o problema institucional deflagrado acima.

Assim, conforme posicionamento da Corte Superior, embora ampla previsão legal acerca da amamentação no cárcere, que é considerado um direito fundamental da mãe e do recém-nascido, o mesmo não vem sendo respeitado, tratando-se do Estado de Coisa Inconstitucional.

4.1 – Histórico da Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional

A Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional tem origem nas decisões da Corte Constitucional Colombiana (CCC) diante da constatação de violações generalizadas, contínuas e sistemáticas de direitos fundamentais. “Tem por finalidade a construção de soluções estruturais voltadas à superação desse lamentável quadro de violação massiva de direitos das

populações vulneráveis em face das omissões do poder público". (SIQUEIRA e PICCIRILLO, 2017, P.1)

A primeira decisão da Corte Constitucional Colombiana que reconheceu o Estado de Coisa Inconstitucional foi proferida em 1997 (Sentencia de Unificación - SU 559, de 6/11/1997), numa demanda promovida por diversos professores que tiveram seus direitos previdenciários sistematicamente violados pelas autoridades públicas. "Ao declarar, diante da grave situação, o Estado de Coisas Inconstitucional, a Corte Colombiana determinou às autoridades envolvidas a superação do quadro de inconstitucionalidades em prazo razoável". (SIQUEIRA e PICCIRILLO, 2017, P.1)

Assim, para a caracterização da teoria do Estado de Coisa Inconstitucional, segundo a Corte Constitucional Colombiana, são necessários os seguintes critérios:

> A grave, permanente e generalizada a violação de direitos fundamentais, que afeta a um número amplo e indeterminado de pessoas (na hipótese, não basta a ocorrência de uma proteção insuficiente). há comprovada omissão reiterada de diversos e diferentes órgãos estatais no cumprimento de suas obrigações de proteção dos direitos fundamentais, que deixam de adotar as medidas legislativas, administrativas e orçamentárias necessárias para evitar e superar essa violação, consubstanciando uma falta estrutural das instâncias políticas e administrativas (isto é, não basta, para caracterizar o ECI, a omissão de apenas um órgão ou uma autoridade).existe um número

> elevado e indeterminado de pessoas afetadas pela violação; e há a necessidade de a solução ser construída pela atuação conjunta e coordenada de todos os órgãos envolvidos e responsáveis, de modo que a decisão do Tribunal é dirigida não apenas a um órgão ou autoridade, mas sim a uma pluralidade órgãos e autoridades, visando à adoção de mudanças estruturais (como, por exemplo, a elaboração de novas políticas públicas, a alocação de recursos, etc.).(LURCONVITE, 2017, P.1).

Assim, ante aos requisitos mencionados, fica claro e evidente que a amamentação no cárcere, embora com previsão na Constituição Federal, não vem sendo respeitada, uma vez que o Estado não oferece infraestrutura nas penitenciárias para que a detentas possam amamentar seu filhos recém-nascidos em obediência ao princípio da dignidade humana.

4.2 – Adoção da Teoria do Estado de Coisa Inconstitucional pelo Brasil

O Supremo Tribunal Federal, na sessão plenária de 09 de setembro de 2015, ao deferir parcialmente o pedido de medidas cautelares formulado na ADPF n. 347/DF, proposta em face da crise do sistema carcerário brasileiro, reconheceu expressamente a existência do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário

brasileiro, ante as graves, generalizadas e sistemáticas violações de direitos fundamentais da população carcerária. (LURCONVITE, 2017,p.1).

Assim, em que pese o posicionamento da Corte Superior, o Estado não tomou nenhuma postura acerca do tema. Infelizmente a realidade das detentas que amamentam seus filhos no cárcere é indigna, apesar de existirem tantas previsões legais referentes ao caso. O País conta com leis avançadas, posicionamentos novos, porém não consegue "obedecê-las", pela falta gestão, falta princípios e valores, falta respeito com a população. Isso é notório em todos os seguimentos, lamentavelmente.

5. CONSIDERAÇÕES

Por todo o exposto, verifica-se que a amamentação no cárcere é precária é indigna tanto para as detentas que amamentam quanto para os recém-nascidos. O Estado carece de ambientes adequados para o cumprimento dos dispositivos legais, que são tidos como direitos fundamentais.

E, além do Estado não oferecer a estrutura adequada para a amamentação no cárcere, muitasdetentas são obrigadas a abrirem mão da permanência com seus filhos durante tal período. Como anteriormente

mencionado, é de suma importância para o recém-nascido à amamentação, pelo menos nos seus primeiros meses de vida. O leite materno possui nutrientes fundamentais para o crescimento e desenvolvimento sadio do bebê, porém tal direito vem sendo suprimido ante a ausência de estrutura dos presídios.

A falta de recursos financeiros e a ausência de manutenção dos presídios nacionais, a super lotação e o aumento da criminalidade feminina, quer seja por fatores externos, como falta de empregos, exclusão social, impossibilita o cumprimento de um direito fundamental da detenta de permanecer com seu filho recém-nascido durante os seis primeiros meses de vida e de outro lado o direito da criança em ser amamentada.

Embora exista ampla previsão legal acerca do tema, a maioria das detentas sequer fazem acompanhamento durante a gravidez, o pré-natal não é seguido adequadamente, essas mulheres muitas vezes não tem acompanhamento adequado e depois que a criança nasce à única opção é ficar com o bebê, na maioria das vezes, em uma cela superlotada, dividindo a mesma cama, sem alimentação adequada e ambiente insalubre que pode causar danos ao recém-nascido, ou abrir mão de permanecerem com seus filhos durante o período da

amamentação devido aos danos que os mesmos podem sofrer no ambiente prisional.

Nesse sentido, artigo 5°, L, da Constituição Federal, segundo o entendimento do STF configura o que dispõe na Teoria da Coisa Inconstitucional que consiste no contexto de violações sistemáticas de direitos fundamentais e possui um propósito bastante ambicioso que é permitir o desenvolvimento de soluções estruturais para situações de graves e contínuas inconstitucionalidades praticadas contra populações vulneráveis em face de falhas (omissões) do Poder Público.

Embora o STF tenha se posicionado acerca do tema e determinado ao Governo Federal que elabore e encaminhe, no prazo máximo de três meses, um plano nacional visando à superação do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, dentro de um prazo de três anos, até agora nada foi cumprido.

Assim, acredita-se que não seja necessário mais “leis” ou “determinações” acerca do tema, mas sim, efetividade e eficácia no cumprimento legal. Enquanto isso não acontece genitoras e filhos, na maioria das vezes, são impossibilitados de um convívio tão necessário para o desenvolvimento humano.

REFERÊNCIAS

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/constituicao compilado.htm>. Acesso em: 10, nov. 2017.

BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 09 nov. 2017.

BRASIL**. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Novo Código Civil Brasileiro. Legislação Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406. htm>. Acesso em: 21 jun. 2017.

BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990.** Estatuto da Criança e do Adolescente. Legislação disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em 02 nov. 2017.

BRASIL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN -2014,** Disponível em: <http://www.**justica.gov.br**/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em: 30 out. 2017.

BRASIL. **Encarceramento Infantil : Quanto Tempo de Amamentação?** Disponível em: <http://www.**ambitojuridico**.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16564&revista_caderno=29>. Acesso em 07, nov. 2017.

BRASIL. **Direitos Fundamentais: A Evolução Histórica dos Direitos Humanos, um longo Caminho**. Disponível em:http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php. Acesso em 10, nov.2017

BRASIL. **Evolução Histórica dos Direitos Sociais: da Constituição do Império a Constituição Cidadã**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7417. Acesso em08, nov.2017.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Jota Mundo: Estado de Coisas Inconstitucional. Artigo publicado em**: <http://jota.info/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional>. Acesso em 03 nov.2017

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. <https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>. Acesso em: 05 nov. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Tradução Alexandre Salim; Alfredo Copetti Neto; Daniela Cademartori; Hermes Zaneti Júnior; Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. 122 p.

STRECK, Lenio Luiz. **Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de Ativismo**. Artigo publicado em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>. Acesso em: 14 nov.2017.

EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS: PONDERAÇÃO ENTRE O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL

EFFECTIVENESS OF SOCIAL RIGHTS: WEIGHTING BETWEEN THE EXISTENTIAL MINIMUM AND THE RESERVE OF THE POSSIBLE

Pedro Henrique Carvalho Silva
Rayssa Rodrigues Meneghetti

RESUMO: Os direitos sociais estão elencados, basicamente, no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, integram o título de direitos fundamentais e representam um conjunto de direitos materiais inerentes ao Princípio do mínimo existencial como pressuposto à dignidade da pessoa humana. Apesar da obrigatoriedade estatal na prestação dos direitos sociais é preciso considerar o viés econômico de sua efetividade. O objetivo principal do presente trabalho é analisar a concretização do mínimo existencial, visando promover uma vida digna para todos os integrantes da sociedade, ponderando a Cláusula da Reserva do Possível. A metodologia utilizada é teórico-bibliográfica e o método é dedutivo.
PALAVRAS-CHAVE: Direitos Sociais; Efetividade; Mínimo Existencial; Reserva do Possível; Ponderação.

ABSTRACT: Social rights are listed, basically, in article 6 of the Federal Constitution of 1988, they are part of the title of fundamental rights and represent a set of material rights inherent to the Principle of the existential minimum, as a presupposition to the dignity of the human person. Despite the state's obligation to provide social rights, it is necessary to consider the economic bias of its

effectiveness. The main objective of the present work is to analyze the realization of the existential minimum, aiming at the promotion of a dignified life for all the members of society, pondering the Reservation Clause of the Possible. The methodology used is theoretical-bibliographical and the method is deductive.
KEY-WORDS: Social Rights; Effectiveness; Existential Minimum; Reserve of the Possible; Weighting.

1 INTRODUÇÃO

A inserção dos d*ireitos sociais* no título de Direitos Fundamentais da Constituição Federal de 1988 significou um avanço para a sua efetividade, visto que em Constituições anteriores os mesmos ficavam em tópicos separados, não refletindo o destaque que merecem. Neste sentido, e conforme entendimento majoritário entre os doutrinadores, *os direitos sociais* recebem, atualmente, o *status* de *mínimo existencial*, ou seja, integram o rol de direitos materiais essenciais à Dignidade da Pessoa Humana, Princípio Constitucional e base do Estado Democrático de Direito.

A concretização dos *Direitos Sociais* como *mínimo existencial* necessário para a manutenção de uma vida digna possui caráter prestacional, isto é, dependem de uma ação positiva do Estado, como a implementação de políticas públicas. Assim, quando se fala em efetividade

dos *Direitos Sociais*, surge outro ponto que precisa ser avaliado, qual seja, a *Cláusula da reserva do possível*. Tal instituto representa, basicamente, as condições econômicas e financeiras do Estado para a criação de políticas públicas e outros mecanismos capazes de efetivar os *direitos sociais*, visto que tudo possui um custo.

Assim, o objetivo geral do presente artigo é examinar a ponderação entre o *mínimo existencial* e a *Cláusula da reserva do possível*, com o intuito de garantir a plena efetividade dos *direitos sociais*, como pressuposto para a garantia do Estado Democrático de Direito, sem comprometer a capacidade financeira estatal.

Como objetivos específicos, *a priori*, os *direitos sociais* serão analisados com um viés de direitos fundamentais e estudados os efeitos dessa concepção no plano prático, além da obrigatoriedade estatal na sua concretização. Em seguida, será feita uma abordagem sobre a efetividade dos direitos sociais, de acordo com o que preleciona o jurista Ingo Wolfgang Sarlet. Por fim, serão examinados os institutos do *mínimo existencial* e da *Cláusula da reserva do possível* e o sopesamento entre eles na busca pela plena efetividade dos *direitos sociais*, com base na Constituição Federal de 1988.

A escolha do tema justifica-se pela importância das questões que envolvem a concretização dos *direitos*

sociais, como a estruturação de seu conteúdo e as limitações orçamentárias, refletidas através do estabelecimento de políticas públicas adequadas e planejamento orçamentário.

A metodologia utilizada na realização do presente trabalho foi teórico-bibliográfica, baseada no método descritivo e analítico, com procedimento metodológico dedutivo, para possibilitar a análise de preceitos fundamentais ao desenvolvimento da temática exposta.

Feita a introdução, com a demonstração dos principais objetivos do presente trabalho, a justificativa pela escolha do tema e a metodologia utilizada, passa-se para a análise do desenvolvimento do artigo, dividido em três principais capítulos, quais sejam: o exame da fundamentalidade dos *direitos sociais*;a efetividade dos *direitos sociais* com base em doutrina específica do jurista Ingo Wolfgang Sarlet;o exame isolado do *mínimo* existencial; o exame isolado da *Cláusula da Reserva do Possível*e, por último, a relação coexistente entre ambos e sua ponderação na efetividade dos *direitos sociais*. Ao final, serão expostas as conclusões.

2 OS DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

Antes de adentrar no estudo acerca da efetividade dos direitos sociais é necessário realizar um exame sobre a sua qualificação ou não como *direitos fundamentais*. A justificativa está nas importantes consequências que a resposta pode gerar no plano prático, como a aplicabilidade imediata (artigo 5º, §1º[8] da Constituição Federal) e a proteção do Poder Constituinte Derivado[9] (artigo 60, §4º, IV[10] da Constituição Federal).

Primeiramente, cumpre observar que, apesar de possuírem um capítulo próprio, os direitos sociais estão inseridos no título "Dos direitos e garantias fundamentais" da Constituição Federal de 1988, sendo que, nas Constituições anteriores, tais direitos restavam abrigados no título "Da ordem econômica e social", reduzindo a sua

---

[8]Constituição Federal de 1988 – Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e â propriedade, nos termos seguintes:
[...]
§ 1º As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

[9] Trata-se do Poder constituinte reformador ou revisor, que deriva do Poder constituinte originário. Utilizado para alterar o texto constitucional, quando necessário, respeitando as limitações materiais a ele impostas. Os "assuntos intocáveis", como os direitos fundamentais, recebem o status de *cláusulas pétreas*.

[10]Constituição Federal de 1988 – Art. 60 A constituição poderá ser emendada mediante proposta:
[...]
§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
[...]
IV – os direitos e garantias individuais

efetividade. Isto, por si só, já representa um avanço na classificação. Para Ingo Wolfgang Sarlet:

> A Constituição de 1988 – e isto pode ser tido como mais um de seus méritos – acolheu os direitos fundamentais sociais expressamente no título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), concedendo-lhes capítulo próprio e reconhecendo de forma inequívoca o seu "status" de autênticos direitos fundamentais, afastando-se, portanto, da tradição anterior do nosso constitucionalismo, que, desde a Constituição de 1934, costumava abrigar estes direitos (ao menos parte dos mesmos), no título da ordem econômica e social, imprimindo-lhes reduzida eficácia e efetividade, ainda mais porquanto eminentemente consagrados sob a forma de normas de cunho programático. (SARLET, 2001, p.17)

A autora Flávia Piovesan corrobora com o entendimento acima exposto, afirmando que "no direito brasileiro, desde 1934, as Constituições passaram a incorporar os direitos sociais e econômicos. Contudo, a Constituição de 1988 é a primeira a afirmar que os direitos sociais são direitos fundamentais, tendo aplicabilidade imediata" (2010, p.55).

No entanto, esta justificativa não é suficiente para esclarecer e pacificar de vez a questão, tornando-se necessário prosseguir no exame da fundamentalidade dos direitos sociais.

Baseando-se numa perspectiva formal, é possível apresentar três critérios capazes de dar aos direitos sociais qualidade de *fundamentais*, quais sejam: a) são hierarquicamente superiores às demais normas, devido à sua "localização" dentro do ordenamento; b) são submissos aos limites de emenda constitucional, conforme o artigo 60 da Constituição Federal; c) possuem aplicabilidade imediata e vinculante a todos os poderes, de acordo com o artigo 5º, §1º da Constituição Federal.

Todos esses aspectos, somados ao caráter material de fundamentalidade dos direitos sociais, ou seja, os valores e princípios elencados nos artigos 1º ao 4º[11] da

---

[11] Constituição Federal de 1988 – Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:I - a soberania;II - a cidadania;III - a dignidade da pessoa humana;IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;V - o pluralismo político.
Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.
Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.
Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;II - garantir o desenvolvimento nacional;III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.
Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:I - independência nacional; II - prevalência dos direitos humanos; III - autodeterminação dos povos;IV - não-intervenção; V - igualdade entre os Estados; VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político.

Constituição Federal de 1988, sobretudo a dignidade da pessoa humana, formam rebuscado convencimento.

Ademais, faz-se necessário analisar, especificamente, o artigo 5º, §1º da Constituição Federal de 1988, que afirma que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata". Sobre o referido parágrafo questiona-se, *a priori*, se apenas o *caput* e os incisos do próprio artigo são atingidos pela sua aplicabilidade, ou se os seus efeitos englobam os demais dispositivos que possuem caráter fundamental, incluindo, neste caso, os direitos sociais.

É possível encontrar a resposta nos ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet:

> Em que pese a localização topográfica do dispositivo, que poderia sugerir uma exegese restritiva, o fato é que, mesmo sob o ponto de vista da mera literalidade (o preceito referido é claro ao mencionar "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais"), não há como sustentar uma redução do âmbito de aplicação da norma a qualquer das categorias específicas de direitos fundamentais consagradas na nossa Constituição, nem mesmo aos assim equivocadamente denominados direitos

---

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

> individuais e coletivos do art. 5º. (SARLET, 2001, p.26)

Além disso, por mais que haja discussão acerca da fundamentalidade dos direitos sociais, é impossível negá-los, pelo menos, como direitos atribuídos[12], visto que encontram respaldo em outros direitos fundamentais constantes do artigo 5º da Constituição Federal ou em tratados internacionais cujo Brasil é signatário, com fulcro na concepção materialmente aberta, consagrada no §2º do artigo 5º[13] da Constituição Federal.

Seguindo o raciocínio acerca do dispositivo supramencionado e com base no direito à igualdade, é notável que o Estado detém o dever de promover a efetividade dos direitos fundamentais, incluídos os direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição Federal.

Nos ensinamentos de Robert Alexy, sobre o dever de igualdade:

> Ele exige que toda norma jurídica seja aplicada a *todos* os casos que sejam abrangidos por seu suporte fático, e a

---

[12] O autor Robert Alexy (2008, p.141) defende que os direitos fundamentais possuem duas categorias. Sendo a primeira *Direitos Fundamentais estabelecidos no texto constitucional*e a segunda *Direitos Fundamentais Atribuídos*, ou indiretos, são aqueles que, mesmo que não estejam expressos na Constituição, encontram o seu fundamento em outra norma fundamental.

[13] Constituição Federal de 1988 – Art. 5.º [...]

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

> *nenhum* caso que não o seja, o que nada mais significa que dizer que as normas jurídicas devem ser cumpridas. Mas o dever de obedecer às normas jurídicas é algo que elas mesmas já afirmam, na medida em que expressam um dever-ser. Nesse sentido, o dever de igualdade na aplicação da lei exige apenas aquilo que já é de qualquer forma aplicável se as normas jurídicas são válidas. Ele reforça a vinculação dos órgãos de aplicação do direito às normas criadas pelo legislador, sem estabelecer qualquer requisito substancial para essas normas, ou seja, sem vincular o legislador. O legislador pode discriminar como bem lhe aprouver; desde que suas normas discriminatórias sejam observadas em todos os casos, o dever de igualdade na aplicação da lei terá sido satisfeito. (ALEXY, 2008, p.394)

Isto significa que, a partir do momento que a Constituição Federal Brasileira prevê, em seu artigo 5º, §1.º, a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, chama para si o dever de cumprir a referida norma e satisfazer as demandas dos cidadãos, seja individualmente ou de acordo com o pleito da coletividade, sempre de maneira igualitária, de modo que supra as necessidades de todos.

Deste modo, uma vez que restou demonstrado o caráter de norma fundamental dos direitos sociais, bem como a obrigatoriedade do Estado na concretização e prestação destes direitos, resta examinar a plenitude de sua

efetividade e, para tanto, será analisada a obra intitulada "A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional" do doutrinador Indo Wolfgang Sarlet.

3 A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS NA DOUTRINA DE INGO WOLFGANG SARLET

Os *direitos fundamentais a prestações*, contrariamente aos *direitos fundamentais de defesa*, apresentam maiores problemas quanto à sua aplicabilidade e efetividade, uma vez que, tem por objeto uma conduta positiva por parte do seu destinatário e a norma que os materializa entrega ao Estado a necessidade de promoção desta concretude.

Ingo Wolfgang Sarlet diferencia os *direitos de defesa* dos chamados *direitos sociais prestacionais*, ao informar acerca da natureza de tais direitos. Para a primeira categoria, seu traço distintivo é a exigência de uma conduta absenteísta do Estado, apresentando assim, uma natureza negativa. Já no tocante aos *direitos sociais prestacionais*, sua natureza é positiva, pois demandam que o Estado, ou de particulares destinatários da norma, satisfaçam seus conteúdos através de condutas positivas.

Assim, o papel dos *direitos de defesa* é de garantia de uma esfera de autonomia pessoal na qual o Estado não poderá intervir, enquanto que os *direitos sociais prestacionais*, contrariamente, demandam a efetivação de seu objeto, que constitui a prestação.

Dentre o conjunto dos direitos fundamentais elencados pelo texto Constitucional, encontram-se uma gama de direitos que possuem natureza prestacional, dentre os quais se destacam os direitos sociais.

Nessa esteira, os *direitos sociais a prestações* deverão ser sempre analisados a partir de situações concretas e específicas, e nunca de forma geral e abstrata. O conteúdo das prestações veiculadas dependerá de cada ordenamento jurídico, dado a possibilidade ilimitada de tais conteúdos. Para Sarlet,

> quais das diferentes espécies de prestações efetivamente irão constituir o objeto dos direitos sociais dependerá de seu reconhecimento e previsão em cada ordem constitucional, bem como de sua concretização pelo legislador, mesmo onde o Constituinte renunciar à positivação dos direitos sociais prestacionais. (SARLET, 2009, p. 284)

No que concerne às características normativo-estruturais dos *direitos sociais a prestações*, identifica o autor que a estrutura de tais direitos se difere da estrutura

dos *direitos de defesa*. Enquanto estes se encontram positivados no texto constitucional de maneira que são concretizáveis de forma imediata, tendo destaque pela sua plena eficácia, aqueles são positivados de maneira vaga e aberta, para que sejam conformados pelo legislador, e até mesmo pelo Estado, pois dependem em muito de questões outras, como a dinâmica sócio econômica (SARLET, 2009, p. 288).

Não seria faticamente ou juridicamente viável que o constituinte trouxesse os *direitos sociais prestacionais* de forma específica ou detalhada, até mesmo pelo fato de que tais direitos comportam conteúdos múltiplos e variados, cuja colmatação ficará a cargo do legislador, ao efetivar a prestação. Pense-se no direito à saúde, consagrado pelo art. 6º da CF. Impor uma fórmula pronta e acabada, que tenha por finalidade abarcar todos os conteúdos relativos ao tema "saúde", acabaria por engessar o sistema de direitos que tem eminentemente um caráter relativizado (SARLET, 2009, p. 290)

A relativização dos direitos sociais de caráter prestacional considera a sua necessidade de uma intervenção estatal para sua concretização, seja por parte do legislador, que deverá construir normas jurídicas adequadas a preencher o seu conteúdo, seja por parte do poder público através de medidas efetivas.

Tais medidas constituem a implantação de políticas públicas, o que impacta diretamente na questão orçamentária e na dependência de fatores sociais, econômicos e políticos, razão pela qual a efetivação destes direitos prestacionais é dependente de outros fatores extrajurídicos.

A dimensão fática de realização dos direitos sociais, demanda a atuação do Estado em promover a realização de bens materiais e outras prestações que se correlacionam diretamente a necessidade de avaliação de um custo de tais direitos.

As necessidades ilimitadas dos titulares de direitos sociais e a limitação de recursos financeiros do Estado faz com que se chegue a uma situação em que a efetividade dos direitos sociais seja potencialmente reduzida.

Desta forma, mecanismos jurídicos são implementados com o fim de fazer com que os direitos sociais sejam realizados em sua melhor medida possível, dando ao texto Constitucional sua máxima efetividade.

Entendido o caráter fundamental dos *direitos sociais* e examinados os aspectos de sua efetividade, de acordo com os ensinamentos do autor Ingo Wolfgang Sarlet, o próximo passo será analisar os dois institutos, bases do presente trabalho, que influenciam diretamente na

plenitude da efetividade dos *direitos sociais* no Estado Democrático de Direito.

4 MÍNIMO EXISTENCIAL

A *dignidade da pessoa humana*, que está prevista no artigo 1º, inciso III[14] da Constituição Federal, como um fundamento do Estado Democrático de Direito e no artigo 170, *caput*[15], como uma finalidade da ordem econômica, é o princípio que garante aos cidadãos o direito a um *mínimo existencial* necessário para uma vida adequada.

Neste sentido, apesar da dificuldade doutrinária em conceituar o *mínimo existencial*, é possível dizer, basicamente, que se trata de um conjunto de direitos materiais, indispensável à existência humana e fundamental para uma vida digna, cuja obrigação de prestar é do Estado. Trata-se, portanto, do justo acesso da população à todos os direitos fundamentais, sobretudo os consagrados pela Constituição Federal,

---

[14] Constituição Federal de 1988 – Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
[...]
III – a dignidade da pessoa humana.

[15] Constituição Federal de 1988 – Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios.

incluídos nesse conceito, os direitos sociais e os de conteúdo moral, como a sociabilidade.

Nas palavras de Ana Paula de Barcellos o *mínimo existencial* significa "um elemento constitucional essencial, pelo qual se deve garantir um conjunto de necessidades básicas do indivíduo". (2002, p.126)

Assim, é possível constatar que o *mínimo existencial* não pode ser objeto de intervenção estatal, que o mesmo exige uma prestação positiva por parte do ente público e que está relacionado à pobreza absoluta, ou seja, aquela que obrigatoriamente precisa ser combatida pelo Estado.

O *mínimo existencial* não pode ser encontrado expressamente na Constituição Federal. Deve, então, ser buscado e embasado nos ideais de liberdade, de igualdade[16], de imunidades e privilégios do cidadão, bem como na Declaração dos Direitos Humanos. É, portanto, um princípio ligado à ideia de Justiça e distribuição, sobretudo em Estados cuja desigualdade social é muito grande, como é o caso do Brasil.

Outra importante questão acerca da concretização do *mínimo existencial* dos direitos sociais é que estes, diferentemente dos direitos ditos "propriamente

[16] A *igualdade* tem, entre tantos escopos, o de promover a proteção contra a pobreza absoluta, evitando as discrepâncias da desigualdade socioeconômica.

fundamentais", dispostos no artigo 5º da Constituição Federal, carecem de prestações positivas do Estado para a sua efetivação e não atingem por si sós as pretensões almejadas, ficando a mercê de decisões meramente políticas. Acerca do caráter prestacional do Estado, o jurista José Luis Bolzan de Morais preleciona:

> Este caráter prestacional se vincula inexoravelmente à implementação de direitos sociais, econômicos e culturais através da ação política – políticas públicas – estatal.
> [...] a implementação dos conteúdos de direitos humanos, em particular os *positivos*, implicam a necessária compreensão da *ação jurídica* fundamentada em uma *prática comprometida e assente em uma teoria engajada*, onde a Constituição não seja percebida exclusivamente como uma *folha de papel*. (MORAIS, 2011, p.99-100)

Em verdade, o Estado deveria se comprometer a assumir o fornecimento do "máximo" para a população. Um máximo possível, dentro de suas reais condições e limitações, de acordo com a riqueza produzida pelo país, buscando a efetividade progressiva dos direitos sociais. Por mais que esta perspectiva pareça inatingível no Brasil é preciso reforçar a obrigatoriedade Estatal na materialização de, ao menos, um mínimo existencial que supra as carências da população hipossuficiente.

O fato é que, para implementar políticas públicas de caráter sociais, com o fito de garantir aos indivíduos o mínimo existencial necessário para uma vida digna e adequada, é preciso estabelecer regras, sobretudo observando a situação financeira e econômica do Estado, através de um planejamento orçamentário. Abaixo, serão examinados os aspectos gerais da *Cláusula da Reserva do Possível*.

5 CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL

Quando se fala de efetivação dos direitos fundamentais sociais e do fornecimento de um *mínimo existencial*, como ação positiva do Estado, levanta-se um embate relacionado à condição financeira e econômica para a sua implementação. Esta "possibilidade" é denominada pela doutrina de *Cláusula da Reserva do Possível*.

A origem do instituto se deu na Alemanha, quando, em 1972, a Corte Constitucional daquele país julgou e firmou jurisprudência no caso *"NumerusClausus"*. Tratava-se da discussão pertinente ao acesso de estudantes nos cursos de medicina de Universidades do país, sendo que algumas regras estaduais restringiam esse acesso, enquanto a Lei Fundamental

garantia a liberdade de escolha da profissão. O Tribunal Alemão decidiu no sentido de que não seria razoável, nem possível exigir do Estado o dever de garantir o acesso de todos os interessados no curso de medicina. A decisão não foi baseada meramente em cunho orçamentário, mas analisou também a questão da razoabilidade. Por mais que país possuísse, à época, condições financeiras de arcar com todos os custos daquela pretensão, não parecia ser uma cobrança lógica e razoável. Neste sentido, as justificativas originárias da *Cláusula da reserva do possível* não são consagradas exclusivamente com base em questões orçamentárias, mas possuem também um viés de razoabilidade.

Contudo, no Brasil, a doutrina e a jurisprudência acolheram a *Cláusula da reserva do possível* apenas no sentido "escassez de recursos financeiros", usando-a como justificativa para a limitação da implementação e execução de políticas públicas de caráter social. Para Fernando FacuryScaff "todo orçamento possui um limite que deve ser utilizado de acordo com exigências de harmonização econômica geral" (2010, p.150).

Existe na doutrina uma dicotomia sobre a *Cláusula da reserva do possível*, que a divide em duas: a) reserva do possível fática, que está ligada à existência e preservação de recursos necessários à continuidade do

serviço público e b) reserva do possível jurídica, que tem relação com a previsão orçamentária para as despesas.

O autor Ingo Wolfgang Sarlet acrescenta, ainda, mais uma subdivisão à reserva do possível, que diz respeito ao problema da proporcionalidade, da exigibilidade e da razoabilidade da prestação. Ainda nesta seara, demonstrando aspectos que vão além da capacidade financeira, o autor ensina:

> Além da disponibilidade dos recursos, o destinatário da norma deve ter também a capacidade jurídica, em outras palavras, o poder de dispor, já que lhe faltando esta de nada adiantam os recursos existentes serem suficientes. É justamente em virtude do exposto que se passou a sustentar a colocação dos direitos sociais a prestações sob o que se denominou de uma reserva do possível, que, compreendida em sentido amplo, abrange tanto a possibilidade, quanto opoder jurídico de disposição por parte do destinatário da norma. (SARLET, 2009, p.24)

Enfim, apesar de a doutrina e a jurisprudência brasileira seguirem dando um enfoque exclusivamente econômico para a *Cláusula da reserva do possível*, o ideal seria utilizá-la com a maior proximidade possível da proposta original, isto é, sob o viés da proporcionalidade, realizando a sua ponderação com

outros princípios fundamentais, como o *mínimo existencial*.

6 A PONDERAÇÃO ENTRE O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Conforme explicado em tópicos anteriores, o Estado tem a obrigação de ofertar os direitos sociais que compõem o *mínimo existencial* necessário para a realização de uma vida digna. É claro que, não se pode falar de um Estado puramente "paternalista", cuja única função seja distribuir renda e bens sem critérios justos pré-estabelecidos. De fato, é preciso contar com a participação popular para que o sistema funcione, sem acarretar prejuízos. No entanto, é um dever estatal criar políticas públicas eficientes e capazes de atender às demandas da sociedade.

Importante frisar que o Estado é o responsável pela gestão dos recursos destinados ao cumprimento e concretização de cada direito previsto constitucionalmente, o que requer, por parte do ente público, um planejamento orçamentário prévio que englobe todos esses direitos. Pois, de acordo com o autor Jose Luis Bolzan de Morais,

> [...] no respeitante aos direitos ditos *fundamentais sociais* estamos diante de valores intrínsecos a uma ordem constitucional comprometida com os valores humanitários e que, portanto, a sua carga eficacial não pode ser objeto de tergiversação ou concessões políticas, barganhadas como produtos em uma feira de supérfluos. (MORAIS, 2011, p.98)

Ademais, conforme restou demonstrado, a *Cláusula da reserva do possível* é uma expressão intimamente ligada à situação econômica do Estado. É um instrumento da Administração Pública para justificar a possibilidade ou não de concretização de determinados direitos fundamentais, com base na quantidade de recursos financeiros existentes. Como melhor explica Ingo Wolfgang Sarlet:

> É justamente pelo fato de que os direitos sociais prestacionais têm porobjeto prestações do Estado (ao menos, em regra) diretamente vinculadas à criação, destinação, distribuição e redistribuição de serviços e bens materiais que se aponta, com propriedade, para sua dimensão economicamente relevante [...] Esta característica dos direitos sociais a prestações assume especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação, significando que a efetiva realização das prestações reclamadas não é possível sem que se despenda algum recurso, dependendo, em última análise, da

> conjuntura econômica. (SARLET, 2009, p.23)

Ocorre que, para alguns juristas e estudiosos do Direito e da Economia, o Poder Público utiliza-se desta cláusula de forma a encontrar uma saída para afastar o seu dever de concretizar os valiosos direitos sociais, justificando a sua omissão. Conforme alertou Norberto Bobbio:

> Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-lo, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados. (BOBBIO, 1992, p.25)

E, ainda, nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho:

> Quais são, no fundo, os argumentos para reduzir os direitos sociais a uma garantia constitucional platônica? Em primeiro lugar, os custos dos direitos sociais. Os direitos de liberdade não custam, em geral, muito dinheiro, podendo ser garantidos a todos os cidadãos sem se sobrecarregarem os cofres públicos. Os direitos sociais, pelo contrário, pressupõem grandes disponibilidades

> financeiras por parte do Estado. Por isso, rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível [...] para traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob "reserva dos cofres cheios equivale na prática a nenhuma vinculação jurídica. (CANOTILHO, 2004, p.481)

Neste sentido, não se pode permitir que um Estado omisso na prestação de serviços públicos se valha de um instituto do ordenamento com o fito de prejudicar pessoas vulneráveis e hipossuficientes. O Estado tem o dever de prever antecipadamente no orçamento os recursos necessários para a efetivação dos direitos sociais, senão em sua condição máxima, ao menos o mínimo existencial necessário para garantir a dignidade da pessoa humana. Assim, quando o Estado utiliza a "desculpa" da escassez de recursos públicos, desrespeita os direitos humanos consagrados e as regras constitucionais do Estado Democrático de Direito.

7 CONCLUSÃO

Conforme tudo que foi exposto e demonstrado até aqui, é possível concluir que os *direitos sociais* verdadeiramente integram o rol de direitos fundamentais da Constituição Federal Brasileira de 1988. Seja como

direitos fundamentais propriamente ditos, como defendem alguns doutrinadores, ou como *direitos fundamentais atribuídos*, isto é, aqueles que estão relacionados com outros direitos fundamentais estabelecidos no artigo 5º da Constituição Federal. O fato é que, resta inegável a condição de fundamentalidade dos *direitos sociais*. Ademais, esses direitos necessitam de ações positivas do Estado para serem concretizados, tendo em vista o seu caráter prestacional.

Sobre a relação dos *direitos sociais* com o instituto do *mínimo existencial*¸ foi desenvolvido um raciocínio no sentido de explicar que os direitos sociais previstos no *caput* do artigo 6º da Constituição Federal representam o conjunto de direitos materiais básicos e essenciais para uma vida digna, com base do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, no Estado Democrático de Direito. Este conjunto de direitos forma o que a doutrina denomina de *mínima existencial*.

A *Cláusula da reserva do possível*, por sua vez, significa que o país possui um limite financeiro e econômico para realizar políticas públicas em prol da efetivação dos direitos sociais, que, muitas vezes, ficam prejudicados em decorrência da escassez de recursos estatais orçamentários. De qualquer forma, é preciso que haja um planejamento orçamentário, estabelecendo

previamente *como* e *quanto* poderá ser investido na prestação e concretização dos direitos sociais.

E, por fim, sobre a ponderação entre o *mínimo existencial* e a *Cláusula da reserva do possível*, objetivo principal do presente trabalho, é preciso considerar, primeiramente, que o Estado possui o dever de fornecer o *mínimo existencial* para todos os cidadãos hipossuficientes e vulneráveis. Por mais que existam dificuldades financeiras, que obstem a concretização dos direitos sociais, o Estado precisa trabalhar no sentido de se planejar e evitar "justificativas orçamentárias". O Estado Democrático de Direito prioriza o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e, por isso, é inaceitável que o *mínimo existencial* não seja alcançado por todos indivíduos da sociedade. Frisando que, a exigência é de um conjunto mínimo de direitos, e não do máximo que o Estado poderia ofertar. Uma sociedade cujos cidadãos vivem (ou sobrevivem) abaixo da linha do mínimo representa um Estado falido.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Material Coletivo: superação da summadivisio direito público e*

direito privado por uma nova summadivisio constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BOBBIO,Norberto. *A Era dos Direito*s. Rio de Janeiro: Campus 1992.

BRASIL, *Constituição Federal. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Publicada no Diário Oficial da União, Brasília, 05 Out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 Set. 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituilção*. 7ª ed. Coimbra: Edições Alemdina, 2004.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos*. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

OLIVEIRA, Fábio Seabra de. *A estrutura das normas de Direitos Fundamentais*. In: *Democracia, Direitos Fundamentais e Jurisdição*. TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. MORAIS, Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa (org.). Vol.2. Pará de Minas: VirtualBooks Editora, 2015.

PIOVESAN, Flávia. *Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas.* In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves;

CORREIA, Érica Paula Barcha (Coord.). *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988*. Ano I. Vol. I. Nº. 1. Salvador: Revista Diálogo Jurídico, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. eampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009.

SCAFF, Fernando Facury. *Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível".* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

GRUPOS VULNERÁVEIS E OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: EFETIVIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Fernanda Resende Severino
Heleno Veloso de Faria Júnior

RESUMO

Com o advento do Estado Social de Direito e a rápida evolução da sociedade, a efetividade dos direitos fundamentais, bem com dos direitos humanos nas relações, não somente verticais, mas, inclusive, nas horizontais, tornam-se instrumentos essenciais de inclusão das minorias e dos grupos vulneráveis. Os tratados internacionais de direitos, incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, devem ser considerados com certa amplitude, paralelamente ao caráter irradiante da Constituição da República Federativa do Brasil. Entre todos os direitos e garantias assegurados, resta saber se as minorias e os grupos vulneráveis conseguem ter a efetividade idealizada quando se veem perante situação de conflito e desrespeito.

Palavras-chave: Grupos Vulneráveis; Direitos Humanos; Efetividade.

ABSTRACT

With the advent of the Social State of Law and the rapid evolution of society, the effectiveness of fundamental rights, as well as human rights in relations, not only vertical, but also horizontal, become essential instruments for the inclusion of minorities and vulnerable groups. The international treaties of rights, incorporated into the

Brazilian legal system, must be considered to a certain extent, in parallel with the radiant character of the Constitution of the Federative Republic of Brazil. Among all the rights and guarantees guaranteed, it remains to be seen whether minorities and vulnerable groups can achieve idealized effectiveness when faced with conflict and disrespect.

Keywords: Vulnerable Groups; Human rights; Effectiveness.

INTRODUÇÃO

Os direitos humanos têm merecido cada vez mais atenção, sendo considerados mecanismos de proteção a nível global quanto regional. Trata-se de fundamento inerente ao valor basilar do Direito o qual se destina a toda pessoa humana. Assim, pode-se dizer que esses direitos constituem a base da dignidade da qual todo ser humano trás consigo pela sua existência. Sustentam-se em três princípios norteadores, quais sejam: o princípio da inviolabilidade das pessoas, o princípio da autonomia das pessoas e por último o princípio da dignidade da pessoa humana. No mesmo contexto, se apresentam de maneira: histórica, universais, essenciais, inalienáveis, indisponíveis, intransferíveis, imprescritíveis entre outras tantas características que os colocam em um patamar de destaque no ordenamento jurídico global.

São protegidos internacionalmente, conforme o Ilustre Professor Valério Mazzuoli defende, tendo em vista a sujeição de todas as pessoas ao Estado. Este, no exercício de sua jurisdição, poderá violar direitos e ultrapassar limites, os quais desrespeitarão direta ou indiretamente a esfera pessoal do indivíduo.

No que tange à sua abrangência, pode-se entender que os direitos humanos são analisados e entendidos sob duas vertentes, uma interna e a outra internacional. Nos mecanismos Internacionais de proteção dos direitos das pessoas, temos os direitos humanos de forma mais abrangente que os primeiros; o que significa dizer que ultrapassa a esfera de proteção dos direitos fundamentais, normalmente abordados nos textos constitucionais. Estes, por sua vez, são positivados nos ordenamentos jurídicos internos, assim não têm um campo de atuação tão extenso quanto o dos direitos humanos abrangidos pelos tratados e convenções. Conforme o professor Mazzuoli, nem todos os direitos fundamentais previstos nos textos constitucionais contemporâneos são exercitáveis por todas as pessoas indistintamente. (MAZZUOLI. 2014. P. 21.)

Tendo em vista este duplo entendimento e interpretação de direitos humanos, torna-se necessário estudá-los, ao considerar os grupos de minorias, excluídos e marginalizados, os quais sofrem ainda mais com a

violação de direitos e a dificuldade de serem inseridos e aceitos pela sociedade.

1. MINORIAS E GRUPOS VULNERÁVEIS

Dentro de todos os seres humanos que tiveram os seus direitos amplamente violados temos alguns grupos de pessoas que pelas suas condições de inserção social se vêem em desproporção dentro dos demais, ou estão mais suscetíveis à violação. Assim, temos as minorias e os grupos vulneráveis, ou seja, aquelas categorias de pessoas social e historicamente mais desprotegidas pelos ordenamentos jurídicos, o que tem chamado a atenção do direito internacional público no sentido de se estabelecer condições mínimas de tutela, seja em âmbito global ou regional.

Nestes termos MAZZUOLI:

> Os direitos humanos são, portanto, direitos protegidos pela ordem internacional (especialmente por meio de tratados multilaterais, globais ou regionais) contra as violações e arbitrariedades que um Estado possa cometer às pessoas sujeitas à sua jurisdição. São direitos que estabelecem um nível protetivo (standard) mínimo que todos os Estados devem respeitar, sob pena de responsabilidade

> internacional. Assim sendo, garantem às pessoas sujeitas à jurisdição do Estado meios de vindicação de seus direitos, para além do plano interno, nas instâncias internacionais de proteção. (MAZZUOLI. 2014. p.19.)

Dentre estes grupos minoritários e em condições de vulnerabilidade temos as questões das mulheres, dos idosos, das crianças e dos adolescentes, dos povos indígenas e das comunidades tradicionais, das pessoas com deficiência e também daqueles inseridos na comunidade LGBT entre outros. São grupos de pessoas que se encontram em posição de destaque na questão da proteção internacional de direitos atualmente, merecendo desta forma a criação de normas internacionais e nacionais direcionadas especificamente para a sua proteção.

Nesse sentido, esclarece o referido autor:

> Direitos humanos é expressão intrinsecamente ligada ao direito internacional público. Assim, quando se fala em "direitos humanos", está-se tecnicamente a referir à proteção que a ordem internacional guarda sobre esses direitos.
>
> Na linguagem comum emprega-se correntemente a expressão para referir

> também à proteção que a ordem jurídica interna (especialmente a Constituição) atribui àqueles que se sujeitam à jurisdição de um determinado Estado.
>
> Sabe-se que a proteção jurídica dos direitos das pessoas pode provir ou vir a provir da ordem interna (estatal) ou da ordem internacional (sociedade internacional). Quando é a primeira que protege os direitos de um cidadão, está-se diante da proteção de um direito fundamental da pessoa; quando é a segunda que protege esse mesmo direito, está-se perante a proteção de um direito humano dela (MAZZUOLI. 2014. p.19.)

Nesses termos, se faz necessário uma conscientização no sentido de se garantir a estes grupos de pessoas condições mínimas de inserção social para que se dê positividade aos diversos direitos previstos em normas internacionais e nacionais. Nesse sentido, principalmente aquele núcleo de direitos humanos como a dignidade da pessoa humana, para que se possa falar em humanidade de tratamento para uma parcela importante da população que por anos foram submetidos a condições que claramente violaram seus direitos.

Nesse sentido Morais:

> Resumidamente, poderíamos dizer, então, que os direitos humanos, como conjunto de valores históricos, básicos e fundamentais, que dizem respeito à vida digna jurídico-político-psíquico-econônico-física e afetiva dos seres e de seu habitat, tanto daqueles do presente quanto daqueles do porvir, surgem sempre como condição fundante da vida, impondo aos agentes político-jurídico-sociais a tarefa de agirem no sentido de permitir que a todos seja consignada a possibilidade de usufruir-los em benefício próprio e comum ao mesmo tempo. Assim como os direitos humanos se dirige a todos, o compromisso com a sua concretização caracteriza tarefa de todos, em um comprometimento comum com a dignidade comum, incorporando ainda, outros destinatários, como no caso dos animais, tanto numa decisão temporal presente como interacional-gerações futuras. (MORAIS. 2011. p. 88.)

2. BREVE INTRODUÇÃO AO PROCEDIMENTO ÚNICO DIFERENCIADO DE INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Para serem devidamente reconhecidos pela República Federativa do Brasil, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos devem obrigatoriamente ser objeto de um Procedimento Único Diferenciado.

Tal Procedimento, previsto na Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB -, necessita indiscutivelmente da Assinatura do Presidente da República e do Decreto Legislativo elaborado pelo Congresso Nacional autorizando a ratificação do Chefe do Executivo.

Essa atuação conjunta dos Poderes Executivo e Legislativo é considerada um ato complexo, isso, pois, não basta a manifestação de vontade de apenas um dos Poderes. Após a observância deste procedimento, o ato internacional é consagrado internamente.

O procedimento é considerado único, vez que em qualquer caso, há aplicação combinada dos Artigos 84, VIII e 49, I da CRFB.

O Chefe do Poder Executivo, então, celebra o ato internacional, tratado ou a convenção, e encaminha ao Poder Legislativo, para que os parlamentares referendem e resolvam de maneira definitiva a respeito daquele ato.

A Teoria dos Atos Complexos foi adotada neste caso, assim, as manifestações positivas daqueles Poderes são interpretadas como condição *sinequa non*, indispensáveis, necessárias para que o Tratado Internacional tenha validade e eficácia jurídica interna, sendo assim incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro.

Lado outro, o Procedimento Único é considerado Diferenciado, pois, com relação à matéria, se tradicional ou de Direitos Humanos, a produção de efeitos perante o Ordenamento Jurídico Brasileiro é de fato diferenciada.

Se o Tratado Internacional for considerado tradicional, de matéria geral, após a edição do Decreto Legislativo, faz-se necessário e obrigatório o Decreto de Execução Presidencial. Após a edição deste decreto, haverá a produção de efeitos internamente, devendo aquele Tratado ser observados,

Todavia, se o Tratado Internacional for de Direitos Humanos, sendo o este o enfoque neste trabalho, com a Ratificação pelo Chefe do Executivo, tal ato incorpora-se automaticamente ao ordenamento jurídico brasileiro. Dispensa-se, assim, a edição do Decreto de Execução Presidencial.

Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos são autoaplicáveis, incorporam-se imediatamente ao ordenamento jurídico interno após a ratificação presidencial.

3. STATUS CONSTITUCIONAL OU EQUIVALÊNCIA À EMENDA CONSTITUCIONAL

A CRFB, no parágrafo 2º do Artigo 5º permite a inclusão de eventuais direitos e garantias previstos em atos, convenções ou tratados internacionais dos quais seja parte.

Considera-se referido dispositivo como integrante do Bloco de Constitucionalidade, o que indiscutivelmente deverá ser observado em eventual Controle de Constitucionalidade: "Os direitos e garantias expressos nesta

Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Ora, se a CRFB reconhece a incorporação de tais direitos e garantias no corpo de seu texto, consequentemente amplia-se o rol interno de aplicação e proteção daqueles, sendo de observância constitucional obrigatória. Por essa razão, são normas que possuem status materialmente constitucional.

Este status constitucional é atribuído a todo e qualquer tratado, independente se de direitos humanos ou não, que tenha sido incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro com respeito e observância ao devido procedimento único diferenciado.

Lado outro, no mesmo texto constitucional, foi incluído por meio da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, o Parágrafo 3º ao Artigo 5º:

> Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos

> dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

A equivalência de emenda constitucional é reconhecida somente aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, não sendo permitido, assim, realizar uma interpretação extensiva de tal dispositivo.

Necessário esclarecer que o Procedimento para a incorporação de atos internacionais no ordenamento jurídico brasileiro é e continua sendo Único. Embora, caso o Tratado Internacional seja de Direitos Humanos, caso o Congresso Nacional o aprove por meio de um quórum especial, haverá a equivalência daquele a uma Emenda Constitucional.

Considerar um TIDH equivalente a uma emenda constitucional significa que além dos direitos e garantias nele previstos serem reconhecidos internamente, produzirá efeitos imediata e plenamente; bem como poderá alterar o texto constitucional, não mais poderá ser denunciado. Sendo, ainda, de observância obrigatória no Controle de Convencionalidade.

4. EFICÁCIA FORMAL E MATERIAL DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

A eficácia materialmente constitucional é conferida aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos imediatamente após a realização do procedimento único e a conseqüente ratificação pelo Presidente da República.

Atribui-se aos TIDH o nível material por meio de uma interpretação do já analisado parágrafo 2º do Artigo 5º. É um nível mais restrito quando comparado ao nível formal constitucional.

Isso, pois, dizer a norma é materialmente constitucional significa integrá-la no ordenamento jurídico, ampliando os parâmetros para a realização do Controle de Constitucionalidade.

O tratado internacional de direitos humanos materialmente constitucional deve ser respeitado e observado pelo intérprete e aplicado do direito diante do caso concreto; não se podendo esquecer tal observância pelos parlamentares ao legislar internamente; bem com

pelo Supremo Tribunal Federal ao realizar o Controle de Constitucionalidade.

Esta integração somente é possível tendo em vista a aceitação pelo Bloco de Constitucionalidade com relação às formas de proteção dos direitos e garantias constitucionais, o qual inclui não somente aqueles previstos expressamente no texto constitucional; mas inclusive os decorrentes da interpretação das normas garantidores, e, sobretudo dos previstos em TIDH aos quais a República Federativa do Brasil seja parte.

Efetivamente, concede à pessoa humana um amplo rol de direitos e garantias, considerando-a como tal, e respeitando o seus direito fundamental à dignidade.

Já a eficácia formalmente constitucional, a qual amplia ainda mais a proteção dos direitos e garantias expressos em um TIDH, está diretamente relacionada ao modo de aprovação deste pelo Congresso Nacional.

Aquela maioria qualifica exigida constitucionalmente de aprovação em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros concede status de equivalência às emendas constitucionais aos TIDH.

Ressalta-se que a equivalência é somente àqueles Tratados Internacionais referente aos Direitos Humanos. Certo tratado internacional de matéria diversa nunca poderá equivaler à emenda constitucional, considerando o texto constitucional vigente.

A eficácia de tal equivalência pode ser compreendida em três aspectos, tendo em vista a decorrência dos seguintes efeitos: possibilidade de reformar a Constituição Federal impossibilidade de denunciar tratados; considerado paradigma do Controle Concentrado de Convencionalidade.

A possibilidade de reformar a Constituição Federal está diretamente relacionada ao Princípio da Primazia da Norma Mais Favorável ao Ser Humano. Assim, se tal TIDH mais favorável for, terá o condão de reformar o texto constitucional.

Tal reforma somente poderá ocorrer se a norma for de fato mais favorável. Neste caso, proíbe-se o retrocesso, bem como a restrição ou até mesmo a abolição de direitos e garantias já consagrados.

Com relação à impossibilidade de denunciar o tratado, deve-se considerar que após a devida ratificação, o

Estado Democrático de Direito obriga-se internacionalmente a cumprir o TIDH. Não mais podendo desobrigar-se do devido cumprimento.

Ora, se o TIDH é considerado equivalente à emenda constitucional, a ele aplica-se também a regra da Cláusula Pétrea. Desta feita, não poderá ser revogado por mero ato administrativo.

E, por fim, o Controle Concentrado de Convencionalidade ensina que os TIDH poderão ser objeto de perante o STF de controles abstratos a serem realizados, compatibilizando assim tais tratados com as normas infraconstitucionais.

5. POR UMA NOVA VISÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Quando se fala em concretização dos direitos humanos temos uma visão mais ampla do que se pretende com o assunto. Por isso trabalhar o tema para além dos textos constitucionais, ou seja, para o que está previsto na Carta Magna ganhe substancialidade na prática já é um tanto quanto trabalhoso, imaginemos dar efetividade a uma nova necessidade diante de um novo contexto social, ou seja, o constitucionalismo moderno e a necessidade de se ampliar a visão sobre Direitos Humanos bem como

ampliar sua efetivação para além do ponto de vista atualmente implementado sob o olhar dos vencedores, ou seja, aqueles que instituíram o modelo atual em voga.

Nesses termos:

> Em um primeiro plano, deve-se pensar em uma vertente de *concretização pelo Estado,* ou seja, é de verificar-se o papel do ente público estatal para que se obtenha o máximo de efetividade, assim, como o máximo de adequação ou o resultado ótimo dos conteúdos que lhe são próprios. Por evidente que a ação pública estatal deverá incluir não apenas o reconhecimento em *nível legislativo* expresso ou implícito – através de uma *cláusula constitucional aberta* (vide art. 5º da CF/88) ou mesmo de valores decorrentes, não expressos, da principiologia adotada – que, como visto, tem serventia fundamental, embora não suficiente, no âmbito das *liberdades negativas*, mas não suficiente já na seara dos direitos sociais, econômicos e culturais – ditas liberdades positivas -, como uma produção legislativa ordinária de caráter implementante da norma superior. (MORAIS, 2011. p. 99.)

Temos assim, uma situação que demande não apenas essa previsão constitucional, mas sim uma tutela constitucional que vá ao encontro de uma aplicabilidade efetiva, refletindo em ações práticas no cotidiano do cidadão. Portanto, a implementação dos conteúdos de direitos humanos, em particulares os positivos, implicam a necessária compreensão da ação jurídica fundamentada em uma prática comprometida e assente em uma teoria engajada. (BOLZAN, 2011. p. 100.)

Por outro lado, importante mencionar a concretização dos direitos humanos do ponto de vista jurídico, ou seja, uma prática jurídica comprometida e dedicada entre os sujeitos operadores jurídicos envolvidos nesta importante missão. Para que efetivamente além da folha de papel o texto constitucional tenha força prática, principalmente diante das ineficiências das liberdades positivas do Estado.

Nesse contexto:

> Esta refere, ainda, a necessidade de que, para além da compreensão do tema, façamos uma *utilização dos instrumentos procedimentais* para fazer valer os seus conteúdos, apropriando-nos do que o próprio texto constitucional coloca à disposição do cidadão. Assim, em

> *situações individuais*, temos o *habeas corpus, o habeas data e o mandado de segurança;* para situações coletivas temos o *mandado de segurança coletivo*, para as situações que envolvem *interesses difusos* temos a *ação popular, ação civil pública*, além de devermos considerar as possibilidades postas pelo *mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão*, estes últimos já referidos alhures. (MORAIS, 2011. p. 101.)

Outro aspecto também tão importante quanto à concretização pelo Estado, trata-se da necessidade de uma concretização social, ou seja, por aqueles atores que são titulares e responsáveis solidariamente pela efetivação dos Direitos Humanos. Nesta ótica, temos a necessidade de estratégias humanitárias que a sociedade deseje lançar mão para dar maior sustentabilidade à aplicação dos direitos que tanto se almejam. Por ora, temos um anseio por uma atuação mais efetiva onde os atores são aqueles que pleiteiam a sua proteção. Assim, a importância destes atores na nova realidade social para que façam valer a sua relevância e a sua voz com ações, com uma atuação de forma mais contundente.

Nesse contexto temos duas vias de atuação, assim:

> Na primeira, através, de *pretensões dirigidas à autoridades pública estatal*, buscando fazê-los valer desde alguma estratégia positivo/prestacional ou negativa – na dependência do conteúdo da prestação – por parte do estado, de suas funções, de suas agências ou agentes, vinculando-a, de regra, à ação executiva do estado – como vistos acima.
>
> Na segunda, poder-se-ia supor um *processo de autonomização social* – o que não significa a adoção de uma matriz (neo)liberal/ capitalista – que conduzisse a uma apropriação coletiva das *incumbências* necessárias à efetivação dar-se-ia, então, a partir de um comprometimento coletivo pelo bem-estar comum, desde a assunção de tarefas sociais no próprio âmbito da sociedade e pelos atores sociais os mais diversos, independizando-se de amarras, muitas vezes, instransponíveis, próprias às características estruturais do estado Contemporâneo, como Estado do Bem estar Social em suas diversas

> experimentações práticas. (MORAIS, 2011. p. 103.)

Insta mencionar a importância da correlação entre direitos humanos e democracia, ainda mais em se tratando de um "Estado Democrático de Direito" onde sem um o outro se vê violado. Desta forma, não há direitos humanos fora da democracia. Por isso, se faz necessário práticas de políticas democráticas efetivamente para o povo. Assim, à importância de mudança de atitudes em todos os aspectos sociais, ainda mais daqueles que saem da sociedade para lhes representar.

Morais defende que:

> Deve-se, por outro lado, observar uma inevitável correspondência entre direitos humanos e a democracia, posto que se esta se enfraquece são aqueles os primeiros e principais atingidos, não repercutindo unicamente nos seus âmbitos civis e políticos, mas em todas as suas dimensões, uma vez que a quebra do regime democrático implica o desfazimento dos espaços da e para a política, pois, como aponta Janine Ribeiro, somente é legítimo, na política o regime

> democrático... Dito de outra forma, fora da democracia não há espaço pra os direitos humanos, sem democracia não há solução possível para os déficits humanitários. Fora da democracia não há, sequer, espaço para as práticas políticas, admitindo-se a contradição entre poder autoritário e ação política. (MORAIS, 2011. p. 111.)

Por óbvio que não é tarefa facial no cenário atual dar efetividade aos textos constitucionais principalmente no que se diz respeito às prestações positivas dentro deste Estado Democrático de Direito. Pois é necessário um conjunto de ações efetivas principalmente pelos atores políticos que necessitam uma visão mais social do que partidária, bem como uma previsão orçamentária mais comprometida com as ações sociais. No mesmo sentido, uma responsabilidade com a previsão orçamentária para suprir as prestações positivas não cumpridas *prima facie* e que por atuação judicial sejam determinadas. Dando assim eficácia, ainda que posteriormente, aos textos constitucionais em face da ineficiência de se cumprir o que está previsto.

> Por estes parâmetros é fácil concluir que a incapacidade dos indivíduos de intervir

nos processos de decisão no âmbito do estado, posto que a interdependência transnacional das relações econômicas reserva um amplo repertório de competências ao Estado. Isto provoca, também, inevitavelmente, uma fragmentação da cidadania cujos direitos de participação e decisão ficam formalmente incólumes, mas faticamente limitados e reduzidos a mera expressão de uma vontade eleitoral. Não se pode omitir, no entanto, que as conseqüências deste fenômeno afetam não somente ao status ativo da cidadania, mas alcançam em cheio a cidadania social: aquela que surge vinculada a uma concepção substantiva da cidadania a partir da eclosão do Estado social de Direito. O retrocesso dos conteúdos sociais e das políticas redistributivas determina uma erosão profunda do conteúdo da cidadania de sorte que esta fica cerceada em benefício da governabilidade global do sistema, o que leva à redução da cidadania a sua dimensão estritamente cívico-política. Este processo de paulativa submissão do estado ao poder econômico transnacional, com a correlativa perda de competências e de controle sobre suas políticas no âmbito

interno, reverte-se de diversas formas. (CAMPUZANO, 2009, p. 84-85)

CONCLUSÃO

A incorporação dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro é de suma importância não somente na efetivação de tais direitos, mas, sobretudo, na inclusão e reinserção de grupos de minorias, pessoas descriminalizadas na sociedade que merecem uma atenção por parte do Estado, possibilitando a efetividade de normas e ações protetivas destinadas aos seres humanos e em especial a esta parcela importante da sociedade.

Ampliar a interpretação e a visão a respeito dos Direitos Humanos torna-se necessária tendo em vista o objetivo maior da Constituição da República do Brasil em garantir a substancialidade dos direitos à pessoa humana. Nesse contexto temos uma necessidade urgente de uma nova visão sobre os direitos humanos principalmente para que as futuras gerações possam crescer conscientes da importância de cada cidadão nesse processo evolutivo.

Com o estudo realizado, é possível perceber a dificuldade de garantir ao individuo, considerado singularmente, principalmente quando enquadrado em um grupo social de minorias, ou descriminalizado, a efetivação de seus direitos necessitam de uma tutela que o permita estar inserido de forma mais humanitária na sociedade atual, minimizando os reflexos de anos de violação.

E, o objetivo dos Direitos Humanos é justamente esse, proporcionar uma visão ampliativa da pessoa humana, não somente perante a sociedade, mas individualmente, e atingir no seu âmago a satisfação e a efetividade do direito previsto e garantido. Para que possamos encontrar um caminho de proteção para aqueles grupos de pessoas que necessitam, sejam idosos, deficientes físicos, mulheres, crianças e outros inúmeros grupos que socialmente são e estão fragilizados, permitindo assim a sua convivência humana dentro de um mínimo de dignidade que o faça se sentir efetivamente um cidadão.

Assim, necessitamos que as normais globais e regionais sejam capazes de trazer uma proteção possível de ser alcançada. Que os agentes políticos sejam conscientes de seu papal social na busca de dar subsídio e suporte

orçamentários para essa parte importante da sociedade, qual seja, os grupos vulneráveis. Que os cidadãos sejam educados na consciência de que cada um tem também fundamental importância na proteção dos direitos humanos. Portanto, sem essa visão ampliada de proteção não seremos condizentes na efetivação do que já está previstos e nem tão pouco audaciosos para a ampliação necessária da tutela humanitária para aqueles menos favorecidos.

REFERÊNCIAS

ALVES, Waldir. Controle de convencionalidade das normas internas em face dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais.

In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Coord.). *Controle de Convencionalidade:* um panorama latino americano. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p.309-339.

APPIO, Eduardo. *Direito das Minorias*. São Paulo: RT, 2008.

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

CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo. *O poder legislativo e os tratados internacionais*. Porto Alegre: L&PM, 1983.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantias: La ley del más débil*. 6ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

_____. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira.* Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001.

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A opção do judiciário brasileiro em face dos conflitos entre tratados internacionais e leis internas. *Revista da AJURIS*, ano XXVI, n.º 81, Tomo I (doutrina), Porto Alegre, mar./2001, p.306-325.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos*. 4 ed. rev., atual. eampl. São Paulo: Método, 2016.

_____. *Curso de Direito Internacional Público*. 10.ed. rev., atual. eampl. São Paulo: Ed. RT, 2016.

_____. *Direitos dos Tratados*. 2 ed. rev., atual. eampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Direito Interno*. 1 ed. Saraiva, 2010.

_____.Integração das convenções e recomendações internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a nova perspectiva do princípio *pro homine*. *Revista de Direito do Trabalho*, vol. 152 (2013), p.11-35.

_____. O treaty-markinpower na Constituição brasileira de 1988: uma análise comparativa do poder de celebrar tratados à luz da dinâmica das relações internacionais. *Revista Brasileira de Política Internacional*, vol.44, n.2 (2001), p.82-108.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. *As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2. ed.ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2011.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Constitucionalismo e cidadania: por uma jurisdição constitucional e democrática.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

PÉREZ LUNO, Antônio Enrique. *Perpectivas e tendências atuais do estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional.* 15 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

SÉGUIN, Elida (Coord.). *Direito das Minorias*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SUA APLICABILIDADE NO PROCESSO DO TRABALHO

INCIDENT OF DISREGARD OF THE LEGAL PERSONALITY IN THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE AND ITS APPLICABILITY IN THE LABOR PROCEDURE

Ana Carla Rodrigues da Silva
Letícia Mirelli Faleiro Silva Bueno

RESUMO: Pretende-se no presente artigo, apresentar em um primeiro momento um breve panorama acerca do incidente de desconsideração da personalidade jurídica no ordenamento jurídico brasileiro. Em sequência será feita uma abordagem sobre a teoria menor e sua aplicabilidade no direito processual do trabalho, apresentando-se em seguida os ensejos para aplicabilidade e não aplicabilidade do incidente de desconsideração da personalidade jurídica prevista no Novo Código de Processo Civil nos processos do trabalho. A vertente metodológica adotada será a jurídico-dogmática, o tipo de raciocínio será o dedutivo e os tipos metodológicos da pesquisa serão o histórico-jurídico, jurídico-interpretativo, jurídico-prospectivo e jurídico-propositivo.

Palavras-chave: Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica; Novo Código de Processo Civil; Direito Processual do Trabalho.

ABSTRACT: This article intends to present, at first, a brief overview about the incident of disregard of legal personality in the Brazilian legal system. In sequence, an approach will be made on the minor theory and its applicability in the labor process law, and the following are the possibilities for applicability and non applicability of the incident of disregard of the legal personality provided for in the New Code of Civil Procedure in labor processes. The methodological side adopted will be legal-dogmatic, the type of reasoning will be the deductive and the methodological types of the research will be the historical-juridical-interpretative, juridical-prospective and juridical-propositional.

.

Keywords: Incident of Disregard of Legal Personality; New Code of Civil Procedure; Labor Procedure Law.

Introdução

Em 13 de março de 2015, pela então Presidente Dilma Rousseff, foi promulgada a Lei nº 13.105, ou o popular Código de Processo Civil, que superou, a partir de abril de 2016, em razão da *vacatio legis*, a Lei nº 5.869/73.

Essa nova lei processual, inovando os diplomas anteriores, trouxe de forma expressa, em seu artigo 15 que, *"Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente."*. Apesar de manter, de certa forma, o

que já previa o artigo 769[17], da Consolidação das Leis do Trabalho, sobre a aplicação subsidiária ao processo do Trabalho, o legislador foi além e determinou sua aplicação supletiva, ou seja, não apenas o auxiliando na solução de omissões, mas também acrescentando normas compatíveis, ainda que inexistente eventual omissão.

Assim, vigente o NCPC, agora aplicando-se supletivamente à CLT, foi necessário que o Tribunal Superior do Trabalho se posicionasse sobre o tema, especialmente para aclarar a utilização do novo diploma em relação à seara trabalhista, editando assim a Instrução Normativa nº 39, que cuidou de elencar os dispositivos não aplicáveis ao processo do trabalho, na tentativa de transmitir certa segurança jurídica aos jurisdicionados e órgãos da justiça do trabalho.

Dentre as normas no novo *codex*cabíveis ao Processo do Trabalho, segundo a própria Instrução Normativa, especificamente em seu artigo 6º, o TST entendeu que *"Aplica-se ao Processo do Trabalho o incidente de desconsideração da personalidade jurídica regulado no Código de Processo Civil (artigos 133 a 137),*

---

[17]CLT, artigo 769. *"Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo que for incompatível com as suas regras e seus princípios."*.

assegurada a iniciativa também do juiz do trabalho na fase de execução (CLT, artigo 878).”.

Vê-se, portanto, a partir de então, que o processo do trabalho deverá se orientar segundo os artigos 133 a 137 do NCPC, quando dele depreender-se a necessidade de se desconsiderar a personalidade jurídica de demandadas, ou seja, de se condenar os sócios por dívidas da(s) empresa(s). Dizer isso nada mais significa que o processo do trabalho deve agora, em tese, se pautar pelo incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

A metodologia utilizada será a pesquisa bibliográfica, mediante consulta em doutrinas, textos e artigos científicos, bem como a pesquisa documental sustentada na leitura de leis e julgados envolvendo a matéria. O método adotado será o dedutivo.

1 Desconsideração da personalidade jurídica no ordenamento jurídico brasileiro

Inicialmente, é relevante discorrer, ainda que de maneira breve, acerca da desconsideração da personalidade jurídica com enfoque histórico no Direito Pátrio Brasileiro.

O primeiro jurista nacional a se dedicar aos estudos do instituto foi o comercialista Rubens Requião,

em meados de 1960. Com o passar dos anos, na medida em que outros doutrinadores também passaram a se interessar pelo tema e a aprimorar o conhecimento acerca da desconsideração da personalidade jurídica, controvérsias obrigaram o Superior Tribunal de Justiça, mediante precedente Recurso Especial n° 279.273/SP, a consagrar a existência de duas teorias a esse respeito, essas advindas de proposições distintas e consagradoras de requisitos de aplicabilidade diversos.

As duas teorias foram denominadas de Teoria Menor e Teoria Maior. A Teoria Menor, ou Objetiva,incide na desconsideração da personalidade jurídica e responsabilização dos sócios pelo simples inadimplemento da obrigação contraída, não estabelecendo qualquer outro requisito. Por outro lado, a Teoria Maior, ou Subjetiva, exige além do inadimplemento da obrigação pela pessoa jurídica, a presença de outros requisitos, como a fraude à lei e o abuso da personalidade jurídica pelos sócios.

O Novo Código de Processo Civil, no entanto, buscou pacificar discussões, estabelecendo como regra processual geral, um procedimento incidental para se efetivar a desconsideração aqui debatida, o qual suspenderá o processo e será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Publico (quando lhe couber intervir no

processo), mediante requerimento que demonstre o preenchimento de pressupostos legais específicos, como o abuso da personalidade jurídica (Teoria Maior). Nesse sentido ASSUMPÇÃO:

> A criação legal de um incidente processual afasta dúvida doutrinária a respeito da forma processual adequada à desconsideração da personalidade jurídica.A desconsideração tem natureza constitutiva, considerando-se que por meio dela tem-se a criação de uma nova situação jurídica. Sempre houve intenso debate doutrinário a respeito da possibilidade de criação de uma nova situação jurídica de forma incidental no processo/fase de execução ou se caberia ao interessado a propositura de uma ação incidental com esse propósito. (ASSUMPÇÃO,2015, p.11122)

A nova regra processual também se preocupou em viabilizar o incidente como cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial. Ainda nos termos do Código de Processo Civil, *"Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 dias."*.

É importante mencionar que o instituto processual objeto deste trabalho somente será aplicado quando a

personalidade jurídica da empresa criar empecilhos dificultando uma composição amigável, por assim dizer. Nesse sentido discorre Didier:

> Aplica-se a teoria da desconsideração, apenas, se a personalidade jurídica autônoma da sociedade empresária colocar-se como obstáculo à justa composição dos interesses; se a autonomia patrimonial da sociedade não impedir a imputação de responsabilidade ao sócio ou administrador, não existe desconsideração . Uma regra geral que atribua responsabilidade ao sócio, em certos ou em todos os casos, não é regra de desconsideração da personalidade jurídica. (DIDIER, 2015, p.519)

Outro ponto a se destacar é que o Novo Código de Processo Civil prevê a possibilidade de ocorrência de desconsideração inversa da personalidade jurídica, a qual já era reconhecida pelo STJ, restando pois confirmada pelo legislador. Theodoro Junior assim assevera sobre o assunto:

> Essa modalidade particular de desconsideração atualmente encontra previsão no novo Código de Processo Civil, no art. 133, § 2º, restando, assim, suprida a lacuna do direito material e chancelada a jurisprudência a respeito. A aplicação da desconsideração inversa segue os mesmos requisitos da direta, ou seja, pressupõe abuso de direito, consubstanciado pelo desvio de finalidade da pessoa jurídica ou pela confusão patrimonial. (THEODORO JUNIOR, 2015, p. 524)

É de se concluir, portanto, que a nova maneira de se desconsiderar a personalidade jurídica, segundo a regra processual, não mais depende de processo específico, mas exige um pedido incidental e a citação do sócio para defender-se, aparentemente antes mesmo de efetivada eventual constrição de bens do particular.

2 Teoria menor e sua aplicação no direito processual do trabalho

Em que pese a legislação processual do trabalho ser omissa quanto à aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, tal omissão nunca foi obstáculo para que a medida fosse vastamente utilizada pela jurisprudência especializada, sobretudo na fase de execução, principalmente por tratar-se o trabalhador da parte hipossuficiente na relação laboral.

Até então, a jurisprudência trabalhista consagrou a aplicação da Teoria Menor ao processo trabalhista, em especial na fase de execução, bastando haver o inadimplemento do crédito exequendo pela pessoa jurídica e a inexistência de patrimônio de sua titularidade capaz de garantir a execução, para que recaísse sobre o(s) sócio(s) a responsabilidade pela dívida, sem que se exigissem

maiores fundamentos, como a comprovação de fraude à lei ou abuso da personalidade jurídica.

Nesse sentido, levando-se em consideração a aplicação da Teoria Menor da desconsideração da personalidade jurídica no processo trabalhista, foi instituído o Enunciado n° 02, da 1ª Jornada Nacional de Execução Trabalhista, tal como se lê:

> PODER GERAL DE CAUTELA. CONSTRIÇÃO CAUTELAR E DE OFÍCIO DE PATRIMÔNIO DO SÓCIO DA EMPRESA EXECUTADA, IMEDIATA À DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DESTA. CABIMENTO.
>
> Desconsiderada a personalidade jurídica da executada para atingir o patrimônio dos sócios, em se constatando a insuficiência de patrimônio da empresa, cabe a imediata constrição cautelar de ofício do patrimônio dos sócios, com fulcro no art. 798 do Código do Processo Civil (CPC), inclusive por meio dos convênios BacenJud e Renajud, antes do ato de citação do sócio a ser incluído no pólo passivo, a fim de assegurar-se a efetividade do processo.

Destarte, pelo menos até a promulgação da lei nº 13.105/2015, doutrina e jurisprudência trabalhistas se assentaram em consagrar a aplicação da Teoria Menor

(Objetiva) da desconsideração da personalidade jurídica, em homenagem, fundamentalmente, ao princípio processual trabalhista da proteção.

3 Aplicabilidade do incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no Novo Código de Processo Civil ao processo do trabalho

Conforme se leu anteriormente, o regramento processual trabalhista é omisso quanto à previsão de regras para a desconsideração da personalidade jurídica, mas determina a aplicação subsidiária do CPC no que couber a essas omissões, assim como o próprio CPC agora normatiza expressamente.

O incidente de desconsideração da personalidade jurídica, portanto, principalmente em razão da omissão da CLT, deve ser aplicado ao processo do trabalho, nos mesmos termos em que se aplica ao processo civil, no mesmo sentido que o próprio Tribunal Superior do Trabalho cuidou de normatizar em sua Instrução Normativa nº 39.

Ressalta-se que referida Instrução Normativa foi editada pelo TST por ocasião da vigência da Lei nº 13.105/2015, com o escopo de orientar a aplicabilidade do

novo diploma ao processo do trabalho. Nesse sentido, esclareceu, dentre outros temas, que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, previsto pelos artigos 133 a 137 do Novo Código de Processo Civil, é plenamente aplicável ao Processo do Trabalho.

Pode-se justificar esse posicionamento na observância dos preceitos constitucionais máximos, pois o incidente sabidamente sobreveio com o intuito de criar preceitos processuais específicos para a responsabilização dos sócios por dívidas das pessoas jurídicas, materializando as garantias fundamentais do devido processo legal, insculpidas fundamentalmente no contraditório e na ampla defesa, os quais se traduzem pelo artigo 5°, *LIV* e *LV*, da Constituição Federal de 1988.

Entende-se, portanto, que o processo do trabalho deve ser compatível com a nova disposição, pois mesmo em se tratando de um procedimento simplificado e protecionista, não pode se afastar de princípios constitucionais, nem mesmo da expressa previsão legal de aplicação subsidiária e supletiva do processo civil, garantindo também a manutenção da dignidade da pessoa humana e a construção de uma sociedade justa e solidária, tudo isso com o respaldo do devido processo legal, a partir do amplo exercício de defesa.

4 Inaplicabilidade do incidente de desconsideração da personalidade jurídica prevista no Novo Código de Processo Civil às execuções trabalhistas

Apesar de a nova norma processual trazer a previsão expressa do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, com aplicação indicada ao processo do trabalho pelo próprio TST, a jurisprudência atual, farta nos Tribunais Regionais do Trabalho, ainda vem se fundamentando na Teoria Menor, desconsiderando a personalidade jurídica pelo simples inadimplemento, independentemente de requerimento e antes de qualquer manifestação dos demandados, seja da empresa ou do(s) sócio(s).

A justificativa para manutenção da Teoria Objetiva e do procedimento carente de requerimento incidental e de defesa prévia, a princípio, encontra guarida na simplicidade e objetividade do processo do trabalho, em detrimento da maior complexidade e morosidade da norma processual insculpida nos artigos 133 a 137, do Novo Código de Processo Civil. Verifica-se aí um conflito normativo e principiológico que ainda será submetido a um longo debate, o qual tende a se estender até que a jurisprudência vinculante o sedimente.

Fato é que, até mesmo pela prevalência processual trabalhista do princípio da proteção, o novo incidente de desconsideração da personalidade jurídica aparenta certa incompatibilidade com as regras e princípios do processo trabalhista, mesmo que o legislador tenha tentado relacioná-los.

Deve-se entender que existem princípios peculiares ao processo do trabalho que certamente serão afrontados pela aplicação, *ipisisliteris*, do procedimento previsto entre os artigos 133 e 137 do Código de Processo Civil. O princípio basilar nessa estrutura é o da proteção, que atua em respaldo ao princípio constitucional da igualdade, pois coloca os litigantes num mesmo patamar ao tratar de forma diferenciada o reclamante, que é parte hipossuficiente em relação ao reclamado.

Nesse sentido, equiparar direitos na desconsideração da personalidade jurídica seria abrir mão do tratamento diferenciado ao hipossuficiente, desigualando a relação processual entre as partes, tratando desiguais de maneira igualitária, o que é vedado inclusive constitucionalmente.

Ademais, o direito material do trabalho é regido pela primazia da realidade sobre a forma e o processo do trabalho, pela busca da verdade real. A obrigatoriedade de se observar um procedimento engessado como o incidente

do NCPC nada mais faz que sobrepor a forma sobre a realidade e a dificultar a busca da verdade real. Ora, se a realidade processual – depois de instruído o processo, produzidas as provas e apresentada defesa – mostra inevitável a desconsideração, qual a justificativa de novamente se notificar a PJ ou seus sócios sobre suas responsabilizações pessoais, senão meramente a obrigatoriedade formal?

Salienta-se também que o crédito trabalhista não se assemelha ao crédito civil. Na justiça do trabalho não se está trabalhando com patrimônio x patrimônio, mas com vida x patrimônio, na medida em que a verba devida ao trabalhador é necessária para sua subsistência, tratando-se o salário, diretamente, da materialização de um direito social.

Exigir um requerimento incidental expresso, que preencha normas específicas, além de tratar-se de mero formalismo (tal como aclarado alhures), alonga a duração processual, pois suspende o processo e confere mais 08 (oito) dias (já que se trata do geral e maior prazo da Justiça do Trabalho, segundo esclarece a própria IN 39) de inércia da reclamada até sua defesa no incidente, além de abrir oportunidade para que contas pessoais do(s) sócio(s) sejam esvaziadas antes de quaisquer buscas efetivas, representado risco ao resultado útil do processo e à própria

vida do demandante, que poderá deixar de receber verba alimentar, ou no mínimo, recebê-la com maior e injustificada morosidade.

Por fim, o próprio Código de Processo Civil de 2015 pode obstaculizar a aplicação de seus artigos 133 a 137 ao processo do trabalho, na medida em que prima pelos precedentes judiciais e as decisões do próprio TRT3 se assentam de forma estável, íntegra e coerente, pelo menos até a presente data, corroboradas por entendimento predominante do TST, de aplicabilidade plena da teoria menor, sem mencionarem qualquer necessidade de formalizar o incidente de desconsideração, com fundamento tanto no Código de Defesa do Consumidor, quanto no Código Tributário Nacional, tal como se lê:

> EMENTA: DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA DEVEDORA PRINCIPAL. POSSIBILIDADE. A jurisprudência consagra o fenômeno da desconsideração da personalidade jurídica da empresa para responsabilizar seus sócios, gerentes ou não, ainda que minoritários, pelos débitos da sociedade, independentemente da prática ou não de atos faltosos por parte destes. Basta que a personalidade jurídica da sociedade se constitua em obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados ao trabalhador.
>
> VOTO.

[...] LEGITIMIDADE PASSIVA

Aduz a agravante Fazenda Roseira Ltda que é parte passiva ilegítima ao argumento de que não forma grupo econômico com a executada principal, China Autocar Ltda.

Sustenta, outrossim, que a responsabilidade do sócio, no caso de sociedade limitada, restringe-se à sua cota social, não podendo abranger os bens pessoais.

As agravantes Rute Maria de Pasqual Leite Ribeiro e Maria Cecília de Pasqual Leite Ribeiro, por sua vez, invocam o mesmo argumento de responsabilidade limitada dos sócios ao valor da cota social.

Ao exame [...]

Frustrada a execução em face da empresa devedora (f. 673), a sua personalidade jurídica foi desconsiderada com inclusão das sócias supracitadas no polo passivo da lide (f. 674).

[...] É certo que a jurisprudência consagra o fenômeno da desconsideração da personalidade jurídica da empresa para responsabilizar seus sócios, gerentes ou não, ainda que minoritários, pelos débitos da sociedade, independentemente da prática ou não de atos faltosos por parte destes. Basta que a personalidade jurídica da sociedade se constitua em obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados ao trabalhador.

Na hipótese vertente, exauridas as tentativas executórias em face da devedora principal, perfeitamente possível se torna o redirecionamento da execução em face de seus sócios com o propósito de pagar os valores devidos ao empregado (Código

> Civil, art. 50, CDC, art. 28 c/c CTN, art.186).
>
> E, tratando-se da satisfação de direitos trabalhistas, os quais detêm caráter alimentar, posto que destinados à subsistência do trabalhador e de sua família, não há que se falar em limitação da responsabilidade dos sócios à quota parte que possuem na sociedade.
>
> [...] Logo, regular foi o redirecionamento da execução em face das agravantes, as quais devem arcar com o pagamento do crédito trabalhista devido ao exequente.
>
> A presente execução, nos moldes em que está sendo processada, não viola o princípio da livre iniciativa, insculpido no art. 170 da CF, posto que a ordem econômica também tem como pilar a valorização do trabalho humano. Nego provimento. (Acórdão extraído do julgamento do Agravo de Petição TRT3 01553-2013-081-03-00-0-AP. Agravantes: 1) Fazenda Roseira LTDA. 2) Rute Maria de Pasqual Leite Ribeiro 3) Maria Cecília de Pasqual Leite Ribeiro. Agravados: 1) Luiz Paulo da Silva 2) China Autocar LTDA).[18]

Ademais, a desconsideração da personalidade jurídica fundada na teoria menor sequer permite efetiva defesa, pois exige o mero inadimplemento pela pessoa jurídica, sem que se fale em abuso da personalidade, fraude ou algo do gênero. E obviamente o CPC não

[18]Disponível em: http://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/366608022/agravo-de-peticao-ap-1553201308103000-0001553-7320135030081.

revogou essa teoria, assim como não expressou preferência pela teoria maior, motivo pelo qual o incidente mostra-se novamente ofensivo aos princípios processuais do trabalho.

Importante se dizer ainda, mesmo que omissa a CLT, que o atual formato de desconsideração, independente do incidente, não fere o devido processo legal, seja pelos inúmeros justificadores principiológicos acima, seja corroborado pelo Código Tributário Nacional, que é aplicável preferencialmente às omissões na execução trabalhista, ou ainda pela previsão do caput do artigo 2º, da CLT, que atribui à figura do sócio da empresa a responsabilidade decorrente do risco da atividade econômica empreendida.

Conclusão

Todos os princípios específicos do direito e do processo do trabalho foram consagrados no intuito de harmonizar as normas, prevenindo a aplicação de procedimentos desarticulados, tendo em vista que o Direito do Trabalho foi criado para tornar o sistema trabalhista desburocratizado, a fim de assegurar a celeridade, a economia e a eficiência das decisões, em proteção ao trabalhador hipossuficiente.

Esse posicionamento advém desde os tempos primórdios do Direito Processual Trabalhista Brasileiro, conforme defende Luciano Athayde Chaves:

> Naquele momento, o processo comum era mais formalista e profundamente individualista. Esta era a ideologia que orientou a sua construção. Em razão disso, não seria possível à recém-criada Justiça do Trabalho valer-se de um processo comum que não atendia às características sociais do Direito do Trabalho. Por isso, as normas processuais trabalhistas foram instituídas como uma melhoria procedimental em face do procedimento comum, que poderia – como ainda pode – ser aplicado, mas somente em função da melhoria da prestação jurisdicional especializada. (CHAVES, 2009, p. 41/42)

Desta feita, a aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, apesar de possível em razão da omissão da CLT nesse sentido e da obrigatoriedade de aplicação do CPC nesses casos, evidentemente não é viável e contraria princípios específicos que deságuam até mesmo na inobservância de princípios constitucionais.

A desconsideração da personalidade jurídica, além de útil, é indispensável à satisfação de inúmeras execuções trabalhistas, nas quais o patrimônio da

sociedade executada se torna insuficiente para garantir a execução. Assim, é imprescindível o redirecionamento da execução trabalhista aos bens da pessoa natural dos sócios que não pode ser submetida a um formalismo tão exacerbado, em preservação subsistência do empregado.

Não se pode permitir que a construção história do direito e do processo do trabalho, como garantidores eficazes de um direito social, seja agora ameaçada por um procedimento extremamente formal e certamente ineficaz. Sem dúvidas o incidente é benéfico ao processo civil, mas o mesmo não se pode dizer quanto ao processo do trabalho, tal como exaustivamente narrado.

Conclui-se, portanto, pela aparente incompatibilidade do incidente de desconsideração da personalidade jurídica com o processo do trabalho, ainda que previsto pelo TST na IN 39, uma vez que as disposições expressas dos artigos 133 a 137 do CPC de 2015 prevêem a necessidade de iniciativa da parte; a automática suspensão do processo; a atribuição ao credor do ônus da prova quanto à presença dos pressupostos legais que autorizam a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade; a exigência do contraditório prévio; e a existência de recurso autônomo imediato da decisão interlocutória respectiva, conflitando diretamente com princípios trabalhistas específicos, como por exemplo do

impulso oficial, da celeridade, da efetividade, da proteção e da primazia da realidade sobre a forma, dentre outros.

Referências

BRASIL. *Presidência da República Federativa do Brasil.* Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em 26 ago. 2017.

BRASIL. *Presidência da República Federativa do Brasil.* Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 26 ago. 2017.

BRASIL. *Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região.* Disponível: http://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/366608022/agravo-de-peticao-ap-1553201308103000-0001553-7320135030081. Acesso em 26 ago. 2017.

BRASIL. *Tribunal Superior do Trabalho.* Disponível: http://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fe. Acesso em 26 ago. 2017.

CHAVES, Luciano Athayde .*Aplicação e Integração do Direito Processual do Trabalho.* Curso de Processo do Trabalho. São Paulo: LTr, 2009

CLAUS, Ben-Hur Silveira. *O incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no CPC 2015 e o Direito Processual do Trabalho.* Disponível: http:// www.enamat.gov.br/wp-content/uploads/2015/11/TD14_Ben_Hur_Silveira_Claus_4 _O-incidente-de-desconsidera%C3%A7%C3%A3o-da-personalidade-jur%C3%ADdica-previsto-no-novo-CPC.pdf. Acesso em 14 ago. 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil:* introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. Ed., Salvador: Jus Podium, 2015

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 7. ed., São Paulo: Método, 2015

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil:* Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. Vol. I. 56. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015

O *AMICUS CURIAE* NO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE – DEMOCRATIZAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

AMICUS CURIAE IN THE ABSTRACT CONTROL OF CONSTITUTIONALITY - DEMOCRATIZATION OF THE CONSTITUTIONAL JURISDICTION

Maria Teresinha de Castro
Bruno Barbosa de Oliveira

RESUMO

O presente artigo destina-se ao estudo do *amicuscuriae* no controle abstrato de constitucionalidade brasileiro, como importante instrumento de regulação nos modernos Estados de Direito, e tem como objetivo a preservação da Lei Maior e em consequência do ordenamento jurídico constitucional.Além disso, a participação dos *amiciscuriae* no controle abstrato de constitucionalidade possibilita a pluralização dos debates na medida em que exercem importante papel como auxiliares dos juízes com informações e conhecimentos, erigindo os valores da democracia, da soberania popular e do contraditório à condição de pilares do Estado brasileiro, além da democratização do exercício da função jurisdicional.

Palavras-chave: *Amicuscuriae*; Participação; Controle abstrato de constitucionalidade; Legitimação das decisões; Democratização da jurisdição constitucional.

Abstract

This article aims to study the amicus curiae in the abstract control of Brazilian constitutionality, as an important instrument of regulation in modern states of law, and has as its objective the preservation of the Major Law and as a consequence of the constitutional legal order. In addition, the participation of *amicis curiae* in the abstract control of constitutionality allows the pluralization of the debates insofar as they play an important role as judges' auxiliaries with information and knowledge, erecting the values of democracy, popular sovereignty and the contradictory to the condition of pillars Of the Brazilian State,

besides the democratization of the exercise of the jurisdictional function.
Keywords:*Amicus curiae*; Participation; Constitutionality abstract control; Legitimation of decisions; Democratization of the constitutional jurisdiction

INTRODUÇÃO

Busca-se através do presente artigo estudar a figura do *amicuscuriae*, sem esgotar o seu conteúdo, mas restringindo à sua análise às ações de controle abstrato de constitucionalidade. Visa abordar a importância da participação/atuação dos *amiciscuriae* nas ações de controle abstrato de constitucionalidade, como peças fundamentais no processo de interpretação da Constituição por parte do Supremo Tribunal Federal, na busca de demonstrar que essa figura confere ao processo constitucional um caráter pluralista e aberto, fundamental para o reconhecimento de direitos e garantias constitucionais no Estado Democrático de Direito, tornando o processo constitucional de controle de constitucionalidade mais democrático e participativo, dando assim maior legitimação social ás decisões do Supremo Tribunal Federal.

Busca se analisar a participação/atuação dos *amiciscuriae* nas ações de controle abstrato de constitucionalidade como peças fundamentais no processo de interpretação da Constituição por parte do Supremo

Tribunal Federal, na busca de demonstrar que essa figura confere ao processo constitucional um caráter pluralista e aberto, fundamental para o reconhecimento de direitos e garantias constitucionais no Estado Democrático de Direito, tornando o processo constitucional de controle de constitucionalidade mais democrático.

O presente estudo tem como marco teórico a Constituição Federal de 1988, e foi desenvolvido a partir de uma pesquisa teórico-bibliográfica, a partir de livros e julgados referentes ao tema proposto.

Utilizou-se do método dedutivo-indutivo, partindo de uma concepção macro analítica, qual seja aborda a possibilidade de participação do *amicuscuriae* nos processos judiciais de forma geral, para em seguida delimitar o estudo em uma perspectiva micro analítica, que é a participação do *amicuscuriae* nas ações de controle abstrato de constitucionalidade.

Em relação ao procedimento técnico utilizado, enfoca-se uma análise temática, buscando abordar os eixos temáticos de cada tópico desenvolvido dialogando cada um desses pontos com o tema central. Abordar-se-á ainda uma análise crítica no sentido de buscar responder se de fato nos dias atuais está havendo uma efetiva participação do *amicuscuriae*nas ações de controle abstrato de constitucionalidade, e o que precisa ser implementado para

que o direito à participação desse instituto seja garantido no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em nome de uma sociedade pluralizada e em busca da promoção da democratização do debate nessas ações.

2. *AMICUS CURIAE*: A PLURALIZAÇÃO E DEMOCRATIZAÇÃO DO DEBATE NAS AÇÕES DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

A participação do *amicuscuriae*no controle abstrato ou concentrado de constitucionalidade vem ganhando cada dia mais espaço, dado que no Brasil a intervenção dessa figura no controle de constitucionalidade é visto como instrumento que proporciona o exercício da cidadania e a democratização do controle concentrado das normas.

De acordo com Costa (2012, p.242):

> Instituído no sistema common law, o instituto do *amicuscuriae* advém do direito norte-americano e foi concebido dentro de uma sistemática de controle difuso de constitucionalidade, razão essa causa uma certa complexidade, sob o ponto de vista teórico e pragmático, quando de pretende compreendê-lo e aplicá-lo no sistema concentrado de constitucionalidade no Brasil.

O *amicuscuriae* tem como papel fundamental legitimar as decisões judiciais, através de uma fiscalização abstrata acerca do enquadramento de determinadas normas aos preceitos constitucionais ou mediante fornecimento de elementos informativos – inclusive dados técnicos – sobre temas imprescindíveis à resolução de determinadas controvérsias.

Nesse contexto de valorização da participação do *amicuscuriae*é que o novo Código de Processo Civil, acolhendo o clamor da doutrina, incluiu a intervenção do *amicuscuriae*como uma das modalidades de intervenção de terceiros (art. 138), consolidando o entendimento do Ministro Celso de Mello proferido no julgamento da ADI 2.130 MC/SC.

O *amicuscuriae* contribui com seus conhecimentos técnicos e especializados sobre o assunto tema de debate constitucional, trazendo aos juízes informações salutares para o entendimento do caso, garantindo às suas decisões maior legitimidade social.

Nos ensinamentos de Costa (2012, p. 243):

> O cognominado "amigo da corte" é considerado uma parte convidada pelo julgador a integrar a relação processual, com interesse na boa solução da causa, ressaltando-se que sua admissão se pauta essencialmente na necessidade do juiz buscar maior precisão e legitimidade no ato de

> decidir, em virtude da relevância social e do alto grau de expressividade da pretensão coletiva.

A participação do *amicuscuriae* pode ser vista como a democratização do processo de controle de constitucionalidade, permitindo que a sociedade participe e contribua de forma direta para as decisões da Corte Suprema.

Amicuscuriae é, portanto, uma figura que auxilia o órgão julgador com seus conhecimentos e informações salutares ao caso, de forma a pluralizar os debates judiciais.

No presente artigo limitar-se-á à discorrer sobre a atuação e participação do *amicuscuriae* nas ações de controle abstrato de constitucionalidade, os quais constituem peças fundamentais no processo de interpretação da Constituição por parte do STF.

No Brasil, o controle de constitucionalidade é híbrido, formado por uma diversidade de instrumentos processuais que se destinam à fiscalização da constitucionalidade dos atos do poder público e à proteção dos direitos fundamentais inerentes aos cidadãos.

A doutrina e a jurisprudência coloca a intervenção do *amicuscuriae* no controle de constitucionalidade como forma de pluralizar o debate acerca da constitucionalidade

das leis, o que ganhou forças com a CF/88. De acordo com os ensinamentos de Lages (2016, p.196):

> Desta forma, o Modelo Constitucional do Processo brasileiro delineado no marco da Constituição Federal de 1988, aplica-se ao processo de controle concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos, seja na verificação da compatibilidade do seu conteúdo dos mesmos com os dispositivos constitucionais, seja no controle das condições do processo legislativo democrático.

Para a autora supra mencionada, são aplicáveis às ações de controle concentrado de constitucionalidade os princípios do contraditório, da ampla defesa, da publicidade, da fundamentação das decisões, do juiz natural, além de outros (LAGES, 2016, p. 205).

Ainda segundo Lages (2016, p. 197), o caráter contraditório do processo de controle concentrado de constitucionalidade induz ao reconhecimento do seu caráter subjetivo, já que permite aos jurisdicionados a participação e compreensão dos fundamentos da decisão. Para ela, o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que o processo de controle concentrado de constitucionalidade possui natureza objetiva, não se coaduna com o Modelo Constitucional do Processo Brasileiro, capitaneado pela Constituição Federal de 1988.

Segundo a autora, é preciso difundir cada vez mais a ideia de uma interpretação participativa, democrática ao processo de controle concentrado de constitucionalidade, o qual tem por finalidade garantir as condições processuais da legitimidade democrática das leis e dos direitos, infirmando o seu caráter contraditório.

Contraditório, de acordo com Gonçalves (2012, p.103):

> é a garantida da participação, em simétrica paridade, das partes, daqueles a quem se destinam os efeitos da sentença, daqueles que são os interessados, ou seja, aqueles sujeitos do processo que suportarão os efeitos provimento e da medida jurisdicional que ele vier a impor.

Nesse sentido, as Leis 9.868/99 e 9.882/99, admitem a figura do *amicuscuriae* nas ações de controle abstrato de constitucionalidade, com vistas a pluralizar o debate, colocar em prática a adoção do princípio democrático. Trazendo à lume importante trecho do voto do Ministro Celso de Mello no julgamento da ADI 2.130 MC/SC, o qual transcreve:

> (...) não só garantirá maior efetividade e atribuía maior legitimidade às suas decisões, mas, sobretudo, valorizará, sob uma perspectiva eminentemente pluralística, o sentido essencialmente democrático dessa participação processual, enriquecida pelos

> elementos de informação e pelo acervo de experiências que o *amicuscuriae* poderá transmitir à Corte Constitucional, notadamente em um processo – como o de controle abstrato de constitucionalidade – cujas implicações políticas, sociais, econômicas, jurídicas e culturais são de irrecusável importância e de inquestionável significação.

Desta feita, admitir a figura do *amicuscuriae* nas ações de controle abstrato de constitucionalidade significa garantir maior efetividade e legitimidade às decisões da Corte Constitucional, valorizando sob uma visão absolutamente pluralística, o sentido essencialmente democrático dessa participação processual, tendo em vista o enriquecimento das decisões da Corte pelos elementos de informação que o *amicuscuriae*poderá levar à Suprema Corte. O *amicuscuriae* tem relevante participação nessas ações pois leva ao caso concreto elementos e informações essenciais à construção da decisão coerente com os anseios sociais, econômicos, culturais e políticos da sociedade em geral, sem que represente interesses próprios ou de uma gama limitada de grupos ou pessoas.

3. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

O controle de constitucionalidade é a verificação feita pelo Supremo Tribunal Federal da compatibilidade entre as leis e os atos normativos com a Constituição Federal.

Quanto ao órgão que exerce o controle de constitucionalidade, temos no Brasil o controle difuso e o controle concentrado.

O controle difuso, repressivo ou também chamado de controle pela via de exceção ou defesa na lição de Lenza (2016, p. 315 e p. 341) é aquele realizado no caso concreto por qualquer juízo ou tribunal do Poder Judiciário, produzindo, em regra, efeitos somente para as partes, sendo a declaração de inconstitucionalidade declarada de modo incidental. Sua origem decorre do caso *Marbury v. Madison*, julgado pela Suprema Corte americana, em 1803, marcada como sendo a primeira decisão na qual a Suprema Corte afirmou o seu poder de exercer o controle de constitucionalidade, ao negar a aplicação de leis, que fossem consideradas inconstitucionais. (BARROSO, 2004, p.10).

No Brasil o sistema de controle difuso foi adotado desde a primeira constituição republicana, em 1891, segundo a qual todos os órgãos do judiciário tinham o

dever de recusar a aplicação de leis que fossem inconstitucionais.

Interessa- nos, no entanto, no presente artigo o estudo do controle abstrato/concentrado de constitucionalidade, o qual será objeto de análise á luz da participação do *amicuscuriae*.

No sistema concentrado ou abstrato, o controle de constitucionalidade é exercido por um único órgão, o Supremo Tribunal Federal (LENZA 2016, p. 342). Foi introduzido no Brasil por influência do direito constitucional austríaco, e a atual Constituição acabou por abordá-lo de forma mais efetiva no ordenamento, compreendendo as seguintes ações: ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade (art. 102, I, "a" CF/88) – Lei 9.868/99, na ADC- Ação Declaratória de Constitucionalidade (art. 102, I, "a", CF/88) também regulamentada pela Lei 9.868/99, na ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (art. 102, § 1º, CF/88) regulamentada pela Lei 9.882/99, na ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (art. 103, § 2º CF/88) regulamentada pela Lei 12.063/2009, e ADI interventiva (art. 36, III, c/c art. 34, VII da CF/88) regulamentada pela Lei 12.562/2011.

É o modelo seguido pelos tribunais constitucionais europeus, e pode também ser denominado

sistema austríaco, já que fora introduzido através da Constituição da Áustria de 1920, e aperfeiçoado através de sua reforma de 1929. Segundo Kelsen (2009, p. 303), em Teoria Pura do Direito,

> Se o controle da constitucionalidade das leis é reservado a um único tribunal, este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como inconstitucional não só em relação a um caso concreto mas em relação a todos os casos a que a lei se refira – quer dizer, para anular a lei como tal. Até esse momento, porém, a lei é válida e deve ser aplicada por todos os órgãos aplicadores do Direito.

O controle concentrado, atribuiu competência exclusiva a um único tribunal - Tribunal Constitucional - para o exercício da jurisdição constitucional, ou seja, para controlar judicialmente a constitucionalidade de leis e atos normativos.

Na valiosa contribuição de Baracho (1984, p.165):

> Ao assegurar a supremacia constitucional, mantém a regularidade do ordenamento jurídico, através do acatamento da hierarquia normativa. Além de tornar possível a garantia do direito objetivo, vela pelos direitos e liberdades fundamentais.

O controle no Brasil que antes era primordialmente difuso, advindo do direito norte-americano, acabou por sofrer influência do sistema austríaco, sendo este o predominante, com diversas disposições constitucionais apontando para este sistema de controle, via de ação, a fim de torná-lo mais efetivo. É o que nos ensina Barroso (2011, p. 286), in verbis:

> No Brasil, o controle de constitucionalidade existe, em molde incidental, desde a primeira Constituição republicana, de 1891. Por outro lado, a denominada ação genérica (ou, atualmente, ação direta), destinada ao controle por via principal – abstrato ou concentrado -, foi introduzida pela Emenda Constitucional n. 16, de 1965, que atribuía a legitimação para sua propositura exclusivamente ao Procurador-Geral da República. Nada obstante, a jurisdição constitucional expandiu-se, verdadeiramente, a partir da Constituição de 1988. A causa determinante foi a ampliação do direito de propositura no controle concentrado, fazendo com que este deixasse de ser mero instrumento de governo e passasse a estar disponível para as minorias políticas e mesmo para segmentos sociais representativos.

Com a Constituição Federal de 1988, o rol de legitimados a propor ação de controle concentrado de constitucionalidade que antes se restringia ao Procurador

Geral da República foi ampliado (artigo 103), bem como nas Leis 9.868/99 e 9.882/99.

É nesse contexto de democratização da participação da sociedade no processo de controle da constitucionalidade das leis que está inserida a figura do *amicuscuriae,* cada vez com maior participação nessas ações.

A doutrina e a jurisprudência coloca a participação do *amicuscuriae* no controle de constitucionalidade como uma forma de pluralizar o debate acerca da constitucionalidade das leis.

Foi a partir da Constituição Federal de 1988, que se deu maior ênfase ao modelo abstrato ou concentrado de constitucionalidade, já que a partir desse marco praticamente todas as controvérsias constitucionais relevantes passaram a ser submetidas ao Supremo Tribunal Federal, para análise da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei em abstrato.

Nesse sentido, as Leis 9.868/99 e 9.882/99, admitem a figura do *amicuscuriae* nas ações de controle abstrato de constitucionalidade, com vistas a pluralizar o debate, colocar em prática a adoção do princípio democrático, de maneira a permitir que outros órgãos ou entidades possam entrar no processo explanando seus

conhecimentos e relevância do caso, que atingirá toda uma sociedade.

O Relator Ministro Celso de Mello, ao proferir seu voto na ADI-MC 2130/SC, sensível a essa interpretação, ressaltou o papel do *amicuscuriae* no controle concentrado de constitucionalidade.

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INTERVENÇÃO PROCESSUAL DO AMICUS CURIAE. POSSIBILIDADE. LEI Nº 9.868/99 (ART. 7º § 2º). SIGNIFICADO POLÍTICO-JURÍDICO DA ADMISSÃO DO AMICUS CURIAE NO SISTEMA DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO DE CONSTITUCIONA-LIDADE. PEDIDO DE ADMISSÃO DEFERIDO. No estatuto que rege o sistema de controle normativo abstrato de constitucionalidade, o ordenamento positivo brasileiro processualizou a figura do amicuscuriae (Lei nº 9.868/99, art. 7º, § 2º), permitindo que terceiros – desde que investidos de representatividade adequada – possam ser admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional. A admissão de terceiro, na condição de amicuscuriae, no processo adjetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional,

> pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais. Em suma: a regra inscrita no art. 7º, § 2º da Lei nº 9.868/99 – que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do amicuscuriae – tem por precípua finalidade pluralizar o debate constitucional.[...] (ADI-MC 2130-SC, Rel. Min. Celso de Mello, j. 20.12.2000, p. 02.02.2001, p. 00145)

Do trecho do julgamento acima, verifica-se que o fundamento da participação do *amicuscuriae* é a possibilidade de conferir maior legitimação social às decisões do STF, em decorrência da pluralização do debate constitucional.

Tanto sob a égide da Lei 9.868/99 quanto da 9.882/99, há a possibilidade de participação do *amicuscuriae* nas ações de controle abstrato de constitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal, seja na Ação Direta de Inconstitucionalidade, na Ação Declaratória de Constitucionalidade, na Arguição de

Descumprimento de Preceito Fundamental, na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão ou na ADI Interventiva. São admitidos nessas ações a depender da relevância da matéria e representatividade do postulante, nos termos do artigo 7º, § 2º da Lei 9.868/99.

Assim, para admissão do ingresso do *amicuscuriae* nessas ações de controle concentrado de constitucionalidade, imprescindível a demonstração da importância da matéria objeto de discussão, o que fica caracterizado pela própria existência da ação, já que se a matéria não fosse importante certamente não estaria sendo objeto de uma ação dessa natureza. Além disso, deve ser demonstrada ainda a necessidade da intervenção do *amicuscuriae* para esclarecer e adicionar elementos que serão fundamentais para a legitimação da decisão.

No que se refere à representatividade do postulante, esta deve estar relacionada à sua finalidade institucional, e não ao interesse individual. Como ensina Scarpinella Bueno (2008, p.504-515):

> O chamado "interesse institucional" autoriza o ingresso do *amicuscuriae* em processo alheio para que a decisão a ser proferida leve em consideração as informações disponíveis sobre os impactos do que será decidido perante aqueles grupos, que estão fora do processo e que, pela intervenção aqui discutida, conseguem dele participar.

> Neste sentido, não há como negar ao *amicuscuriae* uma função de legitimação da própria prestação da tutela jurisdicional uma vez que ele se apresenta perante o Poder Judiciário como adequado portador de vozes da sociedade e do próprio Estado que, sem sua intervenção, não seriam ouvidas ou se o fossem o seriam de maneira insuficiente pelo juiz. A atuação processual do amicuscuriae, como se dá com todos os demais intervenientes, vincula-se umbilicalmente à razão de ser de sua própria intervenção. Considerando que o norte de seu ingresso é o de aprimorar a decisão jurisdicional a ser proferida, levando ao Estado-juiz informações complementares que, de outro modo, não seriam, muito provavelmente, de conhecimento seu, pode ele desempenhar todo e qualquer ato processual que seja correlato ao atingimento daquela finalidade. De nada valeria admitir uma tal intervenção, se não lhe fossem reconhecidos correlatos poderes de atuação processual para justificar e atingir a finalidade que a justifica.

O que enseja a intervenção do *amicuscuriae* no processo é a circunstância de ser legítimo portador de um "interesse institucional", assim entendido aquele interesse que ultrapassa a esfera jurídica de um indivíduo e que, por isso mesmo, é um interesse meta-individual, típico de uma sociedade pluralista e democrática. É a afirmação de que o *amicuscuriae* não atua em prol de um indivíduo de forma

isolada. Ele atua em prol de um interesse coletivo, aquele compartilhado difusa ou coletivamente por um grupo de pessoas e que tende a ser afetado pela decisão.

Nesse sentido a representatividade do *amicuscuriae* direcionado a um fim institucional, prima por atender interesses gerais e coletivos, não servindo para veicular questão de ordem subjetiva ou particular.

Do que se infere ser vasto o rol de legitimados a atuarem como *amicuscuriae* nas ações de controle abstrato de constitucionalidade, bastando que se trate de relevante matéria, em regra revestida de certa complexidade, bem como a demandar certo conhecimento técnico ou especializado acerca da questão, e que represente um grupo de pessoas e de interesses de uma coletividade, que serão atingidos pelo provimento.

Resta no entanto elucidar que apesar da importância e legitimação do *amicuscuriae* nas ações de controle abstrato de constitucionalidade, não raras as vezes a participação dessa figura nessas ações ficam adstritas à discricionariedade dos juízes, que pode ser negada.

Essa negativa pode ser conferida, na ADPF n. 54, cujo Relator Ministro Marco Aurélio de Melo rejeitou o pedido de intervenção dos postulantes como *amicuscuriae*, e franqueou a participação das entidades postulantes em audiência pública, in verbis:

AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - INTERVENÇÃO DE TERCEIRO - REQUERIMENTO - IMPROPRIEDADE. 1. Eis as informações prestadas pela Assessoria: A Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB - requer a intervenção no processo em referência, como *amicuscuriae*, conforme preconiza o § 1º do artigo 6º da Lei 9.882/1999, e a juntada de procuração. Pede vista pelo prazo de cinco dias. 2. O pedido não se enquadra no texto legal evocado pela requerente. Seria dado versar sobre a aplicação, por analogia, da Lei nº 9.868/99, que disciplina também processo objetivo - ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade. Todavia, a admissão de terceiros não implica o reconhecimento de direito subjetivo a tanto. Fica a critério do relator, caso entenda oportuno. Eis a inteligência do artigo 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, sob pena de tumulto processual. Tanto é assim que o ato do relator, situado no campo da prática de ofício, não é suscetível de impugnação na via recursal. 3. Indefiro o pedido. 4. Publique-se. [...] A matéria em análise deságua em questionamentos múltiplos. A repercussão do que decidido sob o ângulo precário e efêmero da medida limiar redundou na emissão de entendimentos diversos, atuando a própria sociedade. Daí a conveniência de acionar-se o disposto no artigo 6º, § 1º, da Lei nº 9.882, de

> 3/12/99. [...] Então, tenho como oportuno ouvir, em audiência pública, não só as entidades que requereram a admissão no processo como amicuscuriae, [...] como também as seguintes entidades [...]

Ao contrário, o Relator Ministro Eros Grau deferiu o pedido de participação de *amicuscuriae*, na ADPF 73 (Recursos à saúde), in verbis:

> DECISÃO: (PET SR-STF n. 87.857/2005). Junte-se. 2. A Conectas Direitos Humanos requer sua admissão na presente ADPF, na condição de *amicuscuriae* (§ 2º do artigo 6º da Lei n. 9.882/99). 3. Em face da relevância da questão, e com o objetivo de pluralizar o debate constitucional, aplico analogicamente a norma inscrita no § 2º do artigo 7º da Lei n. 9.868/99, admitindo o ingresso da peticionária, na qualidade de *amicuscuriae*, observando-se, quanto à sustentação oral, o disposto (...). Publique-se. Brasília, 1º de agosto de 2005. Ministro Eros Grau – Relator.

A conclusão a que se chega é a de que como há a previsão de possibilidade de intervenção do *amicuscuriae* nas outras ações referentes ao controle concentrado de constitucionalidade (ADI e ADC), o entendimento da doutrina e STF é de que na arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) também há a possibilidade de se admitir a atuação da figura do

amicuscuriae, vez que o § 2º do art. 6º da Lei 9882/99 autoriza o ingresso de terceiros interessados no processo, por meio de memoriais e sustentação oral, quando autorizados pelo relator, o que corrobora o entendimento de que é possível a intervenção do *amicuscuriae* na arguição de descumprimento de preceito fundamental. Também na ADO, pela aplicação do artigo 12-E, § 1º da Lei 9.868/99, e na Representação Interventiva, por força do artigo 7º, § 2º da Lei 9.868/99 e artigo 7º, parágrafo único, da Lei n. 12.562/2011 admite-se o *amicuscuriae*.

O que se verifica é a possibilidade de participação do *amicuscuriae* em todos procedimentos de controle abstrato ou concentrado de constitucionalidade, com vistas à pluralização do debate constitucional em torno dessas ações, como forma de dar maior legitimidade social às decisões do STF.

Gilmar Ferreira Mendes juntamente como seu colaborador André Rufino do Vale ao escrever sobre *"O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal"* concluiu que de acordo com o jurista alemão, a participação de diferentes atores no processo constitucional colabora para a integração social, tendo em vista que os sujeitos que estão submetidos às leis, cotidianamente, são também seus intérpretes.

No âmbito legislativo, a Lei n° 9.868/99, ao institucionalizar a figura do amicuscuriae na jurisdição constitucional brasileira, representa um eloquente exemplo da forte influência da doutrina de Häberle que propugna por uma interpretação aberta e pluralista da Constituição.

Na jurisprudência, decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em tempos recentes demonstram a inestimável contribuição de Peter Häberle ao desenvolvimento do direito constitucional no Brasil.

[...]

A propósito, observe-se que Peter Häberle defende a necessidade de que os instrumentos de informação dos juízes constitucionais sejam ampliados, especialmente no que se refere às audiências públicas e às "intervenções de eventuais interessados", assegurando-se novas formas de participação das potências públicas pluralistas como intérpretes em sentido amplo da Constituição.

[...]

Não há dúvida de que a participação de diferentes grupos em processos judiciais de grande significado para toda a sociedade cumpre uma função de integração extremamente relevante no Estado de Direito. Ao ter acesso a essa pluralidade de visões em permanente diálogo, o Supremo Tribunal Federal passa a contar com os benefícios decorrentes dos subsídios técnicos, implicações político-jurídicas e elementos de repercussão econômica que possam

> vir a ser apresentados pelos "amigos da Corte"
> [...]
> Enfim, a admissão de amicuscuriae confere ao processo constitucional um colorido diferenciado, emprestando-lhe caráter pluralista e aberto, fundamental para o reconhecimento de direitos e a realização de garantias constitucionais no Estado Democrático de Direito.

O *amicuscuriae* contribui com seus conhecimentos técnicos, especializados sob o assunto tema de debate constitucional, trazendo aos juízes informações salutares para o entendimento do caso, e de suma importância para a formação do convencimento, possibilitando decisões mais seguras e legítimas.

Na hodiernidade, buscando o pleno exercício da democracia, surge como representante dos interesses de uma coletividade a figura do *amicuscuriae* como instrumento de representação dos interesses desses cidadãos em ações que discutem a constitucionalidade de um determinado tema. Significa a efetivação dos Princípios da Cooperação e Contraditório sob uma nova perspectiva, através do *amicuscuriae* que embora não integre a lide, é chamado pelo juiz ou a pedido próprio é admitido a contribuir com seus conhecimentos no esclarecimento de questões de alta complexidade ou que causa clamor social, que exigem um conhecimento técnico

ou especializado mais acurado sobre o tema em análise. A participação do *amicuscuriae* pode ser vista como a democratização do processo de controle de constitucionalidade, permitindo que a sociedade participe e contribua de forma direta para as decisões da Corte Suprema.

Amicuscuriae é, portanto, uma figura que auxilia o órgão julgador com seus conhecimentos e informações salutares ao caso, de forma a pluralizar os debates judiciais, permitindo ao órgão julgador, quando se fizer necessário, que venha a ter conhecimento de elementos informativos e razões técnicas a serem apresentados pelo *amicuscuriae* na ação de controle abstrato de constitucionalidade, o qual é admitido no processo com o objetivo de auxiliar os juízes na formação da decisão.

Nessa perspectiva, a figura do *amicuscuriae* cumpre importante papel, que a cada dia vem ganhando mais força, de socializar, pluralizar e tornar mais democrático os debates acerca da validade de leis que ocorre no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade. A figura do*amicuscuriae* materializa o princípio constitucional do contraditório, previsto no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, na medida em que acresce ao debate em torno das ações de controle abstrato de constitucionalidade esclarecimentos úteis e

especializados ao julgamento dessas ações, que constituem verdadeiras formas de operacionalização da Constituição no âmbito do Estado Democrático de Direito.

CONCLUSÃO

O presente estudo buscou elucidar a importância da participação do*amicuscuriae*nas ações de controle abstrato de constitucionalidade, como forma de propiciar a representação da sociedade como um todo nos debates constitucionais, e como forma de enaltecer o Estado Democrático de Direito, através da pluralização e democratização do debate constitucional em torno de diferentes questões de interesse de uma coletividade, como forma de dar maior legitimidade social às decisões do STF

O entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal tem caminhado no sentido de cada dia mais admitir a participação do *amicuscuriae* em questões relevantes, e como forma de legitimação social de suas decisões de caráter *erga omnes*.

Nessa perspectiva, a figura do *amicuscuriae* cumpre importante papel, de socializar, pluralizar e tornar mais democrático os debates acerca da validade de leis que

ocorre no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade.

Foi possível verificar que a figura do *amicuscuriae*vem ampliando seu espaço na jurisdição pátria e, consequentemente, tem recebido maior atenção da doutrina e da jurisprudência, por constituir importante instrumento de abertura do debate constitucional, de participação e de democratização das decisões. Vem se revelando como uma primorosa experiência de democratização dos debates em torno das ações de controle concentrado de constitucionalidade. Essa pluralização dos debates em torno das questões constitucionais levadas à apreciação da Suprema Corte Constitucional vem ao encontro da teoria capitaneada por Peter Härbele, denominada *Teoria da interpretação constitucional aberta*, propiciando a participação popular através do *amicuscuriae* nas ações de controle abstrato de constitucionalidade, fazendo com que o processo constitucional ganhe um caráter pluralista e aberto, fundamental para o reconhecimento de direitos e a realização de garantias constitucionais no Estado Democrático de Direito.

Reconhecendo a importância dessa figura foi que o Supremo Tribunal Federal passou a admitir a atuação por parte do *amicuscuriae*, que tem exercido importante papel,

especialmente após a edição da Lei 9.868/99 nas ações de controle concentrado de constitucionalidade de forma geral, sem contudo alcançar a almejada participação, tendo em vista que ainda nos dias atuais ainda são negadas as suas atuações, cuja admissão fica condicionada à discricionariedade do relator, carecendo de uma legislação mais abrangente e específica que garanta a sua efetiva participação em ações desta natureza junto ao STF.

Verificou-se, que embora seja perceptível uma maior amplitude na participação/atuação dos *amiciscuriae* nas ações de controle abstrato de constitucionalidade, para que tal instituto cumpra de fato a sua função precípua que é representar as vozes e anseios de uma sociedade civil, faz-se necessária uma melhor regulamentação acerca desse instituto, com a definição de critérios objetivos e poderes processuais bem delimitados que definam suas atuações, coibindo dessa maneira que suas participações fiquem adstritas ao poder discricionário dos juízes ou relatores dos processos de controle de constitucionalidade.

REFERÊNCIAS

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

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro:** exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1726_paginador.pdf>. Acesso em 12/07/2017.

BRASIL. **Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em 10/01/2017.

BRASIL. **Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9882.htm>. Acesso em 10/01/2017.

BRASIL. **Lei n. 12.562, de 23 de dezembro de 2011**. Regulamenta o inciso III do art. 36 da Constituição Federal, para dispor sobre o processo e julgamento da representação interventiva perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12562.htm>. Acesso em 10/01/2017.

BRASIL. **Lei n. 12.063, de 27 de outubro de 2009.** Acrescenta à Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, o Capítulo II-A,que estabelece a disciplina processual a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12063.htm>. Acesso em 10/01/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 2130 SC**. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14819112/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2130-sc-stf>. Acesso em 12/07/2017.

BRASIL. **Lei n. 13.015, de 16 de março de 2015**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 12/07/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Questão de Ordem na arguição de descumprimento de preceito fundamental: ADPF 54 DF.** Disponível <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14738666/questao-de-ordem-na-arguicao-de - descumprimento - de - preceito - fundamental-adpf-54-df/inteiro-teor-103124177?ref=juris-tabs#>. Acesso em 13/01/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descrumprimento de preceito fundamental: ADPF 73 DF**. Disponível em <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14777120/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-73-df-stf>. Acesso em 13/01/2017

BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicuscuriae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAPPELLETTI Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre. Sergio A. Fabris, Editor, 2ª Ed. Porto Alegre:1992.

COSTA, Fabrício Veiga. **Mérito Processual** – A Formação Participada nas Ações Coletivas. Arraes Editora. Belo Horizonte: 2012.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. 2ª ed. (2ª tiragem) Belo Horizonte, Del Rey, 2012.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a Interpretação Pluralista e "Procedimental" da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

LAGES, Cintia Garabini. **O caráter objetivo dos procedimentos de controle concentrado de constitucionalidade: análise da sua legitimidade**. VirtualBooks Editora, 2016.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 20ª ed. rev., atual. eampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. Estudos de direito constitucional. 4.ed. rev. e ampl.- São Paulo:Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira com a colaboração de André Rufino do Vale. **O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**.

Disponível em < http://www.conjur.com.br/2009-abr-10/pensamento-peter-haberle-jurisprudencia-supremo-tribunal-federal> Acesso em 24/07/2017.

O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Thamara Estéfane Martins Balbino
Denise Maria Soares

RESUMO

O Princípio da Segurança Jurídica ocupa destaque no Direito contemporâneo diante da necessidade de alcançar uma maior previsibilidade além de isonomia e estabilidade frente a cada decisão judicial proferida. Nesse compasso, o Processo Coletivo há muito deixou de ser simplesmente um meio para ingressar em juízo, assumindo um escopo social diante da possibilidade de promover e alcançar direitos fundamentais. O artigo busca saber como fica a segurança jurídica quando analisada diante do sistema coletivo e do NCPC. Para tanto, utilizou-se o método de pesquisa dedutivo através de pesquisa bibliográfica como fonte para formação dos postulados defendidos.

Palavras-chave: Segurança Jurídica; Previsibilidade, Isonomia; Estabilidade; Direitos Fundamentais; NCPC

ABSTRACT

The Principle of Legal Security occupies prominence in contemporary law in the face of the need to achieve greater predictability beyond isonomy and stability in the face of every judicial decision handed down. At this point, the Collective Process has long since ceased to be simply a means to enter into court, assuming a social scope in the face of the possibility of promoting and achieving fundamental rights. The article seeks to know how legal security is when analyzed before the collective system and the NCPC. For that, the method of deductive research was

used through bibliographical research as a source for the formation of the defended postulates.

Keywords: Legal Security; Predictability, Isonomy; Stability; Fundamental rights; NCPC

1 INTRODUÇÃO

A segurança jurídica é hoje reconhecida como um princípio de importância jurisdicional e social sendo imperioso analisá-la frente ao contexto em que se insere. Numa sociedade marcada pelo dinamismo onde vários aspectos permanecem em constante modificação é importante que se mantenha, dentro do possível, um mínimo de previsibilidade e estabilidade diante de alguns quesitos acerca dos quais se pretende resguardar um grau satisfatório de segurança.

Dessa forma, é impossível falar desse princípio sem antes relacioná-lo com o ambiente em que o mesmo se desenvolve e que certamente contribui decisivamente para a sua forma de concepção e também para o modo através do qual ele se revela a todos nós.

Sob essa perspectiva, o constante aumento da produção em todos os níveis bem como o crescente desenvolvimento das relações socioeconômicas travadas na sociedade atual fizeram com que paulatinamente as

demandas judiciais também passassem a se multiplicar como uma decorrência inerente a esses fatores.

Éinquestionável que a sociedade atual é fortemente marcada por uma massificação das próprias relações jurídicas e que se mostram, por sua vez, semelhantes ou até mesmo idênticas. Alguns reflexos acabam inevitavelmente surgindo desse contexto produzindo suas marcas também no campo jurídico que passa por uma multiplicação de processos onde muitas vezes observa-se idênticas questões fáticas ou jurídicas.

Dentro desse cenário, como forma de resposta a essas demandas repetitivas e como forma de fortalecer o princípio da segurança jurídica, o Novo Código de Processo Civil (NCPC) buscou trazer mecanismos que fortalecessem esse objetivo.

Mais que um instrumento de previsibilidade e estabilidade, a segurança jurídica avançou suas bases para se tornar também um dos princípios mais relevantes do ordenamento jurídico pátrio através do qual se permite exercer um controle sobre as decisões perpetradas.

Percebe-se nesse ínterim que uma sociedade complexa como a que vivemos, também almeja pela concretização de direitos e garantias constitucionais e nesse sentido o processo acaba sendo visto como um meio para se viabilizar o alcance de tais anseios haja vista que

embora enfrente alguns problemas, houve de outro lado uma democratização do acesso à justiça como instrumento para permitir a obtenção de tais prerrogativas.

Entretanto, paradoxalmente, se por um lado representa respostas, por outro, o cenário crescente de litígios repetitivos gera também descontentamento para essa mesma sociedade que inevitavelmente sofre com problemas de morosidade uma vez que o acúmulo de processos acaba impedindo uma prestação jurisdicional célere.

É justamente sobre esse campo que o presente artigo pretende lançar luz, demonstrando de que forma se relacionam o princípio da segurança jurídica dentro do Novo Código de Processo Civil.

Esse estudo parte então de uma breve discussão sobre a segurança jurídica e tem por objetivo analisar esse princípio a partir das alterações propostas pelo NCPC, discutindo a possibilidade de se alcançar uma maior certeza diante desse cenário que ao mesmo tempo em que utiliza demandas para concretizar direitos e satisfazer os anseios de justiça, acaba por mostrar efeito perverso ocorrido em razões de decisões conflitantes e um sistema que pelos moldes tradicionais mostra-se cada vez mais inviável de se sustentar satisfatoriamente.

2 O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Antes mesmo de trazer a definição em espécie do princípio da segurança jurídica, imprescindível falar em que consiste o princípio jurídico quando analisado de um modo geral.

No caso específico da segurança jurídica não é tarefa fácil identificar seu surgimento a nível histórico muito embora possa-se dizer, de acordo com Canotilho, que a ideiade segurança no campo jurídico surgiu da necessidade humana de se obter alguma certeza, sem variações ou mudanças no decorrer do tempo, de forma a coordenar e organizar a vida social (CANOTILHO, 2002, p. 257).

Deve-se também considerar que por se tratar de uma cláusula aberta, o seu conceito enquanto princípio é indeterminado, o que significa que não é possível estabelecer de forma unívoca o seu significado embora seja perfeitamente possível a sua compreensão.

Válido destacar que essa indeterminação não é uma particularidade da segurança jurídica, uma vez que é característica dos princípios serem cláusulas abertas, o que vez ou outra pode causar alguma dificuldade na sua

demarcação exata. Assim, os princípios são, na verdade, mais facilmente sentidos do que conceituados.

Nessa linha é válido asseverar que, na prática, a segurança jurídica concede aos indivíduos a garantia necessária para o desenvolvimento de suas relações sociais encontrando no Direito, dentro do possível, a certeza da consequência dos atos praticados.

Dentro dessa direção, o Direito Processual igualmente caminha ao lado da segurança jurídica, exercendo uma inegável influência enquanto instrumento jurídico que tem o condão de possibilitar a realização do direitomaterial agindo também como mecanismo de pacificação social ao solucionar os litígios que vierem a surgir, estabilizando assim as relações sociais.

Prosseguindo no objetivo proposto, conceitua-se mais precisamente a segurança jurídica como a garantia da exigibilidade de direito determinado, estável e previsível, devidamente justificado e motivado com objetivo primordial de concretização daquilo que se compreende como justiça.

Corroborando o disposto acima,Canotilho assim discorre sobre a segurança jurídica de modo amplo ao dizer que:

> O indivíduo tem como direito poder confiar em que aos seus atos ou às

> decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas por esses atos jurídicos deixados pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico poderes (CANOTILHO, 2002, p. 257).

Desta feita, diante das considerações trazidas acima, tem-se que o princípio da segurança jurídica tem por escopo balizar as relações jurídicas no campo processual trazendo previsibilidade e estabilidade na maior medida do possível às decisões proferidas.

Nesse compasso, alguns institutos trazidos pelo NCPC acabam tendo como um dos objetivos servirem como um importante instrumento de concretização desse princípio e é justamente sobre esse assunto que será o objeto do tópico a seguir.

3 A MASSIFICAÇÃO DAS DEMANDAS NO DIREITO PÁTRIO

Com o aumento do desenvolvimento e potencialização das relações jurídicas na sociedade contemporânea, inúmeras foram as consequências verificadas, dentre as quais se destaca, inclusive, o aumento de demandas que emergiram desse cenário.

Não apenas multiplicaram-se as demandas, como também elas passaram a ter características comuns, fazendo com que houvesse multiplicação de processos praticamente idênticos em seus aspectos fáticos ou jurídicos.

Sabe-se, contudo, que por mais que o processo hoje seja visto como um instrumento para concretização de direitos, sua finalidade deixou de ser estritamente individual para atingir também um cunho social, devendo ser visto em toda a conjuntura que o envolve.

Nessa perspectiva, há que se considerar ainda os custos operacionais de cada demanda, o trabalho direcionado para o seu deslinde e o impacto que essa multiplicação de processos semelhantes têm sobre os cofres públicos.

Sob esse enfoque, é importante que se pense alternativas para atendimento dessas questões uma vez que o modo de se resolver o processo da maneira clássica e individualista acabou se mostrando insuficiente.

Necessário nesse ponto, esboçar uma compreensão sistemática e adequada do direito processual enquanto instrumento para a tutela de direitos que envolvem toda uma coletividade.

Para iniciar essa compreensão, imprescindível partir de uma diferenciação muito pertinente acerca da

compreensão do processo coletivo. Dessa forma, mostra-se importante distinguir os conceitos para que a defesa de direitos coletivos não seja confundida com a chamada defesa coletiva de direitos, que acabam sendo muitas vezes tratadas erroneamente como se sinônimos fossem.

Nesse sentido, de acordo com Gregório Assagra de Almeida, "o direito processual coletivo é um novo ramo do direito processual, pois possui objeto e método próprios" (ALMEIDA, 2008, p. 22).

Acerca do que foi introduzido acima, pode-se dizer que o Direito Processual Coletivo é uma categoria distinta no campo processual, com singularidades procedimentais que o permitem se diferenciar do processo individual ou de uma mera defesa coletiva de direitos.

Há de se ressaltar que no Brasil, os direitos coletivos em sentido amplo são divididos em difusos, coletivos (em sentido estrito) e individuais homogêneos.

Pertinente ressaltar a esse respeito que, embora a Constituição tenha trazido na norma do artigo 129, III, a referência dos direitos difusos e coletivos, foi o artigo 81 do Código de Defesa do Consumido.

> *Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.*
> *Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:*

> *I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;*
> *II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;*
> *III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.* (CDC, 1990)

Desta feita, após a conceituação trazida pode-se dizer em suma que, no caso de direitos difusos não há identificação de titulares ou beneficiários, pois, há ausência de vínculo associativo, havendo dessa forma uma massa abstrata de pessoas que são afetadas pelo fato ocorrido.

Lado outro, em relação aos direitos coletivos *stricto sensu* o fato ocorrido atinge um grupo determinado de pessoas, portanto, nesse caso em específico há uma associação, uma organização que torna o direito coletivo, ou seja, um direito que pertence a um grupo ou categoria de pessoas.

Sob esse prisma, há que se dizer que a ação coletiva representa a defesa dos direitos coletivos (em sentido amplo) por via jurisdicional, que é disponibilizada

a determinados entes públicos ou sociais (e o cidadão de forma mais restrita), sujeitos esses que são especificados não apenas na Constituição, como também em legislação infraconstitucional, e, que, portanto, estão aptos para acionar o sistema coletivo.

4 TRATAMENTO DO PROCESSO COLETIVO NO NOVO CPC

Ao partir de uma análise literal acerca da exposição de motivos do novo CPC, pode-se pensar a princípio que não foi tratado o tema específico relacionado ao processo coletivo, haja vista ter sido o mesmo mencionado apenas de forma esparsa.

Há de se considerar que, de fato, não houve menção expressa dos tópicos concernentes à regulação dessa modalidade de processo, o que embora tenha ocorrido de forma justificável diante do contexto jurídico que se desenvolvia, não deixa de representar mais uma tentativa adiada de se regulamentar e simplificar o sistema.

A justificativa mais comumente apontada para essa omissãoconsiste no fato de que simplesmente naquele momento havia alguns projetos de código de processo civil coletivo, com autorias distintas, trazendo propostas para a unificação da normatividade que trata do assunto a partir

de uma sistematização e padronização do sistema único coletivo.

É interessante perceber ademais como essa tratativa do processo coletivo no NCPC é vista por aqueles que se dedicam a falar do assunto. Assim, não raramente há o costume de dizer que em contrapartida ao código de 1973 que trazia uma visão individualista, o Novo Código, não obstante sua omissão, trouxe uma visão coletiva mais bem alicerçada que seu anterior diploma processual.

Ora, há de se dizer que tal diferença de tratamento se justifica até mesmo por uma questão cronológica antes de tudo. Assim, tem-se que de fato, o código de 1973 é individualista não podendo ser concebido de forma diferente até mesmo por ser um código da época onde se verifica que a tutela coletiva ainda não havia sido tratada pelo Direito Pátrio.

Lado outro, o NCPC embora tenha demonstrado maior cuidado com a tutela coletiva, contemplando incidentes que tem o condão em tese de resolver lides repetitivas e tornar as teses dos tribunais vinculantes para os juízos inferiores,

Uma lamentável tentativa barrada no entanto, foi justamente a possibilidade de conversão de ação individual em coletiva, que acabou por ser vetada obstando seu prosseguimento (art. 333, vetado).

A verdade é que, embora se fale numa preocupação acerca da matéria coletiva no CPC de 2015, não se pode fechar os olhos para a ausência de disciplina de maneira satisfatória no respectivo diploma. Sabe-se a esse respeito que embora se apresente justificativas variáveis, é incontestável a principal delas, qual seja: a forte resistência dos congressistas em contemplar adequadamente o tema.

Logo, nota-se que o Novo Código de Processo Civil foi de certa forma foi omisso quanto ao processo coletivo, sendo que neste sentido, o doutrinador TUCCI se manifesta da seguinte maneira:

> O sistema processual de tutela coletiva sempre se articulou de forma autônoma e independente, jamais se imiscuiu no âmbito das ações individuais. Daí, porque totalmente inoportuna e desnecessária a ingerência que seria instituída, no âmbito do processo civil individual, no afã de obter um julgamento que pudesse abranger maior número de interessados, em flagrante afronta ao direito do cidadão, que, confiando na Constituição Federal, procurou advogado e ajuizou demanda própria, sobre a qual sempre teve ampla disponibilidade! (TUCCI, 2015)

Entretanto, embora não se possa deixar de considerar esse fato, há que se dizer que numa análise mais contextualizada, não se pode negar que o NCPC se preocupou com os litígios coletivos, como é possível

observar a partir de alguns institutos trazidos nesta pesquisa.

Outrossim, as remissões feitas à legislação pátria, em especial e ao Código de defesa do consumidor também demonstram a tentativa de fortalecer o sistema coletivo como um todo.

Ademais, pela tratativa do Novo Código visualiza-se também o objetivo de se conferir mais isonomia, celeridade e reforçar a segurança jurídica e que igualmente acabam tendo uma relação umbilical com o sistema coletivo. Como exemplo de tais institutos, pode-se citar a assunção de competência, o IRDR,(incidente de resolução de demandas repetitivas) os recursos repetitivos e súmulas, os quais serão falados mais adiante, já que a relação desses institutos com a segurança jurídica no novo código de processo civil é justamente o núcleo do presente trabalho.

Nesse sentido, um processo coletivo evita que tantos outros, que versem sobre matéria semelhante fática e juridicamente, cheguem ao conhecimento do Poder Judiciário, diminuindo, por sua vez, o número de autos a ser analisado e contribuindo dessa forma para o aumento da celeridade. Evita-se também que surja uma multiplicação de ações cujos custos para os cofres públicos

não raras vezes se mostram maiores que a própria reparação pleiteada.

Além disso, há que se dizer que embora careça de um sistema único que permita interpretações mais claras, a legislação referente ao direito coletivo tanto material como processual, encontra-se presente em todo o ordenamento jurídico brasileiro, com previsões a nível constitucional e infraconstitucional também o que demonstra que mesmo que haja ausência de um código que reúna o conteúdo, ele não deixa de ter a sua densidade.

Sob essa ótica, as tutelas coletivas foram pouco a pouco ampliando sua relevância através de leis esparsas que continuam a ser fonte para compreensão e aplicação do assunto. Nesse sentido, a primeira legislação sobre a temática foi a Lei de Ação Popular (Lei n. 4.717/65), seguida duas décadas depois pela Lei de Ação Civil Publica (Lei n. 7.347/85 e posteriormente pela Constituição Federal de 1988, que consagra a defesa de direitos coletivos a nível fundamental, abrindo caminho para outras leis tais como o Código de Defesa do Consumidor em 1990 (Lei n. 8.072/90).

Nessa perspectiva, pode-se afirmar que há um círculo de integração e complementaridade entre as leis que disciplinam as ações coletivas e seus procedimentos de

modo que não há que se falar em ausência ou falta de densidade normativa.

Assim, uma vez concluídas as considerações acerca da previsão normativa do sistema coletivo no NCPC, o tópico a seguir cuidará de demonstrar individualmente o que representa cada instituto trazido pelo Novo Código na tentativa de resguardar uma maior segurança jurídica e de que forma os mesmos podem contribuir para alcançar esse objetivo no nosso ordenamento.

5 INSTITUTOS TRAZIDOS PELO NOVO CPC PARA O AUMENTO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Um dos grandes objetivos que inspiraram a feitura do Novo Código de Processo Civil, foi justamente conferir uma maior celeridade ao sistema jurisdicional, bem como privilegiar e assegurar princípios fundamentais da lei processual civil, como por exemplo, os princípios da igualdade, da efetividade e da segurança jurídica.

Na justificativa do novo código, houve uma crítica incisiva à jurisprudência desigual, seja em relação aos jurisdicionados que comumente acabam sendo tratados de forma diferente em situações substancialmente idênticas ou muito semelhantes, seja em relação àqueles que

projetaram sua situação sedimentada no entendimento dos tribunais e viram o seu direito não acompanhar o antigo entendimento. Outrossim, além dos deveres de uniformidade e estabilidade inseridos no projeto, incluiu-se também os importantes deveres de integridade e coerência a fim de que justamente pudesse ser fortalecido o princípio da segurança jurídica.

Como exemplos a serem citados, há que se dizer que o art. 489 do NCPC ao estabelecer os requisitos específicos para a fundamentação das decisões judiciais, exigiu a exposição dos fundamentos determinantes na invocação de precedentes ou enunciados de súmula, exatamente para que se demonstre que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos. No mesmo sentido, o inciso VI do referido artigo requereu também a observância das súmulas, jurisprudência ou precedentes invocados pela parte bem como sua justificativa pertinente nos casos de sua não aplicação.

Ainda no quesito segurança jurídica, o novo CPC inovou positivamente ao exigir e valorizar os requisitos de estabilidade, integridade e coerência na formação da jurisprudência brasileira (art. 926), prevendo a enunciação de súmulas pelos tribunais, correspondentes à sua jurisprudência dominante.

Nessa perspectiva, o novo Código estabeleceu de forma expressa que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (art. 926). Ou seja, os tribunais não devem permitir divergências internas sobre questões jurídicas idênticas, como se cada juiz, desembargador ou turma julgadora não fizesse parte de um sistema.

Essa noção de *integridade* e *coerência*, por sua vez, evidencia que casos semelhantes devem ser decididos sob a ótica da igualdade, prestigiando dessa forma os princípios que foram aplicados nas decisões anteriores.

Em resumo, deve existir um processo interpretativo na hora de tomada das decisões que leve em conta a força normativa da Constituição e sobretudo prestigie a segurança jurídica, conferindo unidade ao direito e assim afastando as brechas para condutas perniciosas e arbitrárias que possam permear as decisões judiciais.

Em conjunto com o dever de edição de enunciados de súmula acresceu-se que os enunciados devem ser editados conforme as circunstâncias fáticas dos precedentes que autorizaram sua criação, o que demonstra ser sendo de grande valia na medida em que evita que a súmula seja elaborada de forma excessivamente abstrata.

Outra inovação relevante no sentido de se obter segurança jurídica, trata-se da inclusão no NCPC do instituto do incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 976), que busca justamente unificar o entendimento dos tribunais a respeito de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão de direito, bem como, destaca-seoutra importante utilidade na medida em que minimiza o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. Além desses aspectos positivos, há de se dizer também que o referido incidente agiliza consideravelmente a decisão de processos semelhantes.

Válido mencionar nesse momento que a adoção do Novo Código de Processo Civil acerca da obrigatoriedade do respeito aos precedentes judiciais deu-se, sobretudo, em razão da atuação dos próprios magistrados haja vista que o primeiro grau de jurisdição muitas vezes acaba se vendo desvinculado de seguir o entendimento do seu respectivo tribunal, quando, de fato, muitas vezes, já há um entendimento consolidado. Isso em razão de que, às vezes, o próprio tribunal por variadas manifestações não respeita ou reafirma o seu próprio entendimento, o que revela a necessidade de se assegurar uma maior vinculação e segurança, com essas inovações trazidas pelo NCPC.

Ao se analisar todo esse contexto, percebe-se que a intenção é mais do quesimplesmentelevar em conta os precedentes, mas pelo contrário, o objetivo primordial é valorizar os precedentes para viabilizar a jurisprudência com mais previsibilidade, estabilidade, na busca da segurança jurídica.

Nesse compasso, os procedimentos trazidos pelo Novo CPC possuem em comum a análise num único julgamento de controvérsias jurídicas que se repetem nos tribunais do país. Assim, Instaurado o IRDR, suspende-se o andamento dos processos individuais e coletivos que tramitam no Estado ou na região. O mesmo ocorre quando há afetação de recurso para análise, do caso, como repetitivo. A decisão proferida em ambos, válida como tese jurídica, deve assim ser observada pelo Poder Judiciário nos processos individuais e coletivos que foram suspensos, bem como em todas as ações futuras.

Embora tecnicamente não se possa definir como ação coletiva, é plausível o caráter coletivo do IRDR e do RR, considerando a possibilidade de se resolver num único processo com força vinculante questões veiculadas em milhares ou milhões de demandas espalhadas pelo Brasil. Assim consta da exposição de motivos do Novo Código de Processo Civil:

> 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. (ANTEPROJETO CPC, 2010, p. 21)

Nesse sentido, o julgamento do IRDR será aplicado obrigatoriamente a todos os processos individuais ou coletivos que tratem da tese decidida, e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive às causas de competência dos juizados especiais.

Prosseguindo na explicação desses institutos, pode-se dizer que o Incidente de Assunção de Competência (IAC, art. 947 NCPC) prevê que, estando em julgamento relevante questão de direito, com grande repercussão social e sem múltipla repetição, poderá o relator do recurso, da remessa necessária ou do processo de competência originária, propor aassunção de

competência para julgá-lo por órgão colegiado que o regimento interno do tribunal indicar.

Constata-se que a pretensão do novo instituto é prevenir ou dirimir controvérsia a respeito da matéria, vinculando os membros do tribunal e os juízes a ele submetidos mediante a publicação do respectivo acórdão.

Ressalva-se, porém, que se a questão apresentar múltipla repetição, o incidente adequado é o IRDR, entendido justificável a instauração do incidente e entendido como garantidor de maior segurança jurídica às relações, conforme preleciona Miguel Garcia Medina:

> Trata-se de instituto *sui generis*: plasma-se como incidente, não sendo recurso, nem ação; não serve, diretamente, ao interesse dos litigantes (embora também estes possam pedir sua instauração), mas à concretização da segurança jurídica, evitando instabilidade e proporcionando previsibilidade [...] A solução da questão controvertida interessa aos litigantes, mas, em primeiro lugar, o incidente serve à realização de valores constitucionais, sobretudo o da segurança jurídica (cf. comentário *supra*). Pode até suceder que, em algum momento, o incidente não seja admitido, mas posteriormente surjam circunstâncias que justifiquem sua instauração e julgamento (cf. § 3.º do art. 976 do CPC/2015).(MEDINA, 2015, p. 870/871)

Já no que tange às súmulas vinculantes, essas foram introduzidas com o advento da emenda

constitucional n.45 de 2004, possibilitando que o Supremo Tribunal Federal editasse súmula com caráter vinculante e obrigatório para todo o poder judiciário e também para a administração pública direta e indireta em todas as suas esferas. Nesse sentido, convencionou-se dizer que as súmulas conferem eficácia vertical dos precedentes.

Entretanto, pelo novo Código de Processo Civil, a utilização dos precedentes traz um reforço importante no que se refere à chamada eficácia horizontal ou vinculação horizontal dos precedentes, através da qual objetiva-se extirpar as divergências num mesmo tribunal.

Necessário ressaltar que também há na súmula um instrumento para se conferir segurança jurídica, vez que garante um maior grau de previsibilidade das cortes inferiores uma vez que seu enunciado veicula tanto o judiciário como a administração pública.

Importante asseverar que com essas recentes alterações, os Tribunais Superiores também passaram a contribuir para a segurança jurídica, considerando-se o seu papel de uniformizar a jurisprudência, ao se evitar tantas decisões destoantes sobre a mesma matéria.

Assim, indiscutivelmente, todas essas formas de atuação garantem mais segurança jurídica e igualdade aos jurisdicionados, afiança coerência e integridade ao direito, e, conjuntamente com algumas medidas processuais,

podem incrementar a eficiência jurisdicional, tendo em vista que a ideia de democracia é incompatível com consciências pessoais que muitas vezes são usadas longe de sistemas como esses trazidos pelo Novo Código de Processo Civil.

6 A SEGURANÇA JURÍDICA E O PAPEL DO DIREITO

Na esteira do raciocínio que vem sendo construído até esse ponto, mencionou-se que as relações que se estabelecem hoje e suas respectivas demandas trazem consigo o processo não apenas como um meio de garantia dos direitos previstos no ordenamento jurídico como também de forma colateral uma multiplicação de processos semelhantes onde muitas vezes decisões opostas acabam sendo prolatadas provocando, por conseguinte, uma insegurança jurídica.

Assim, observa-se uma relação paradoxal, onde em busca de se alcançar direitos elencados uma maior segurança com relação a eles, acabaram sendo proferidas decisões absolutamente díspares que expuseram uma situação de preocupante incerteza. Cria-se assim uma relação de instabilidade, pois diante de atuações tão diversificadas fica cada vez mais difícil exercer um

controle efetivo sobre parâmetros de cada decisão perpetrada.

Desta feita, tendo em vista a insegurança que permeia as decisões praticadas, vê-se no Direito uma possibilidade de oferecer resposta que atenda e estabilize na medida do possível os efeitos contrários que por vezes a multiplicação de demandas traz.

Por esse prisma, é necessário sobretudo uma mudança de paradigmas onde aspetos ligados à segurança jurídica passam a ter uma atenção salientada em detrimento de decisões que deixam de considerar o processo como uma parte integrante do todo e que precisa ser harmônico.

Sabe-se que o processo civil desenvolveu-se inicialmente sob bases individualistas, sendo visto basicamente como um meio para se alcançar direitos individuais. A concepção clássica de processo justamente traz essa ideia de realização dos direitos individuais até mesmo pela questão cronológica das leis de processo coletivo que somente foram se fortalecendo paulatinamente após um contexto individual.

Hoje, no entanto, faz-se necessária uma verdadeira mudança de paradigmas acompanhada de ações que corroborem com um processo de mudança de mentalidade. O processo hoje deve sair do lugar comum para

buscar o real objetivo do direito processual coletivo entendido, sobretudo, como instrumento de transformação da realidade social.

Não se admite mais a ideia de um processo desvinculado de sua função social, uma vez que a sua releitura implica uma ótica fraterna onde os interesses sociais são ampliados para se abarcar categorias de interesses que antes permaneciam à margem do sistema.

Sob essa perspectiva, válido colacionar o entendimento abaixo, o qual dispõe que:

> [...] a visão individualista do devido processo judicial está cedendo lugar rapidamente, ou melhor, está se fundindo com uma concepção social, coletiva. Apenas tal transformação pode assegurar a realização dos «direitos públicos» relativos a interesses difusos. (CAPELLETI; GARTH,1988, p. 51)

Nesse compasso de mudanças de paradigmas, o princípio da segurança jurídica adquiriu relevância destacada, em especial, quando expresso na Constituição Federal da Republica de 1988, em seu artigo 3º, I, ao dispor que são objetivos da República Federativa do Brasil, construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Ainda que diante de uma multiplicação de processos sob influência de variadas questões é preciso trazer uma racionalidade que responda e permita menos

decisões destoantes ou ao menos tenham condições de responder a essa situação de instabilidade que se revela, garantindo uma justiça social também no campo processual.

Dessa forma, tendo em vista o dinamismo e a capacidade de resposta com a qual se apresenta, o Direito tem por dever primordial acompanhar e orientar a evolução social, oferecendo respostas que sejam justas e equânimes para todos aqueles que nele se amparam.

Não obstante, deve-se ressaltar que as inovações do NCPC mencionadas aqui representam, ainda que de forma inicial, uma importante manifestação no sentido de ampliar o princípio constitucional do acesso à justiça e consagrar de igual modo um processo civil que atenda às expectativas processo também de cunho social.

Sobretudo, a estreita relação contemplada entre os direitos sociais e a tutela coletiva reforçam essa mudança de paradigmas no campo processual civil com a esperança de que ele finalmente possa ser praticado sob as vivências de um processo previsível, estável e seguro que contemple de igual modo um atuar tão justo como seguro e solidário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Viu-se ao longo do presente trabalho que sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito o processo funciona como instrumento de efetivação de direitos e garantias fundamentais constitucionais.

O processo enquanto instrumento de acesso à jurisdição, não é um direito fundamental exclusivamente de um indivíduo, mas sim de determinados legitimados representando no final das contas toda a sociedade.

Assim, pela luz da Constituição Federal, o processo coletivo é constitutivo de direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, garantidor de direitos fundamentais de participação na construção de decisões judiciais coletivas legítimas, lembrando que com a expressão Estado Democrático de Direito na Constituição de 1988, o constituinte se orientou por uma visão menos individualista de Estado.

Por serem direitos fundamentais, direito individual e direito coletivo, conforme previsão na Constituição Federal de 1988, possuem aplicabilidade imediata, devendo ser garantidos e exercidos na maior medida em que for possível.

Nessa perspectiva, os mecanismos trazidos pelo NCPC mostram-se, em tese, como um importante instrumento para fortalecimento da segurança jurídica, vez que se fossem tratados de forma isolada e individualizada,

pessoas que gozem de uma mesma situação, poderiam ser abrangidas por soluções diversas.

Desta feita, percebeu-se que conferir estabilidade e previsibilidade na medida do possível é tarefa primordial com o objetivo de se evitar decisões opostas em casos semelhantes, sendo também,uma missão desempenhada pelo Direito Coletivo que no Novo Código de Processo Civil trouxe instrumentos que fortalecessem a segurança jurídica.

Entretanto, muito embora a segurança seja um objetivo a ser alcançado de modo incisivo, é preciso aceitar a ideia de que no campo da ciência jurídica, certezas matemáticas não existem, e, muitas vezes, uma determinada variação é o preço que se paga num campo vasto e diversificado como esse.

Portanto, apresenta-se como um desafio do Direito procurar minorar e compensar a insegurança jurídica, sem, contudo, se esquecer de que as variações são inerentes ao próprio sistema jurídico.

Relações jurídicas e segurança são assim conceitos que não apenas se ligam numa relação de interdependência, mas, sobretudo se unem diante de um convite para a reflexão acerca das antigas e das novas práticas onde se permita de fato alcançar um direito

determinado, estável e previsível dentro daquilo que se apresentar como possível.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro* – um novo ramo do direito processual, p. 22.

BRASIL. Congresso. Senado. *Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil*. Disponível em:< http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf> Acesso em: 04 mar. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 mar. 2017.

BRASIL. Lei nº. 8.078 de 11 de setembro de 1990. *Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 04 mar. 2017.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 03 mar. 2017.

CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. *Acesso à justiça***.** Porto Alegre: S. A. Fabris, 1988.
CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 257-266.

MEDINA, J. M. G. *Novo código de processo civil comentado*. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MORAES, F. M. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*: a proteção coletiva do direito alemão para o direito brasileiro. Por Alegre: [s.n.], 2012.

NERY, J. N. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

TUCCI, José Rogério. *Um veto providencial ao Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-mar-17/paradoxo-corte-veto-providencial-cpc. Acesso em: 04 mar. 2017.

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PREVENTIVO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: POSSIBILIDADE E LIMITES

Denise Maria Soares
Thamara Esteféane Martins Balbino

RESUMO

Abusca da segurança jurídica se dá pela publicação de normas jurídicas compatíveis com o texto constitucional, o que também será alcançado para atendimento à supremacia da Constituição da República de 1988. Para tanto, o sistema jurídico brasileiro prevê mecanismos para efetivação desses princípios, por meio de um sistema judicial de controle de constitucionalidade, das leis e atos normativos, trata-se, portanto, do controle repressivo de constitucionalidade que se dá sob duas formas de controle, difuso e concentrado. Constata-se também a possibilidade de se efetivar o controle preventivo de constitucionalidade das leis, a ser manejado pelo poderes constituídos, Executivo, Legislativo e Judiciário. Assim, ambas possibilidades de controle tem por finalidade o atendimento e respeito às normas constitucionais com a finalidade que as leis sejam aprovadas e tragam segurança jurídica àqueles submetidos ao seu comando.
Palavras-chave: Supremacia constitucional; controle preventivo de constitucionalidade; poderes constituídos, segurança jurídica.

RESUMEN

La búsqueda de la seguridad jurídica se da por la publicación de normas jurídicas compatibles con el texto

constitucional, lo que también será alcanzado para atender la supremacía de la Constitución de la República de 1988. Para ello, el sistema jurídico brasileño prevé mecanismos para la efectividad de esos principios, por medio de un sistema judicial de control de constitucionalidad, de las leyes y actos normativos, se trata, por lo tanto, del control represivo de constitucionalidad que se da bajo dos formas de control, difuso y concentrado. Se constata también la posibilidad de que se efectúe el control preventivo de constitucionalidad de las leyes, a ser manejado por los poderes constituidos, Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Así ambas posibilidades de control tienen por finalidad la atención y respeto a las normas constitucionales con la finalidad que las leyes sean aprobadas y traigan seguridad jurídica a aquellos sometidos a su mando.

Palabras clave: Supremacía constitucional; control preventivo de constitucionalidad; poderes constituidos, seguridad jurídica.

1 INTRODUÇÃO

Com o objetivo de se garantir a rigidez constitucional e a supremacia da Constituição da República de 1988, o sistema jurídico brasileiro prevê mecanismos para efetivação desses princípios.

A garantia da supremacia da constituição, via de regra, é realizada por meio de um sistema judicial de controle de constitucionalidade, das leis e atos normativos, denominado controle repressivo, e caracteriza-se pela adoção de duas formas de controle, difuso e concentrado.

No controle difuso, terá legitimidade para seu questionamento, qualquer parte, e, será apreciado por qualquer magistrado, em caráter incidental, uma vez que a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal não será o objeto principal da ação, e terá, efeito entre as partes.

No controle concentrado, são legitimadas constitucionais, as autoridades previstas no artigo 103 da Constituição República de 1988, e, ao contrário do controle difuso, a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal será o objeto principal da ação, e terá, efeito erga *omnes,* isto é, efeito contra todos.

Não há previsão expressa de controle preventivo de constitucionalidade das leis. Entretanto, os três poderes estatais, Executivo, Legislativo e Judiciário têm legitimidade para realizar essa modalidade de controle de constitucionalidade.

Quanto à proposição, e ao conteúdo dos projetos de leis, o Poder Executivo e o Poder Legislativo poderão realizar o controle de constitucionalidade, sendo que o Poder Executivo o realizará por meio do veto jurídico e o Legislativo analisará a constitucionalidade através da

Comissão de Constituição e Justiça, vinculada a esse Poder, durante a discussão do projeto (proposta) de lei.

Nesse contexto, o Poder Legislativo detém competência para realizar o controle de constitucionalidade preventivo também na hipótese de ausência de relevância e urgência de medidas provisórias, editadas pelo Presidente da República.

E, quanto ao procedimento, o controle de constitucionalidade preventivo poderá ser feito pelo Poder Judiciário, que se será provocado em razão do ajuizamento de mandado de segurança por parlamentar que não concorde com os parâmetros adotados na tramitação do projeto de lei em discussão.

Essa terceira possibilidade (controle de constitucionalidade preventivo), considerando as já citadas modalidades de controle, difuso e concentrado, possibilita a efetivação das garantidas de rigidez e supremacia constitucionais, e, ocorre por meio um controle prévio, por conseqüência, ocorrerá antes da promulgação das normas jurídicas, que será objeto do presente trabalho.

Então, para prevenir situações em que normas jurídicas que contrariem o texto constitucional sejam

publicadas e tragam insegurança jurídica àqueles subordinados a seu comando, o sistema normativo brasileiro prevê o controle preventivo de constitucionalidade, que ocorrerá antes da publicação de lei ou ato normativo federal ou estadual, sendo legitimados nessa modalidade de controle, representantes dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, que será explicitado no decorrer do presente trabalho.

Nota-se que o controle preventivo de constitucionalidade representa importante ferramenta no sentido de que a busca da segurança jurídica seja alcançada, possibilitando que as normas jurídicas sejam aprovadas em conformidade com a Constituição da República de 1988, visando à supremacia da Norma Constitucional.

Constata-se, portanto, a que o sistema jurídico visa à adoção de mecanismos para a efetivação da garantia da supremacia e rigidez constitucionais como forma de se proporcionar obediência à supremacia constitucional.

Investigar o instituto do controle de constitucionalidade preventivo no ordenamento jurídico brasileiro, suas possibilidades e limites, bem como sua importância para a sociedade brasileira, como meio de se

efetivar os princípios constitucionais são objetivos deste trabalho de pesquisa.

Como objetivos gerais, pretende-se identificar em quais hipóteses cada legitimado, Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, por meio de seus representantes poderão atuar no sentido de se buscar a garantia e rigidez constitucionais.

E, como objetivos específicos, a pesquisa concentrar-se-á no caso específico do controle preventivo realizado pelo Poder Judiciário, no âmbito federal, sendo competente para essa atuação, o Supremo Tribunal Federal, e, será objeto principal identificar o limite dessa competência.

Para tanto, foram realizadas pesquisas de jurisprudências publicadas pelo Supremo Tribunal Federal, como critério e análise de processo constitucional dos referidos julgamentos dessas ações, com a análise específica acerca dessa competência.

2 DA METODOLOGIA UTILIZADA

Será utilizada na pesquisa, a Metodologia de Análise de Decisão (MAD), buscando-se, portanto, a identificação de decisões realizadas pelo do Supremo

Tribunal Federal, inerentes ao tema objeto de estudo, proferidas nos últimos anos, que importa em um primeiro momento em uma pesquisa exploratória, sendo realizado um recorte objetivo, e, posteriormente a utilização de procedimento de revisão bibliográfica bem como a leitura e análise das decisões pesquisadas como recorte institucional, em razão da utilização da fonte de pesquisa ocorrer junto à Suprema Corte do País.

3 CONSIDERAÇÕES GERAIS ACERCA DO CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle preventivode constitucionalidade consiste na verificação no sentido de se constatar se o projeto de lei, objeto de discussão pela casa legislativa, está em conformidade com o texto constitucional, como fundamento e obediência à supremacia constitucional.

O próprio sistema jurídico, diante da evolução social, prevê a necessidade de alteração das normas constitucionais, para adequar a legislação vigente aos anseios vivenciados pela sociedade moderna.

Isso porque a supremacia constitucional impõe a necessidade de se observar, a compatibilidade vertical e

material das normas inferiores a serem publicadas, utilizando como referência o comando previsto no texto constitucional.

Pela compatibilidade material, serão analisadas as matérias, objeto de discussão legislativa, que devem obedecer ao comando das normas constitucionais para possibilitar a aprovação da proposta legislativa, em lei, sob pena de se tornar objeto de discussão de inconstitucionalidade, após a entrada em vigor das referidas normas.

A compatibilidade formal permite a análise quanto aos aspectos que envolvam legitimidade para iniciar o projeto de lei, incluindo a análise do *quórum* para discussão e aprovação das leis. Constata-se então que esse procedimento, reflete, portanto, o procedimento de tramitação legislativa.

Tem-se, portanto, que a compatibilidade material e a compatibilidade formal visam à observância dos critérios para aprovação das leis com a finalidade de se buscar a supremacia constitucional e de se garantir a imperatividade das normas jurídicas, com o intuito de se obter legitimidade em razão da aprovação de seu texto.

Para Novelino, (2015, p.187) “A supremacia da constituição impõe a compatibilidade vertical das normas do ordenamento jurídico, fiscalizada por órgãos encarregados de impedir a criação ou manutenção de atos normativos em desacordo com seu fundamento de validade”.

Nesse sentido, manifesta o autor:

> Como os poderes públicos retiram suas competências da constituição, presumem-se agirem de acordo com ela. Esta presunção, embora relativa *(juris tantum)*, desempenha uma função pragmática fundamental para garantir a imperatividade das normas jurídicas, impondo a observância de seus comandos enquanto a inconstitucionalidade não for proclamada pelo órgão judicial competente. No caso das leis, a presunção de constitucionalidade é reforçada pelo controle preventivo exercido não só pelo próprio Poder Legislativo – em especial, por suas comissões de constituição e justiça – mas, também pelo Chefe do Poder Executivo, a quem cabe vetar o projeto de lei considerado inconstitucional (veto jurídico). No âmbito do controle de constitucionalidade, esta presunção se alinha ao princípio democrático para impor ao judiciário uma postura de deferência em relação às escolhas feitas pelo poderes públicos cujos membros foram democraticamente eleitos para definir e implementar as políticas públicas e que, por conseguinte, possuem primazia na conformação dos comandos constitucionais Novelino, (2015, p.187).

Salienta-se que as leis ordinárias e complementares federais ingressam no ordenamento jurídico por meio da sanção presidencial, ou, na hipótese de veto, com a derrubada deste pelo Congresso Nacional.

Se, porém, esse ato normativo tratar-se de emenda constitucional, (artigo 60, inciso I da Constituição da República) a mesma ingressará no ordenamento jurídico com a votação nas duas casas do Congresso Nacional (Câmara dos Deputados e Senado Federal) de no mínimo 3/5 (três quintos) dos votos favoráveis à aprovação do projeto de emenda constitucional (PEC), em cada sessão de votação do respectivo projeto.

Se um ato normativo federal for sancionado e houver contrariedade ao texto constitucional, poderá ser objeto de controle repressivo de constitucionalidade, (artigo 103 da Constituição da República de 1988) a ser efetivado pelo Poder Judiciário, por meio do controle difuso, ou pelo controle concentrado de constitucionalidade.

No controle difuso, terá legitimidade para seu questionamento qualquer parte, e, será apreciado por qualquer magistrado, em caráter incidental, uma vez que a

inconstitucionalidade do referido ato normativo federal, não será o objeto principal da ação.

Tem-se, portanto que a questão sobre a constitucionalidade será apresentada ao Poder Judiciário como fundamento *incindenter tantum,* analisada pelo magistrado na fundamentação da sentença, e não como objeto do pedido, e, terá efeito entre as partes.

Assim, no controle difuso, qualquer juiz detém legitimidade para analisar a questão constitucional apresentada como questão prejudicial, uma vez que a referida questão levada a juízo não consiste na análise da constitucionalidade da lei ou ato normativo federal, esta, sim analisada como questão prejudicial para se possibilitar ao julgador decidir a questão principal apresentada ao judiciário.

Após as decisões de primeira e segunda instâncias, a matéria poderá ser levada à apreciação do Supremo Tribunal Federal por meio de recurso extraordinário nos termos do artigo 102, inciso III, *letra b* da Constituição da República de 1988.

Em ato posterior, isto é, depois do julgamento da matéria em controle difuso pela Suprema Corte, o próprio

Tribunal oficiará o Senado Federal, nos termos do artigo 52 inciso X da Constituição da República de 1988, para, suspender, no todo ou em parte, a matéria julgada pelo Supremo Tribunal Federal, se entender que essa suspensão atende ao interesse público.

No controle repressivo de constitucionalidade, na forma concentrada, poderão propor a ação os legitimados constitucionais previstas no artigo 103 da Constituição República de 1988, e, ao contrário do controle difuso, a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal será o objeto principal da ação, questão *principaliter tantum* analisada diretamente pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, sendo que a questão levada a juízo, será o dispositivo da decisão judicial, e, terá, efeito entre *ergaomnes,* isto é, efeito contra todos.

No controle concentrado, os ministros do Supremo Tribunal Federal analisam a questão apresentada como questão principal, em conformidade com o disposto no artigo 503 "caput" do Novo Código de Processo Civil - NCPC, isso porque, a análise acerca da constitucionalidade da lei ou ato normativo federal, será o objeto principal, como causa de pedir, levada à apreciação do Poder Judiciário.

Nos termos apresentados os ministros do Supremo Tribunal Federal julgam a questão principal nos termos do artigo 503 “caput” do NCPC, como objeto principal de discussão, apreciando o mérito do pedido com eficácia *erga omnes*, isto é, a decisão judicial produz efeitos a todos.

4 COMPETÊNCIA PARA REALIZAR O CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE

A legitimidade para apreciar o controle de constitucionalidade preventivo foi concedida aos poderes constituídos, Executivo, Legislativo e Judiciário.

Nesse contexto, o Poder Legislativo poderá realizar o controle de constitucionalidade preventivo, no decorrer de um processo legislativo, que tem por objeto o projeto de lei (proposição legislativa) sendo realizado pelas Comissões Parlamentares de Constituição e Justiça quando analisam, se o projeto de lei não contraria o texto constitucional, e, após essa análise, se a referida Comissão, entender que o mencionado projeto viola a norma constitucional, manifestará pelo arquivamento do projeto, ensejando controle de constitucionalidade preventivo.

Esse procedimento tem por objetivo evitar a tramitação, discussão e aprovação legislativa de norma que contrarie o texto constitucional, evitando por conseqüência a necessidade de interposição de controle repressivo de constitucionalidade para apreciação pelo Poder Judiciário, o que ocorreria após a publicação da norma jurídica, nos termos do artigo 103 da Constituição da República de 1988.

O Poder Executivo realiza o controle de constitucionalidade preventivo quando o Presidente da República realiza a análise do projeto de lei (proposta legislativa), já aprovado pelo Poder Legislativo, e o reputa no todo ou em parte inconstitucional.

Neste caso, vetará o projeto de lei, total ou parcialmente, atendendo ao resultado da análise realizada, como já mencionado, se julgá-lo no todo ou em parte inconstitucional, trata-se, portanto, do veto jurídico realizado pelo chefe do Poder Executivo.

Outra forma de se realizar o controle de constitucionalidade preventivo pelo Poder Legislativo ocorrerá quando o referido Poder rejeita a conversão, em lei, de medida provisória, editada pelo Presidente da República, considerando que a mesma não cumpre os

critérios constitucionais de relevância e urgência, (artigo 62 “caput” da Constituição da República de 1988), que fundamentaram a expedição da respectiva medida provisória, ensejando a obediência aos princípios constitucionais bem como a garantia da aplicação das normas jurídicas.

Assim, apresentada a possibilidade de realização do controle de constitucionalidade preventivo pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo, afirmando-se que o PoderJudiciário também possui legitimidade para apreciar o controle de constitucionalidade preventivo.

Assim, tratando-se de lei ou ato normativo federal, o Supremo Tribunal Federal, por ser o guardião da Constituição da República de 1988, detém competência para a análise da constitucionalidade do projeto de lei durante a tramitação do processo legislativo, ou seja, antes do seu ingresso no ordenamento jurídico, como será a seguir exposto.

Sobre o tema, também já se manifestou Odete Medauar, conforme se verifica pela citação abaixo:

> O controle jurisdicional caracteriza-se como controle externo, de regra a *posteriori*, repressivo ou corretivo, podendo apresentar conotação preventiva.

> É desencadeado por provocação (não existe jurisdição sem autor) e efetuado por juízes dotados de independência. Esse controle se realiza pelo ajuizamento de ações, que observam procedimentos formais, com garantias às partes, tais como juiz natural, imparcialidade, contraditório, ampla defesa, dentre outras. O processo se encerra por sentença, obrigatoriamente motivada e dotada da autoridade da coisa julgada, impondo-se, portanto, à Administração, que deve acatá-la. De regra, exige-se, para o ajuizamento dos remédios, patrocínio de advogado e pagamento de custas (MEDAUAR, 2010, p.406).

Para possibilitar ao Supremo Tribunal Federal a realização do controle de constitucionalidade preventivo, há necessidade de provocação do Poder Judiciário, (princípio da inércia da jurisdição). Essa provocação será efetivada por meio da interposição de mandado de segurança individual (Lei n. 12.016/2009), impetrado por parlamentar no pleno exercício do mandato eletivo que esteja vinculado ao poder legislativo onde tramita o projeto de lei.

Para exemplificar, se a proposta legislativa estiver tramitando perante o Congresso Nacional, terá legitimidade para interposição do mandado de segurança,

parlamentar em pleno exercício nos cargos de deputado federal ou de senador da república.

Neste mesmo sentido já se manifestou o Desembargador do TJMG, Kildare Gonçalves Carvalho:

> O Poder Judiciário acha-se também vinculado aos direitos fundamentais, e dessa vinculação resulta-lhe não só o dever de guardar estrita obediência aos chamados direitos fundamentais de caráter judicial, mas também o de assegurar a efetiva aplicação do direito, em especial dos direitos fundamentais, seja nas relações entre os particulares e o Poder Público, seja nas relações tecidas exclusivamente entre particulares. Da vinculação do Judiciário aos direitos fundamentais decorre, ainda, a necessidade de se aferir a legitimidade das decisões judiciais, tendo em vista sobretudo a correta aplicação desses direitos aos casos concretos (CARVALHO, 2015, p.639).

Verifica-se, portanto, que o Poder Judiciário, por meio do controle preventivo de constitucionalidade aprecia a compatibilidade das normas jurídicas frente ao texto constitucional, e, entre essas normas aquelas que se refiram a direitos fundamentais no intuito de prevenir a infringência a essas garantias constitucionais.

Nesse contexto, são legitimados, os três poderes constituídos, Executivo, Legislativo e Judiciário, com a finalidade de garantir que as normas jurídicas sejam aprovadas atendendo às determinações da norma constitucional em conformidade com o princípio da justeza que prevê que cada poder constituído detém competências constitucionais para atuação segundo a natureza concedida a cada esfera de poder.

5 DA ANÁLISE DE DECISÕES PROLATADAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DO CONTROLE PREVENTIVO DE INCONSTITUCIONALIDADE

Foram realizadas pesquisas junto ao *sitio* eletrônico do Supremo Tribunal Federal, www.stf.jus.br, relacionadas ao tema objeto da presente pesquisa, que disponibiliza consulta pública sobre as decisões julgadas pela Suprema Corte.

A consulta efetivada junto ao mencionado sitio eletrônico, possibilitou a identificação de acórdãos inerentes ao assunto, controle de constitucionalidade preventivo.

5.1 DA ANÁLISE DA DECISÃO N. 32.033 PUBLICADA EM 20.06.2013

Após a análise das decisões relacionadas ao tema objeto da presente pesquisa (controle de constitucionalidade preventivo), e, diante dos dados levantados, possibilitou-se a verificação no sentido de que o Supremo Tribunal Federal procedeu, no ano de 2013, a uma importante decisão que definiu critérios materiais e formais relacionados à discussão legislativa das leis.

Trata-se, portanto, da decisão proferida nos autos do processo número 32.033, publicada em 20.06.2013, referente ao mandado de segurança preventivo interposto pelo Deputado Federal Rodrigo Sobral Rollemberg, filiado ao partido Rede Sustentabilidade, e, impetrado em face do Presidente da Câmara dos Deputados e do Presidente do Senado Federal, e, teve por objeto a discussão por meio do controle preventivo de constitucionalidade em relação aos aspectos material e formal de projeto de lei, de relatoria do ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes.

5.1.1 ASPECTOS FORMAIS: DECISÃO N. 32.033

Destaca-se inicialmente que a decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal disciplina que nas

excepcionais situações, em que o vício de inconstitucionalidade esteja diretamente relacionado a aspectos formais e procedimentais da atuação legislativa, a impetração de segurança é admissível, segundo a jurisprudência da Suprema Corte, isso porque, essa ação tem por finalidade corrigir vício já efetivamente concretizado no próprio curso do processo de formação da norma, antes mesmo e independentemente de sua final aprovação ou rejeição pelos poderes legitimados à apreciação e decisão envolvendo esse ato.

5.1.2 ASPECTOS MATERIAIS: DECISÃO N. 32.033

A decisão proferida nos autos da ação judicial n. 32.033 define ainda que não se admite por meio do controle preventivo da constitucionalidade a apreciação material das normas em curso de formação.

A justificativa dessa vedação consiste na premissa no sentido de que não cabe atribuir a parlamentar, a quem a Constituição da República de 1988 não concedeu legitimidade para provocar o controle de constitucionalidade abstrato repressivo, (artigo 103 da Constituição da República de 1988), isto, é após a publicação da norma jurídica.

Isso porque, a prematura intervenção do Poder Judiciário, na apreciação de mandado de segurança, em domínio jurídico e político de formação material dos atos normativos em curso no Parlamento, além de universalizar um sistema de controle preventivo não admitido pela Constituição.

Essa vedação se justifica, porque se fosse permitida essa prematura intervenção judicial, retiraria, dos outros Poderes da República, (Legislativo e Executivo) sem justificativa razoável, a prerrogativa constitucional atribuída a esses Poderes de debater e aperfeiçoar os projetos de lei, a eles submetidos, inclusive para sanar seus eventuais vícios deinconstitucionalidade.

E, como já salientado, o Poder Legislativo, poderá realizar o controle preventivo de constitucionalidade por meio da Comissão de Constituição e Justiça, assim como o Poder Executivo, por meio do veto jurídico.

A análise deve ser realizada no sentido de que, quanto mais evidente possa ser a inconstitucionalidade material de projetos de leis, mais deverá crer que o responsável desse papel no Legislativo, irá negar-lhe aprovação. E, no mesmo sentido, quanto à análise do projeto pelo Executivo, de apor-lhe veto, se for o caso.

E, seguindo essa mesma linha de entendimento, se houver uma suposição contrária significaria desacreditar na seriedade e o senso de responsabilidade a cargo dos Poderes Legislativo e Executivo.

Por outro lado, se, eventualmente, um projeto assim se transformar em lei, sempre haverá a possibilidade de provocar o controle repressivo pelo Judiciário, para negar-lhe validade, retirando-a do ordenamento jurídico, por meio do controle repressivo de constitucionalidade difuso, ou controle concentrado, mencionados acima.

Por meio da decisão proferida nos autos n. 32.033, o Supremo Tribunal Federal vedou que se utilizasse o controle jurisdicional de constitucionalidade material de projetos de lei (controle preventivo de normas em curso de formação) no sentido de se respeitar os princípios da separação dos poderes e da segurança jurídica.

5.2 DA ANÁLISE DA DECISÃO N. 33.705 PUBLICADA EM 03.03.2016

Trata-se, portanto, da decisão proferida nos autos número 33.705 publicada em 03.03.2016, referente ao mandado de segurança interposto pela Deputada Federal

Luiza de Souza Erundina e outros, impetrado em face da Mesa do Congresso Nacional, sendo relator o ministro Celso de Mello e teve por objeto a discussão sobre a possibilidade de se obter pronunciamento judicial acerca da legitimidade do Supremo Tribunal Federal para conhecer de atos *interna corporis* por meio do controle preventivo de constitucionalidade de projeto de lei em relação ao aspecto material.

A análise acerca da possibilidade de que o Poder Judiciário possa conhecer de atos interna corporis, passa pela necessidade de se definir se o Poder Judiciário detém legitimidade para indicar membros para compor Comissão das Câmaras Legislativas (Câmara dos Deputados e Senado Federal), bem como para a escolha de Presidente das respectivas casas do Congresso Nacional.

As questões referentes à competência para deliberar sobre atos interna corporis das Casas Legislativas, constitui expressão de uma das decisões políticas fundamentais consagradas pela Carta da República, devendo resolver-se, exclusivamente, na esfera de atuação da própria instituição legislativa, sob pena de ofensa à clausula petrea da Separação dos Poderes,

conforme previsão no artigo 60 parágrafo quarto do Texto Constitucional.

Pelas razões acima, a necessidade de se respeitar a atuação de cada poder em relação aos atos praticados em seus campos de atuação, excluem, por isso mesmo, a possibilidade de controle jurisdicional em relação aos atos interna corporis, em atenção e respeito ao princípio da divisão funcional dos poderes.

Assim, por unanimidade, os ministros da Suprema Corte firmaram entendimento no sentido de a questão envolvendo os atos interna corporis nos estritos limites de sua competência, devem ser resolvidos, com exclusividade, no âmbito do Poder Legislativo, sendo vedada sua apreciação pelo Poder Judiciário para se reconhecer a soberania dos pronunciamentos, deliberações e atuação do Poder Legislativo na esfera de sua exclusiva competência política, ressalvadas, para efeito de sua apreciação judicial, apenas as hipóteses de lesão ou de ameaça a direito constitucionalmente assegurado.

Nestes termos, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, por meio da decisão proferida nos autos do processo n. 33.705, veda ao Poder Judiciário conhecer de atos interna corporis em razão da necessidade de se

observar a competência política das decisões tomadas pelo parlamento e para evitar a nulificação do próprio Poder Legislativo em respeito à clausula petrea da separação dos poderes, à soberania dos atos legislativos para se reconhecer e prestigiar a segurança jurídica.

Nessa decisão, o Supremo Tribunal Federal decidiu também que apenas os membros do Congresso Nacional (deputados e senadores) dispõem de legitimidade ativa "ad causam", isto é, o direito subjetivo para impetrar mandado de segurança para provocar a instauração do controle jurisdicional referente à observância de tramitação do devido processo legislativo, com a finalidade de impedir que o Poder Legislativo, no exercício de sua competência institucional, incorra em desvios inconstitucionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O controle preventivo de constitucionalidade pode ser exercido pelos poderes constituídos, Executivo, Legislativo e Judiciário com o objetivo de se proporcionar segurança, garantia e rigidez constitucionais.

A pesquisa teve como objetivo específico a análise acerca da competência material e formal de projeto

de lei das decisões proferidas nas jurisprudências pelo Supremo Tribunal Federal, na busca da segurança jurídica.

Após o levantamento de jurisprudências sobre o tema, constatou-se que o Supremo Tribunal Federal definiu que apenas parlamentares (deputados e senadores) têm legitimidade para a interposição de mandado de segurança para questionar questões relacionadas ao procedimento legislativo, envolvendo questões relacionadas ao critério formal do processo legislativo.

Quanto às questões que envolvem aspectos materiais de projeto de lei, constatou-se que a Suprema Corte veda a discussão acerca dessas questões com o objetivo de respeitar a separação entre os poderes e proporcionar segurança jurídica desses atos, em respeito à soberania dessas decisões para atendimento dos interesses da sociedade.

Ainda quanto à competência material, verificou-se que o Supremo Tribunal Federal não tem competência em sede de controle de constitucionalidade preventivo relacionadas às questões referentes a atos interna corporis das casas legislativas.

Essa vedação encontra fundamento no sentido de que o princípio da divisão funcional dos poderes consiste em um primado do Estado Democrático de Direito, e, para preservar essa garantia como previsão de *clausula petrea* prevista na Constituição da República de 1988, é vedado à Suprema Corte do País, por meio do controle jurisdicional preventivo, conhecer de matérias relacionadas às questões *interna corporis*das Casas Legislativas, o que seria objeto de controle concentrado de constitucionalidade na hipótese em que o Poder Legislativo ultrapassar os limites do poder discricionário com vistas a observar a soberania das decisões do parlamento.

Conclui-se, portanto, que o procedimento de controle de constitucionalidade preventivo, juntamente com o controle jurisdicional difuso e concentrado são importantes ferramentas para a promoção da garantia de que as leis sejam aprovadas em conformidade com o texto constitucional para proporcionar rigidez e segurança a toda a sociedade.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 26.ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2011.

BRASIL. *CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988*. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 03 nov. 2017.

BRASIL. *NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL*, Lei n. 13.105, de 16 de Março de 2015. Disponível em:<http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLegislacao.action>. Acesso em 01 nov. 2017.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*- Direito constitucional positivo. 21. ed. rev. ampl. atual., – Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno.* 14. ed. rev. ampl. atual., – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional.* 28. ed., – São Paulo: Editores Atlas S.A., 2012.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito Constitucional* - 10. ed. rev. ampl. atual., – Salvador: Ed. JusPodvum, 2015.

SILVA, José Afonso da.*Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Banco de Dados*. OnLine. Brasília, Distrito Federal. Disponível em http://www.stf.gov.br, Acesso em 05 nov. 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Banco de Dados*. OnLine. Belo Horizonte, Minas Gerais. Disponível em7http://www.tjmg.jus.br, Acesso em 06 nov. 2017.

CORTE ETÁRIO COMO CRITÉRIO PARA O INGRESSO NO ENSINO FUNDAMENTAL E O PRINCÍPIO GERAL DE IGUALDADE

THE AGE COURT AS A CRITERION FOR ENTERING IN FUNDAMENTAL EDUCATION AND THE PRINCIPLE GENERAL OF EQUALITY

Ana Carla Rodrigues da Silva
Luciana Andréa França Silva

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo a análise relacionada aos critérios estabelecidos para o ingresso no ensino fundamental e o princípio da igualdade proposto por Robert Alexy.

Com vistas à análise da constante judicialização em virtude da adoção do critério etário e a instabilidade gerada no sistema de educação, onde as afirmações são constantemente acerca do desrespeito ao princípio da igualdade em que se argumenta que crianças da mesma idade não estão sendo tratadas de forma igual e que não há justificativa para o tratamento desigual, são apresentados os motivos do artigo por meio da análise do direito a Educação e acesso a escola como forma de efetivar esse direito.

Aplicando o Direito Geral de Igualdade proposto por Robert Alexy, faremos uma reflexão sobre a utilização do critério etário e de uma data de corte como limitadores ao ingresso no ensino fundamental.

Por fim, será analisado se existe uma razão suficiente que justifique o tratamento desigual às crianças que pretendem ingressar no ensino fundamental e a possível adoção de outros critérios que efetivem o direito fundamental à Educação com respeito à igualdade fática e jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: Educação; Direito fundamental; Corte Etário; Princípio da Geral de Igualdade.

ABSTRACT

The present study aims at the analysis related to the criteria established for the entry into elementary education and the principle of equality proposed by Robert Alexy. With a view to analyzing the constant judicialization by virtue of the adoption of the age criterion and the instability generated in the education system, where the assertions are constantly about disrespecting the principle of equality in which it is argued that children of the same age are not being treated in a same way and that there is no justification for the unequal treatment, the reasons of the article are presented through the analysis of the right to Education and access to school as a way to realize this right.

Applying the General Right of Equality proposed by Robert Alexy, it will make a reflection on the use of the age criterion and a cut-off date as limiters to the entrance in the elementary school.

Finally, it will be analyzed whether there is a sufficient reason to justify the unequal treatment of children who wish to enter primary education and the possible adoption of other criteria that effect the fundamental right to education with respect to legal and factual equality.

KEY WORDS: Education; Fundamental right; Age Court; Principle of the General of Equality.

INTRODUÇÃO

“Meu filho está em condições de ir para a escola apesar de não ter completado seis anos!”

Todo ano, ao se iniciar o ano letivo, são ajuizadas diversas demandas com o objetivo de garantir que crianças possam ingressar no ensino fundamental antes de completarem seis anos e que estas crianças, apesar de não completarem a idade necessária até o dia 31 de março do ano corrente, estão aptas para ingressarem no ensino fundamental uma vez que completariam seis anos ao longo do ano e que preenchem os requisitos psicológicos e pedagógicos necessários atestados por laudos pedagógicos e psicológicos.

O argumento principal para a busca pela tutela está relacionado ao princípio de igualdade e sua violação no critério utilizado e a Resolução nº 7 de 14 de Dezembro de 2.010, editada pelo Ministério da Educação, por meio do Conselho Nacional de Educação que utilizou o critério cronológico estabelecendo a obrigatoriedade a matrícula no Ensino Fundamental de crianças com 6 (seis) anos completos ou a completar até o dia 31 de março do ano em que ocorrer a matrícula, e ainda que as crianças que completarem 6 (seis) anos após essa data deverão ser matriculadas na Educação Infantil (Pré-Escola).

Com o objetivo de trazer uma contribuição para as diversas demandas relacionadas ao tema, o presente artigo

trata da fixação do critério etário e o estabelecimento do dia 31 de março como instrumento para definir o ingresso da criança no ensino fundamental e o respeito ao princípio geral de igualdade proposta por Robert Alexy[19].

Alexy é considerado um dos mais destacados pensadores da atualidade, especialmente no campo do direito, da política e da vida em sociedade, sendo que a ideia central desse estudo foi trazer os múltiplos subsídios teóricos produzidos por ele com relação à igualdade, para então buscar elementos de reflexão sobre o tratamento desigual na possibilidade de crianças ingressarem no ensino fundamental.

Tomaremos como ponto de partida a demonstração da importância do reconhecimento da educação como um direito fundamental e sua regulamentação em diversos diplomas nacionais e internacionais. Analisaremos o papel da escola na garantia ao acesso à educação fundamental reconhecendo a importância da escola no processo educacional.

Para uma melhor compreensão passaremos à análise do critério etário e a adoção de uma data de corte como critério limitador do acesso à educação com suas

[19] Trataremos aqui o Direito Geral da Igualdade proposto por Robert Alexy em sua obra Teoria dos Direitos Fundamentais, com tradução de Virgílio Afonso da Silva. Em sua obra o autor traz a concepção de que se faz necessária uma diferenciação entre um direito geral de igualdade e direitos de igualdade específicos. (ALEXY, 2015).

implicações e um estudo sobre o princípio geral da igualdade a partir da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy analisando a aplicação desse direito no acesso à educação.

O estudo se baseia em uma análise interpretativa da Constituição Federal e as Resoluções que regulamentam o ensino fundamental no Brasil e os critérios utilizados contextualizando com os aspectos principais do princípio geral de igualdade com a finalidade de reconhecer o efetivo acesso da criança ao ensino fundamental de forma igualitária.

Por fim será feita uma contextualização do princípio geral de igualdade e as condições de acesso à educação fundamental com o intuito de trazer uma efetiva contribuição em relação ao tema.

1. A IMPORTÂNCIA DO RECONHECIMENTO DA EDUCAÇÃO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

Tradicionalmente a educação 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.

Nesse contexto, 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 seuacesso, incluindo no rol dos direitos fundamentais o direito à educação, amparado por normas nacionais e internacionais[20].

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) passando o Estado a ter a obrigação de garantir educação de qualidade a todos os brasileiros.

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.

---

[20]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).

No entanto, o Poder Público não é o único responsável pela garantia desse direito. Conforme previsto Constituição Federal,[21] 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 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 que não reconheça o direito à instrução — crescente, de resto, de sociedade para sociedade — primeiro, elementar, depois secundária, e pouco

[21]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.

> a pouco, até mesmo, universitária. Não me consta que, nas mais conhecidas descrições do estado de natureza, esse direito fosse mencionado. A verdade é que esse direito não fora posto no estado de natureza porque não emergira na sociedade da época em que nasceram as doutrinas jusnaturalistas, quando as exigências 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 da instrução, que somente uma sociedade mais evoluída econômica e socialmente poderia expressar. (BOBBIO, 1992).

O direito à educação, apesar de não constar do estado de natureza nem tampouco dos direitos 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 vivência dos direitos civis.

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.

A educação das crianças está intimamente ligada 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 CF/88, 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.

2. O PAPEL DA ESCOLA NA GARANTIA AO ACESSO À EDUCAÇÃO FUNDAMENTAL

A escola é parte integrante do processo de educação e tem por objetivo a construção, elaboração, apreensão e formulação de conhecimentos que se traduzem na formação da pessoa humana, não se limitando à aprendizagem de conteúdos cognitivos, pois envolve valores, comportamentos e atitudes. E é nesse contexto que podemos afirmar que a educação representa o desenvolvimento do ser humano e do cidadão e a escola pode ser considerada o local privilegiado onde a educação acontece, como uma instituição onde a convivência social

se manifesta influenciando o comportamento humano relacionado aos padrões de organização da sociedade e nas regras de bem-viver.

Nesse aspecto, é importante analisar o papel da escola como elemento preponderante para o desenvolvimento pleno das crianças e jovens e sua integral formação e, ao lado da família, o espaço de integração social e de socialização para a formação cidadã e efetivo exercício da cidadania.

Ressaltando o papel da escola no processo de formação do indivíduo, podemos afirmar que a escola é um espaço onde se proporciona ao aluno condições propícias para o pleno desenvolvimento com participação ativa no processo histórico, social, político, econômico e científico.

A Escola tem o papel de socializar o conhecimento atuando na formação moral dos alunos por meio de uma soma de esforços promovendo o pleno desenvolvimento do indivíduo como cidadão. É na escola que a criança encontra os meios de se preparar para a realização de seus projetos de vida e com o reconhecimento da educação como instrumento da cidadania torna-se necessária a construção de alicerces jurídicos fortes a partir da noção de exigibilidade do direito à educação enquanto direito intrínseco à condição humana, que legitima a promoção de políticas públicas para efetivá-lo, bem como de ações

judiciais que se façam necessárias com a preocupação da efetivação do acesso à educação e consequentemente às escolas.

Prevê a Constituição Federal de 1.988 que a educação é um direito de todos e dever do Estado e da família e que será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade com vistas ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Observa-se, portanto, que educação não é dever exclusivo do Estado, tendo a família importante papel na promoção da educação ao lado da sociedade com um dever geral de participação. O objetivo da educação é o desenvolvimento pleno da pessoa em todos os aspectos e dimensões e seu preparo para viver e participar da sociedade e exercer a cidadania, com a fim de sua qualificação para o trabalho.[22]

É importante, a partir da análise dos princípios consagrados constitucionalmente, reconhecer os valores de igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber, o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas que devem nortear a qualidade de ensino no país.

---

[22]Art. 205 CF/88

Quanto ao dever do Estado com a educação será efetivado garantindo-se a educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, sendo assegurada a gratuidade de oferta a todos os que não tiveram o oportunidade de acesso as escolhas na idade apropriada universalizando o ensino médio de forma gratuita, ficando, ainda, assegurado o atendimento educacional aos portadores de deficiência de forma especializada sendo este realizado preferencialmente em escolas da rede de ensino regular.

Importante dispositivo constitucional garante a educação infantil, em creche e pré-escola, para as crianças até 5 (cinco) anos de idade garantindo ainda o acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, levando em consideração a capacidade de cada um.

A Constituição, preocupada com a garantia de acesso à educação a todos ainda regulamenta a possibilidade do ensino regular noturno adequando às condições de todos os educando, com vistas a preservar a possibilidade de acesso até mesmo aos que não tem condições de frequentar estabelecimentos de ensino em horário diurno regular. Mais uma vez preocupada com o ensino tardio, a carta magna prevê a possibilidade de atendimento a todos os educandos, com o fim de proporcionar a todos a educação básica por meio de programas de material didático

suplementares com a garantia de transporte, alimentação e assistência à saúde.[23]

Traduzindo a educação como um direito público subjetivo garantido a todos faz-se necessária a regulamentação do acesso, uma vez que para um melhor aprendizado devem ser utilizados critérios para o atendimento a todas as faixas etárias e condições sociais, reconhecendo as igualdades e diferenças, organizando a educação em grupos que se identifiquem para adequar o ensino a cada necessidade.

3. O CORTE ETÁRIO COMO CRITÉRIO LIMITADOR DO ACESSO À EDUCAÇÃO

Para regulamentar o acesso à educação básica no Brasil, a Constituição Federal de 1988, no artigo 208[24], utilizou-se do critério etário ao estabelecer que o ensino fundamental, obrigatório e gratuito e assegurado a todos os que não tiverem acesso na idade própria.

É comum no ordenamento jurídico pátrio a utilização do critério etário não havendo, a princípio, qualquer

---

[23] A Constituição Federal de 1.988, no Título que trata da Ordem Social enumera os princípios que orientam a educação no Brasil.

[24]Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009)

ilegalidade em se estabelecer a idade como fonte de obrigações ou aquisição de direitos uma vez que há critério etário para conquista do direito a votar e ser votado, para casar, para assumir determinadas obrigações contratuais, para exercer determinados cargos públicos, etc., sem que se questione a razoabilidade de tais disposições, espalhadas em nosso ordenamento jurídico.

Também a Constituição Federal, neste mesmo artigo prevê que o acesso aos níveis mais elevados do ensino será alcançado segundo a capacidade de cada um privilegiando também as diferenças cognitivas de cada um.

Não há como negar que devem ser estabelecidos critérios para o ingresso no ensino fundamental, que a idade cronológica é, sem dúvida, um aspecto importante que deve ser considerado para mensurar o desenvolvimento da criança, mas não deve ser o único requisito.

Com o objetivo de uniformizar o critério etário optou-se por uma data de corte em que as crianças que completarem seis anos até o dia 31 de março teriam sua matrícula efetivada no ensino fundamental e as crianças que completarem após essa data seriam matriculadas na educação infantil.

Importante ressaltar que a fixação do limite temporal de até o dia 31 de março como limitação da idade de 06 (seis) anos para o ingresso no primeiro ano do Ensino

Fundamental, conforme o art. 3º da Resolução nº 07, de 14 de Dezembro de 2.010[25] da necessidade de se uniformizar a educação no Brasil de forma igualitária em todas as instituições e sistema de ensino, para conferir maior uniformização no tratamento do assunto, uma vez que não há como defender interesses de uma parte da sociedade em detrimento de outra, posto que o caráter é simplesmente objetivo.

Desta forma o requisito legal da idade mínima para ingressar no ensino fundamental, aliada à determinação de uma data específica como limite constitui um critério objetivo e impessoal, não dando qualquer margem a qualquer forma de discriminação ou avaliação subjetiva no tratamento nessa questão.

No entanto, é importante ressaltar que qualquer data de corte sempre causa questionamentos por parte daqueles que se sentirem prejudicados porque a data escolhida poderá ser a do dia anterior daquela que eles queriam que

---

[25] Art. 8º O Ensino Fundamental, com duração de 9 (nove) anos, abrange a população na faixa etária dos 6 (seis) aos 14 (quatorze) anos de idade e se estende, também, a todos os que, na idade própria, não tiveram condições de frequentá-lo.
§ 1º É obrigatória a matrícula no Ensino Fundamental de crianças com 6 (seis) anos completos ou a completar até o dia 31 de março do ano em que ocorrer a matrícula, nos termos da Lei e das normas nacionais vigentes.
§ 2º As crianças que completarem 6 (seis) anos após essa data deverão ser matriculadas na Educação Infantil (Pré-Escola).
§ 3º A carga horária mínima anual do Ensino Fundamental regular será de 800 (oitocentas) horas relógio, distribuídas em, pelo menos, 200 (duzentos) dias de efetivo trabalho escolar.

fosse definida para melhor atender aos seus interesses pessoais. Este questionamento é natural em um universo de nossas naturais limitações uma vez que sempre estamos limitados pelas categorias de espaço e de tempo, bem estudada por Kant sendo certo que a humanidade busca expandir essas categorias, inclusive com relativo sucesso em alguns casos, sem conseguir extingui-los.

Em análise sobre a questão o Ministro Sérgio Kukina[26] bem enfatizou a questão de que:

> Como sustentado pela União, o critério cronológico adotado pelas autoridades educacionais federais não se revela aleatório, tendo sido precedido de diversas audiências públicas e ouvidos diversos experts no assunto. Como realçado pela recorrente, está-se, a bem da verdade, frente a uma "falsa polêmica" (fl. 604), pois qualquer outra data de corte que estabelecesse, anterior ou posterior à atual, geraria descontentamento de uma parcela de interessados.

A adoção do critério etário atrelada a uma data específica como limite temporal foi uma opção legislativa mais como não negar que tratamentos desiguais poderão ocorrer em virtude de poucas horas, ou menos minutos que dividem o dia 31 de Março e o dia 01 de Abril, sem privilegiar um

[26] Recurso Especial nº 1.412.704 - PE (2013/0352957-0).

princípio basilar no ordenamento jurídico que pode ser denominado de princípio da igualdade.

4. A IGUALDADE A PARTIR DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ALEXY

A busca pela inclusão social no Brasil por meio de Políticas Públicas de Educação se baseia na educação como um direito de todos, onde a atuação da escola se dá de forma democrática para a construção de uma sociedade justa e humana. O atendimento da diversidade populacional levando-se em consideração suas caraterísticas individuais exige a elaboração de um projeto nacional de desenvolvimento educacional que se preocupe com a organização da escola e os ritmos de aprendizagem, desenvolvimento social, cognitivo, sensorial, físico e social do educando.

Reconhecendo a necessidade de organização na rede ensino e com o objetivo de garantir o acesso à educação a todos, como já analisamos, tornou-se necessária a adoção de critério para estabelecer os sistemas de ensino respeitadas as igualdades e diferenças de cada um.

Como analisamos anteriormente, foi adotado no Brasil o critério etário para o ingresso no ensino fundamental adotando-se uma data de corte que seria o dia 31 de Março

como limite para que a criança fosse considerada com a idade apta para o ingresso no ensino básico. A adoção desse critério foi precedida de diversas audiências públicas que contou com a participação de escolas, secretarias de educação e de todos os envolvidos na rede de ensino do Brasil chegando-se, ao final, à adoção da data que prevalece sendo regulamentada pelo Ministério da Educação por meio do Conselho Nacional de Educação nas Resoluções 01, 06 e 07 de 2.010.

Desde a edição dos Regulamentos o que se tem é que diversos pais, inconformados com a situação em que se encontravam seus filhos, bem como o Ministério Público, ajuizaram diversas ações onde o principal fundamento seria o desrespeito ao princípio da igualdade onde crianças seriam tratadas de maneira desigual.

Robert Alexy, em sua obra Teoria dos Direitos fundamentais, discorre sobre o princípio geral de igualdade trazendo relevantes observações que se relacionam ao princípio da igualdade e, discorrendo sobre o assunto, menciona que há três vedações essenciais impostas ao legislador que seria: tratar o igual desigualmente; tratar o substancialmente igual desigualmente e; tratar o substancialmente igual arbitrariamente de forma desigual, sendo todas estas considerações derivadas da interpretação dada ao tema pelo Tribunal Constitucional Alemão.

Pontua o autor que a igualdade não deve ser lida literalmente, de forma a exigir um tratamento uniforme entre as pessoas, há de se observar que as pessoas são desiguais, exigindo assim um tratamento diferenciado. A falsa ideia de que todos são iguais e, por isso, merecem o mesmo tratamento é contrária à adequada aplicação do princípio da igualdade.

Argumenta que o princípio geral da igualdade decorre do princípio geral de liberdade, garantido expressamente pela Constituição Alemã no art. 3º, §1° que traz a previsão que "Todos são iguais perante a lei.", dispositivo este que foi reproduzido no Brasil. Esse dispositivo foi compreendido por muito tempo exclusivamente no sentido de um dever de igualdade na aplicação do direito, vinculando somente os órgãos de aplicação de direito, mas não o legislador.

Contudo, o legislador pode discriminar como bem lhe aprouver desde em que suas normas discriminatórias sejam observadas em todos os casos, o dever de igualdade,

> Portanto, o enunciado geral de igualdade, dirigido ao legislador, não pode exigir que todos sejam tratados exatamente da mesma forma ou que todos devam ser iguais em todos os aspectos. Por outro lado, para ter algum conteúdo, ele não pode permitir toda e qualquer diferenciação e toda e qualquer distinção. É necessário questionar se e como é possível

> encontrar um meio-termo entre esses dois extremos.
> Um ponto de partida para esse meio-termo é a fórmula clássica: "O igual deve ser tratado igualmente, o desigual, desigualmente", que - em múltiplas variações e com inúmeras complementações – constitui a coluna vertebral da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal sobre o art. 3º, § 1 º, da Constituição. (ALEXY, 2015).

Esse dever não pode significar nem que o legislador tenha que inserir todos nas mesmas posições jurídicas, nem que ele tenha a responsabilidade de que todos tenham as mesmas características naturais e se encontrem nas mesmas condições fáticas.

Alexy remonta a jurisprudência reiterada do Tribunal Constitucional Federal, que aponta que uma diferenciação arbitrária ocorre se não é possível encontrar um fundamento razoável, que decorra da natureza das coisas, ou uma razão objetivamente evidente para a diferenciação ou para o tratamento igual feito pela lei. Ou seja, a teoria alexyana demonstra ser necessária a constatação de uma fundamentação da permissão de uma discriminação para se atribuir o tratamento desigual em certas situações fáticas.

Afirma ainda que existiriam fórmulas que deveriam ser seguidas com vistas a ordenar o tratamento igualitário e que,

> Essa fórmula distingue-se da norma de tratamento igual expressa em (Há uma razão suficiente para a obrigação de um tratamento igual) na medida em que exige uma fundamentação procedente para o dever de tratamento desigual, enquanto, de acordo com a norma de tratamento igual, para o dever de tratamento igual basta que não seja possível uma fundamentação da permissão (admissibilidade) de uma discriminação. É exatamente nessa assimetria que reside o ônus argumentativo em favor do tratamento igual.
> A assimetria entre a norma de tratamento igual e a norma de tratamento desigual tem como consequência a possibilidade de compreender o enunciado geral de igualdade como um princípio da igualdade, que *prima facie* exige um tratamento igual e que permite um tratamento desigual apenas se isso for justificado por princípios contrapostos. (ALEXY, 2015).

Discorrendo sobre a igualdade verificamos a necessidade de se identificar os motivos, ou como cita Alexy, uma razão suficiente, que justifica um tratamento desigual entre dois indivíduos que se encontram em condições de igualdade. Neste contexto e passando à análise do direito à

Educação, da garantia ao acesso à Educação fundamental e da necessidade de se fixar critérios para o ingresso no ensino fundamental faz-se imprescindível a adoção de certos dos critérios sem perder de vista os direitos de igualdade aqui tratados.

Não há como negar que o direito à igualdade traz em sua essência o direito de ser tratado igualmente, se não houver razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual e o direito de ser tratado desigualmente, se houver uma razão suficiente para o dever de tratamento desigual.

5. APLICAÇÃO DO DIREITO GERAL DE IGUALDADE NO ACESSO À EDUCAÇÃO

Do Direito Geral de igualdade extraem-se dois princípios que se tornam contrapostos que seriam o princípio da igualdade jurídica e princípio da igualdade fática. Com o intuito de se corrigir desigualdades estes dois princípios são confrontados e um deles acaba sendo afastado para o perfeito respeito ao outro.

Tomemos como exemplo a adoção do critério etário e a data de corte como forma de organizar o acesso das crianças ao ensino fundamental. É inegável que deve ser estabelecido algum critério com a finalidade de melhor organizar a grade curricular para a educação e, também,

não podemos nos furtar de reconhecer as diversas fases de desenvolvimento do ser humano no processo de evolução cognitiva.

Com base na análise do desenvolvimento da criança e da capacidade cognitiva para absorver conhecimentos é que se fixou a idade de seis anos para o início da aprendizagem do conhecimento fundamental. Não há como negar que existem diferenças evolutivas entre os seres humanos, principalmente relacionados ao meio social e às condições sociais, capazes de afetar diretamente sua evolução. Somos produto do meio em que vivemos e diferenças fáticas podem ocorrer em relação a crianças da mesma idade.

No entanto, para que se reconheçam essas diferenças seria necessária uma avaliação subjetiva que demonstrasse a diferença fática. Daí a dificuldade em se considerar a igualdade fática entre as crianças que ingressam no ensino fundamental. Alexy formula a afirmação de que juízos sobre igualdade fática parcial nada dizem sobre a obrigatoriedade de um tratamento igual ou desigual. A igualdade fática parcial é compatível com um tratamento desigual e a desigualdade fática parcial é compatível com um tratamento igual. (ALEXY, 2015)

O fato de duas crianças possuírem a mesma idade não exclui a possibilidade de uma maior capacidade cognitiva de uma delas. O fato de uma criança apresentar maior

capacidade cognitiva que outra não exclui a possibilidade de que tanto uma como outra possam ingressar no ensino superior recebendo os mesmo conteúdos.

Ainda mais, não seria apenas a diferença de alguns dias a mais ou a menos que tornariam crianças aptas ou não para o aprendizado no ensino fundamental. Portanto, deparamos com uma desigualdade parcial não sendo, portanto, esta desigualdade razão suficiente para um tratamento desigual.

Por outro lado, cabe ao legislador bem como aos órgãos responsáveis, como é o caso do Ministério da Educação por meio do Conselho Nacional de Educação, regulamentar um critério único que estabeleça os limites jurídicos para o ingresso no ensino fundamental. Como bem exposto, não há como considerar a igualdade fática relacionada à capacidade cognitiva das crianças não restando outra opção senão considerar a igualdade jurídica no critério que fixa os limites para o acesso à escola.

Portanto, ficou estabelecido a data de corte e o critério etário como limitadores a serem considerados para o ingresso da criança no ensino fundamental, adotando como critérios objetivos que crianças com 6 (seis) anos completos ou a completar até o dia 31 de março do ano em

que ocorrer a matrícula devem ser obrigatoriamente matriculadas no ensino fundamental.[27]

Em clara opção pela igualdade jurídica percebe-se que não existe uma razão plenamente suficiente par a permissibilidade de uma diferenciação, pois todas a razões que podem ser cogitadas são insuficientes. Nesse caso, não há como fundamentar a permissibilidade da diferenciação. Com isso, como já salientado diversas vezes, o enunciado geral de igualdade estabelece um ônus argumentativo para o tratamento desigual.[28]

6. CONCLUSÃO

Como visto, no acesso à Educação faz-se necessária a adoção de um critério que regulamente o ingresso ao ensino fundamental pelas crianças que dela necessitam. A adoção de uma data é imprescindível sendo necessária para

---

[27]A Resolução Nº 7, de 14 de Dezembro de 2010 que fixa Diretrizes Curriculares Nacionais para oEnsino Fundamental de 9 (nove) anos regulamenta sem seu art. 8º O Ensino Fundamental, com duração de 9 (nove) anos, abrange a população na faixa etária dos 6 (seis) aos 14 (quatorze) anos de idade e se estende, também, a todos os que, na idade própria, não tiveram condições de frequentá-lo.
§ 1º É obrigatória a matrícula no Ensino Fundamental de **crianças com 6 (seis) anos completos ou a completar até o dia 31 de março do ano em que ocorrer a matrícula**, nos termos da Lei e das normas nacionais vigentes.
§ 2º As crianças que completarem 6 (seis) anos após essa data deverão ser matriculadas na Educação Infantil (Pré-Escola). (grifo nosso)

[28] Esta constatação deriva da citada obra de Robert Alexy, Teoria dos Direitos Fundamentais, 2015, p. 408, 409.

a melhor organização do plano escolar de acordo com as aptidões que as crianças possuem.

No entanto, é importante ressaltar que qualquer data de corte sempre causa questionamentos por parte daqueles que se sentirem prejudicados porque a data escolhida poderá ser a do dia anterior daquela que eles queriam que fosse definida para melhor atender aos seus interesses pessoais. Este questionamento é natural em um universo de nossas naturais limitações uma vez que sempre estamos limitados pelas categorias de espaço e de tempo, bem estudada por Kant[29] sendo certo que a humanidade busca expandir essas categorias, inclusive com relativo sucesso em alguns casos, sem conseguir extingui-los.

De acordo com a compreensão relacionada ao acesso ao ensino fundamental, as crianças são tratadas não de forma desigual, mas igual, já que a matrícula na escola é efetivada apenas ao que completarem 6 (seis) anos até o dia 31 de Março do ano em que ocorrer a matrícula.

Não há razão para o tratamento desigual, pois a capacidade cognitiva seria uma razão parcialmente permissiva em que seria necessária a análise subjetiva individual o que, por si só, não autoriza um tratamento desigual.

Portanto, o critério etário para o ingresso no ensino fundamental se fundamenta no princípio da igualdade

[29] Immanuel Kant (1724 – 1804)

jurídica adotando critérios objetivos afastando a possibilidade de tratamento desigual entre crianças com idades diferentes.

É sempre relevante o princípio da igualdade jurídica, pois todo tratamento jurídico desigual para o fomento de uma igualdade fática é uma restrição à realização do princípio da igualdade jurídica e a adoção de critérios objetivos traz uma maior estabilidade jurídica, pois não pode haver privilégios de algumas classes sociais em detrimento de outras.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* Tradução: Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BARROSO Luís Roberto, *Curso de direito constitucional contemporâneo*, 5ª Edição, Ed. Saraiva, 2015.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos.* Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007.

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

BULOS, UadiLammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2008.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo.* São Paulo: Brasiliense, 1989.

HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. Lisboa: Dom Quixote, 1990b.

HABERMAS, Jürgen. *Passado como futuro*. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1993.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Vol. II. Trad. de Manuel Jimenez Redondo. Madrid: Taurus, 1987b.

O DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL NA DEFESA E PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

THE DUE CONSTITUTIONAL PROCESS IN DEFENSE AND PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Aparecida Dutra de Barros Quadros
Julieth Laís do Carmo Matosinhos Resende

RESUMO

O Estado Democrático de Direito como conjunto de princípios e regras irradiantes da Constituição é essencialna legitimação das funções estatais e no exercício do poder. O Processo enquanto instrumento jurídico constitucional tem como escopo proteger direitos fundamentais medianteo processo estruturado em contraditório e em simétrica paridade. A nova *summa divisio* consagra a existência de proteção constitucional na esfera coletiva e na esfera individual, pelo que para a garantia e efetivação dos direitos fundamentais constitucionais deve o processo jurisdicional ser o instrumento de transformação da realidade social voltado à solução de colisão de direitos fundamentais.
Palavras-chave: Contraditório Partipativo; Devido Processo Constitucional; Direitos Fundamentais; Direito Processual Constitucional.

ABSTRACT

The Democratic Rule of Law as a set of principles and rules radiate the Constitution is essential in the legitimization of state functions and in the exercise of power. The Process as a constitutional legal instrument has the scope of protecting fundamental rights through a process structured in contradictory and symmetrical parity. The new summa division enshrines the existence of constitutional protection in the collective sphere and in the individual sphere, so for the guarantee and fulfillment of the constitutional fundamental rights, the judicial process must be the instrument of transformation of the social reality aimed at the solution of the collision of fundamental rights.
keywords: Partial Contradictory; Due Constitutional Process; Fundamental rights; Related searches.

INTRODUÇÃO

A proteção de direitos fundamentais deve ser trabalhada a partir de um novo conceito consubstanciado no Direito Constitucional Processual, servindo como instrumento de garantia inserção do sujeito no sistema de direitos. Dessa forma a jurisdição exercida pelo processo jurisdicional consagra o direito fundamental ao devido processo legal com o fim de se obter a efetivação da Constituição.

A discussão contemporânea diante da crise da democracia representativa somado à ineficiência da função executiva e ao protagonismo judicial, faz com que o

Judiciário seja interpretado como o Poder dotado de legitimidade e força para a concretização das promessas constitucionais haja visto a imediatividade dos resultados por esse alcançado.

Ressalta-se que as normas programáticas possuem aplicabilidade imediata, contudo a sua concretização pela via jurisdicional se mostra necessária em face do preceito fundamental da inafastabilidade do Poder Judiciário e a omissão estatal no atendimento às liberdades positivas.

No Estado Democrático de Direito Contemporâneo o centro é o cidadão considerado em seus direitos individuais e transindividuais, não mais prevalecendo a separação estanque de poderes e a clássica *summadivisio* do direito público e direito privado.

Assim a eficácia irradiante da ordem jurídica única que é a Constituição permite a reconstrução da supremacia dos direitos fundamentais, isto porque o norte interpretativo de todo o sistema é o ser humano em sua inteireza, visto em sua dimensão coletiva eindividual, tendo por direito fundamental constitucional a efetividade da Constituição.

Diante do novo modelo da *summadivisio* que consagra a existência de dois campos de proteção constitucionall, tem-se que para a garantia e efetivação dos direitos constitucionais deve o processo jurisdicional ser o

instrumento de transformação da realidade social mediante as ações concretas que o intérprete legitimado vier a adotar, voltado à solução e diminuição de tensões em face da colisão de direitos.

A Neoconstitucionalidade compreendendo a nova *summadivisio* constitucionalizadaimpõe a revisitação dos institutos jurídicos e a ressignificação dos compromissos do Estado examinado em suas diferentes funções com o fim de atender o comando imperativo de implementação de Políticas Públicas voltadas à efetividade da Constituição.

Nessa ordem de ideias a presente pesquisa se dedica a investigar o devido processosob a perspectiva do Direito Constitucional Processual e do Direito Processual Constitucional enquanto dotados de princípios jurídicos e mecanismos processuais voltados à efetivação da proteção dos direitos fundamentais.

Pretende-se descortinar se o primado da efetividade dos direitos fundamentais de eficácia plena e aplicação imediata na forma estabelecida na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 encontra ressonância no Direito Processual Constitucional e no Direito Constitucional Processual.

Assim com o propósito de responder ao problema apresentado, a presente pesquisasubdivide-se em quatro

partes, além da introdução e considerações finais: a) o primeiro capítulo em que se busca compreender a constitucionalização dos direitos fundamentais, abordando-se a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais e a raiz axiológica da dignidade humana, perpassando suscintamente pela evolução das conquistas históricas de direitos humanos; b) no segundo em que se trabalha o direito fundamental à efetivação da constituição e o devido processo legal; c) nesse terceiro capítulo aborda-se a centralidade protagonizada pelo Poder Judiciário e a ressignificação do acesso à justiça e; d) no quarto capítulo busca-se compreender o processo estruturado em contraditório participativo para a proteção e garantia dos direitos fundamentais.

Trata-se de uma pesquisa de vertente jurídico-dogmáticade caráter exploratório e descritivo e para tanto busca-se realizar um estudo bibliográfico e documental, para o qual nessa conformidade o recurso da lógica indutiva se impõe como basilar para mediante uma discussão ampla e teórica instrumentalizar uma reflexão na busca da validação da hipótese apresentada, qual seja reafirmar o devido processo constitucional como garantia e proteção dos direitos fundamentais na ordem democrática contemporânea.

1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

As discussões sobre os direitos humanos e os direitos fundamentais positivados ocupam posição elevada no cenário jurídico e a atenção dispensada em vários quadrantes do mundo decorrem das violações de toda natureza aos direitos do homem, notadamente após a segunda guerra mundial, mas o certo é que com a superação do jusnaturalismo e o fracasso do positivismo, depreende-se agora com o neoconstitucionalismo os efeitos irradiantes dos princípios constitucionais de direitos fundamentais.

Na era pós positivista o que se tem é a interdisciplinariedade de valores, princípios e regras como nova hermenêutica, haja visto que já com o constitucionalismo do Século XX e mais acentuadamente com o neoconstitucionalismo do Século XXI passou-se a propagar a normatividade irradiante dos princípios fundamentais, aceitando-os como postulados básicos do ordenamento jurídico possuidores de valor fundamental e centro axiológico de todo o sistema constitucional.

É preciso ressaltar que direitos humanos e direitos fundamentais são expressões que se confundem mas representam realidades distintas, sendo que os direitos

humanos são direitos atribuídos à humanidade em geral, positivados e garantidos por meio de Convenções, Tratados e Acordos Internacionais a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (ONU, 1948).[30] Direitos fundamentais por sua vez são aqueles positivados e garantidos em um determinado ordenamento jurídico, a exemplo nas Constituições dos Organismos Estatais específicos como a Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988)[31]. Já a dignidade da pessoa humana por sua vez, que historicamente possui um fundamento religioso e nos remonta ao jusnaturalismo, perpassa pela fundamentação filosófica com o Iluminismo e nos idos do século XX adotando uma retórica política passa a ser fim almejado pela sociedade e pelo Estado.

Assim é cediço que o homem tem direitos naturais e por serem naturais são anteriores à instituição do Poder Estatal e, como tal, devem esses direitos ser reconhecidos, respeitados e protegidos pelo Estado tendo-se, portanto que os direitos humanos são inatos, tratando-

---

[30] ONU -Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em 13 out 2017.

[31] BRASIL -Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 13 out 2017.

se de atributo pré-constituído e dotado de fortes influencias filosóficas, religiosas e políticas.

Dessarte, os direitos humanos encontram-se previstos em Documentos Internacionais, cujo reconhecimento foi então o resultado de diversas lutas que o homem travou ao longo da história, já tendo figurado como seus inimigos o poder religioso, o poder político e inclusive o poder econômico, sendo que no âmbito internacional pode-se destacarcomo dois grandes marcos históricos, um no final do século XVIII e o outro no início do século XX, os quais impulsionaram a comunidade internacional para a positivação dos direitos do homem, sendo eles: a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e a Declaração dos Direitos Humanos.

Atente-seque os direitos elencados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789[32] na França e a Declaração dos Direitos Humanos pela Organização das Nações Unidas em 1948[33] são decorrentes da tragédia e da profunda comoção internacional provocada pelas 1ª e 2ª Guerras Mundiais, e assim com o desenvolvimento das sociedades e das transformações sócio-econômica-culturais experimentadas pelos povos, novas organizações

---

[32] Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Disponível Em:<http://www.fafich.ufmg.br/hist_discip_grad/DeclaraDireitos.pdf>. Acesso em 13 out 2017.

[33]ONU -Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em 13 out 2017.

de vida humana surgiram e consequentemente emergiram novos anseios e necessidades no tocante à dignidade da pessoa humana e aos direitos humanos, como assenta Bobbio acerca da historicidade dos direitos humanos:

> [...] Também os direitos do homem são direitos históricos, que emergem gradualmente das lutas que o homem trava por sua própria emancipação e das transformações das condições de vida que essas lutas produzem. [...] Sabemos hoje que também os direitos ditos humanos são o produto não da natureza, mas da civilização humana; enquanto direitos históricos, eles são mutáveis, ou seja, suscetíveis de transformação e ampliação. Basta examinar os escritos dos primeirosjusnaturalistas para ver quanto se ampliou a lista dos direitos: Hobbes conhecia apenas um deles, o direito à vida.[34] (BOBBIO, 2004, p. 20).

A dignidade humana sempre esteve no centro das discussões jurídicas e pela eficácia irradiante dos preceitos constitucionais vem sendo crescentemente utilizada para o sopesamento de diversas situações nas argumentações jurisprudenciais à exemplo das Cortes Brasileira.

Sobre os direitos humanos pode-se dizer que esses não nascem todos de uma só vez e como assevera Moraes referindo-se à Bobbio: “eles são históricos e se formulam quando e como as circunstâncias sócio-histórico-político-

[34] BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos;*Tradução: Carlos Nelson Coutinho; Nova Ed. 7ª Tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 20.

econômicas são propícias" e portanto se fala em gerações ou dimensões de direitos humanos (MORAES, 2011)[35].

Norberto Bobbio discorre em sua obra acerca da teoria dos direitos humanos a partir da construção daquilo que cunhou de gerações de direitos ensina queos direitos humanos nascem quando devem ou podem nascer, e nascem, exatamente quando o poder e a capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens se afloram, seja pelo progresso técnico devastador e destruidor ou mesmo pelas intervenções exacerbadas na natureza humana e, referindo-se à constante evolução dos direitos do homem escreve:

> Os direitos do Homem, apesar de terem sido considerados naturais desde o início, não foram dados de uma vez por todas. Basta pensar nas vicissitudes da extensão dos direitos políticos. Durante séculos não se considerou de forma alguma natural que as mulheres votassem. Agora, podemos também dizer que não foram dados todos de uma vez e nem conjuntamente. Todavia, não há dúvida de que várias tradições estão se aproximando e formando juntas um único grande desenho da defesa do homem, que compreende os três bens supremos da vida, da liberdade e da segurança social. (BOBBIO, 2004).[36]

---

[35] MORAES, José Luiz Bolzan de. *AsCrises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço Temporal dos Direitos Humanos*. 2 Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011. p. 84.

[36] BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos;*Tradução: Carlos Nelson Coutinho; Nova Ed. 7ª Tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 95.

Os direitos proclamados de primeira geração referem-se aos direitos fundamentais do homem, conquistados nas lutas contra os governos arbitrários e visam limitar a atuação estatal em vista da preservação de direitos como a vida, a liberdade e a igualdade. Os direitos aceitos como de segunda geração, por sua vez decorrem das lutas de classes, notadamente da classe operaria no século XIX e requerem ações afirmativas do Estado.

Como se verifica os direitos de primeira geração apresentam-se como direitos negativos traduzindo-se emlimitação ao Estado e os direitos de segunda geração são positivos exigindo ações concretas para a promoção da dignidade humana, porém como ressalta Bobbio, embora a quase a totalidade das constituições dos Estados, brilhantemente estamparem essas conquistas, infelizmente, boa parte delas e em número significativo de países ali no papel permaneceram, ou seja, uma coisa é proclamar esses direitos, outra coisa é efetivamente desfrutar deles(BOBBIO, 2014. p. 11)[37].

Bobbio assevera que na luta pelos direitos humanos, já tendo sido travada com variados adversários,agora por derradeiro se depara com ameaças que surgem das conquistas das ciências e das aplicações

[37] BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos;*Tradução: Carlos Nelson Coutinho; Nova Ed. 7ª Tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p.11.

dela derivadas, ou seja, dos progressos tecnológicos, exemplificando com o direito a viver em um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, traduzindo-se em uma terceira geração de direitos a qual abrange a preservação do meio ambiente e do consumidor e que pode ser destacado como prenúncio de preocupação nos tempos modernos com a manutenção da vida na terra. (BOBBIO, 2004, p. 96)[38].

Podemos então afirmar que os direitos humanossão universais, generalizantes e históricos, porém não são definitivos visto que em face da evolução natural das sociedades no tempo e dos processos político jurídicos, a cada nova situação surge necessidades outras que carecem de reconhecimento, positivação e concretização.

Nesse contexto pode-se dizer que a trajetória dos direitos humanos resultou em profícuo trabalho de incorporação de direitos fundamentais nas Constituições dos Estados Democráticos e em leis infraconstitucionais, como se verifica na Constituição Republicana do Brasil de 1988 onde ocupam a parte inicial do texto já estampados no art. 5º, revelando sua primazia axiológica frente mesmo

[38] Ibid.p. 96.

das normas de organização e estruturação do Estado BRASIL, 1988).[39]

Observa-se que no Estado Brasileiro à dignidade da pessoa humana não foi reservado o mesmo capítulo dos direitos fundamentais e sim esse postulado ocupa o artigo 1º, tratado que foi como fundamento republicano juntamente com o direito à cidadania.

Nesta senda destaca-se ter o Legislador Constituinte reconhecido a pessoa humana não como um meio mas como um fim de todo o ordenamento, visto que direitos humanos e direitos fundamentais originam de um tronco só e convergem para o mesmo fim que é a pessoa humana.

1. 1 A CONCEPÇÃO BINÁRIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O Brasil experimenta situações paradoxais iniciando pela passagem do Estado Liberal para o Estado Social na luta por direitos e a evolução de suas conquistas, na qual na fase do liberalismo exigia-se uma atuação negativa da administração com foco na preservação de

[39] BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 13 out 2017.

direitos e contenção dos poderes visando a redução da influência estatal na vida dos indivíduos.

O Estado Liberal nos pilares do iluminismo e da idade moderna firmou um modelo para garantia da liberdade do exercício dos direitos civis e políticos em contraposição ao Estado Absolutista que imperava na idade média, definindo nessa órbitaa autonomia individual com o protagonismo do direito privado, onde não se aceitava a interferência estatal e exigia-se a subsunção do poder público ao império da lei.

Na dimensão e evolução dos direitos humanos demandou-se a luta pelos direitos de segunda geração em face da necessidade de atendimento prestacional, requerendo, portanto maior atenção para a redução das desigualdades materiais entre os indivíduos e, diante desse descompasso se viu o agigantamento da função executiva e a hipertrofia do Estado-Administração caracterizado pelo Estado Social.

Com a busca e ampliação dos direitos humanos assistiu-se o fenômeno do constitucionalismo no quala proteção e garantia de direitos fundamentais passou a ser centro das discussões jurídicas.

Em face da ebulição natural de uma sociedade em evolução surge oneoconstitucionalismo onde se reconhece a superioridade do texto constitucional e a eficácia

irradiante dos parâmetros constitucionais na concretização das premissas de justiça social e construção de uma sociedade livre e solidária, fortalecendo-se as instituições democráticas detentoras do poder e fomentando a participação ativa dos destinatários desse poder, cujo movimento impulsionou os interpretes jurídicos à efetivação da força normativa da Constituição.

Sobre o fenômeno da irradiação dos direitos fundamentais objetivando-se a eficácia plena das normas constitucionais nos ensina Luiz Roberto Barroso:

> Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Como antes já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional. À luz de tais premissas, toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional. Qualquer operação de realização do direito envolve a aplicação direta ou indireta da Lei Maior. (BARROSO, 2007).[40]

---

[40] BARROSO, Luiz Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*). Revista

Dessarte, os direitos fundamentais com o fenômeno do pós-positivismo ou neoconstitucionalismo passaram a experimentar uma ampliação dual de sua efetividade. Ao mesmo tempo em que são possuidores de eficácia em uma dimensão proibitiva, voltada para o legislador a fim de que se abstenha de editar leis violadoras de direitos fundamentais, também experimentam uma dimensão positiva, de forma que esse mesmo legislador implemente os direitos fundamentais, porém agora reconhecendo-se a nova *summadivisio*constitucionalizada do direito coletivo e direito individual.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL À EFETIVAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

Não se duvida da importância dos ordenamentos jurídicos que reconhecem e protegem os direitos humanos como se vê da Constituição da República Federativa do Brasil. É certo que os direitos fundamentais foram agasalhados pela ordem jurídica e trouxeram revolução, porém, como afirma Norberto Bobbio não basta prevê-los

---

Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, mar/abr/mai,2007, p. 20 e 21. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direitoo-triunfo-tardio-do-direito-constitucional-no-brasil> Acesso em 13 out 2017.

é preciso implantá-los (BOBBIO, 2004).[41] E isso se faz mediante um sistema legislativo eficiente e por estratégias governamentais capazes de promover e garantir as promessas constitucionais com vistas à efetivação dos direitos fundamentais constitucionais, isto é do direito fundamental à efetivação da Constituição.

Como em grande parte das nações do mundo, na República Federativa do Brasil não é diferente e a sua população não desfruta da proteção e garantia efetiva dos direitos constitucionais, embora em quase a totalidade das Constituições dos Estados Democráticos se vê estampado essas conquistas em seus Diplomas Constitucionais e legislações infralegais, à exemplo da República Federativa do Brasil.

Ocorre porém que a positivação desses direitos é ainda distante de efetivamente desfrutar-se deles, significando que grande parte de normas programáticas carecem de ações legislativas e executivas para a efetividade dos direitos fundamentais constitucionais, não obstante o conteúdo do § 1º do artigo 5º que prevê: "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. (BRASIL, 1988).[42]

---

[41] BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos;*Tradução: Carlos Nelson Coutinho; Nova Ed. 7ª Tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p.11.

[42] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível

Nesse paradoxo, no cenário nacionalo que se verifica na atualidade é um elevado déficit de concretização das promessas constitucionais, seja pela omissão das atividades legiferante e executiva como também em face das amarras orçamentárias e o Judiciário se vê instado frequentemente a realizar o controle das políticas públicas, cujo exercício exige elevado ativismo judicial com o fim de sopesar os direitos fundamentais envolvidos.

2.1O DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL

O devido processo uma vez estruturado como instrumento jurídico processual constitucional no Estado Democrático de Direito tem o fim de possibilitar a efetiva tutela de proteção e fomento de direitos medianteo processo em contraditório participativo entre os interessados.

No direito democrático contemporâneo a processualidadeé característica das várias funções do Estado e nesse prisma, sob a perspectiva do Direito Processual Constitucional a jurisdição deve ser entendida como possibilidade de inserir o sujeito no sistema de

---

em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 13 out 2017.

direitos e assim é o processo um instrumento de proteção e garantia para a efetividade de direitos fundamentais constitucionais, não mais se coadunando com a separação estaque de poder.

A conceituação de Poder pode ser compreendida na relação de conformação, legitimidade e controle entre aqueles que o detêm e aqueles que são os seus destinatários e essarelação tem bases políticas, sociais, culturais, religiosas e econômicas.

Destarte o Estado é o exercício do poder político legitimado por essa relação e centrado nos aspectos jurídicos que conformam sua atuação com vistas a garantir liberdade e proteção dos direitos aos destinatários, ao que se afirma, portanto que o poder é uno.

No direito democrático contemporâneo a processualidade ampla é característica das várias funções do Estado e sob a perspectiva do Direito Processual Constitucional, a jurisdição deve ser entendida como possibilidade de inserir o sujeito no sistema de direito e o devido processo enquanto ressignificado pelo Direito Processual Constitucional é um poderoso instrumento para a proteção de direitos fundamentais.

3 ACENTRALIDADE PROTAGONIZADA PELO JUDICIÁRIO

Necessário frisar que sob o pálio da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988)[43] o Direito Brasileiro experimenta uma mutação em seu ordenamento e também no exercício da jurisdição, reconhecendo-se a força normativa de princípios com alta carga axiológica e força de irradiação colocando o judiciário na centralidade desse Poder.

Destarte, pela Carta Constitucional de onde se extrai direitos fundamentais de diversas dimensões e, que frise-se, aos quais se conferiu aplicabilidade imediata como estabelece o seu art. 5º §1º, somado ao fortalecimento do judiciário ao se consagrar a inafastabilidade da tutela judicial no mesmo artigo em seu inciso XXXV (BRASIL, 1988)[44] privilegiou-se as decisões principiológicas e, portanto, são judicializadas questões que não foram resolvidas pelo Poder Legislativo ou o foram de forma ineficiente, mas o certo é que grandes questões políticas, sociais, morais, econômicas, públicas

---

[43] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 13 out 2017.

[44] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Artigo 5º § 1º e artigo 5º XXXV. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 13 out 2017.

ou privadas estão sendo decididas perante o Poder Judiciário e por isso têm-se que judicialização é um fato.

Diante desse crescente acesso ao judiciário na busca pela efetivação dos direitos fundamentais, para complementação ao debate, destaca-se ainda o ativismo judicial, compreendendo-se esse como atitude do Poder Judiciário associada à participação ampla na implementação dos direitos fundamentais e que se contrapõe a autocontenção judicial.

O ativismo judicial é a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a constituição por meio de expansão dos seus sentidos e do seu alcance. Ocorre que o Poder Judiciário no exercício do controle jurisdicional invade por vezes as esferas dos demais poderes se projetando no cenário jurídico, político e administrativo em detrimento à especialização das funções do Estado, acarretando assim um processo autofágico dos poderes estatais.

Como assevera José Luiz Bolzan de Morais ao afirmar que a Constituição, enquanto documento jurídico-político é um instrumento de segurança e legitimidade social, mas adverte que nos vemos em uma crise institucional sob a fórmula do neoconstitucionalismo e querepercute na própria funcionalidade do Estado, onde assistimos a uma disputa intestina de poder e em cujo

embate a centralidade é assumida pela função jurisdicional em afronta à separação e harmonia das funções estatais (MORAIS, 2011).[45]

Nessa perspectiva a Judicialização como fato e, na expressão cunhada por Morais e Brum, seu irmão siamês o ativismo judicial (MORAIS; BRUM, 2016)[46], podem contribuir para a evolução democrática das relações jurídicas pela interpretação do dinamismo da mutação social, pois novos contornos devem e precisam ser adotados para se amoldar a lei à vida. Entretanto cuidados devem ser adotados para não se incorrer na hipertrofia do judiciário e ressalta-se que esses contornos podem e devem ser evitados por meio de um ativismo judicial responsável e comprometido com aefetividade da Constituição em sua integridade.

3.1 A RESSIGNIFICAÇÃO DA INAFASTABILIDADE DO ACESSO À JUSTIÇA

A terminologia acesso à justiça é usualmente empregada como a finalidade básica do sistema jurídico

---

[45] MORAIS, José Luiz Bolzan de. As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço Temporal dos Direitos Humanos. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 56.

[46] MORAIS, José Luiz Bolzan de. e BRUM, Guilherme Valle. *Políticas Públicas e Jurisdição Constitucional:*Entre Direitos, Deveres e Desejos. Estado e Constituição- 16. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 65.

pelo qual o cidadão possa reivindicar seus direitos e resolver os conflitosmediante a intervenção do Estado, mas também se traduz no funcionamento de um sistema acessível a todos e, ao final pode ser firmado como um direito fundamental que deve ser garantido pelas funções estatais na busca de se promover a igualdade material e jurídica mediante resultados justos.

A busca pela igualdade e o equilíbrio entre a demanda e a prestação de serviço é o ponto central para a satisfação e efetividade na execução das atividades estatais diante das promessas constitucionais do Estado do bem estar social, pelo que é recorrente o surgimento de conflitos em decorrência das relações jurídicas travadas no cotidiano e o reequilíbrio é perseguidocada dia mais por meio do direito fundamental de acesso à justiça.

Nesse ponto se faz necessário ressaltarque no Estado Democrático de Direito Contemporâneo o direito fundamental constitucional à efetividade da proteção jurisdicionalnão mais se contenta com somente a leitura estreita do artigo 5º inciso XXXV da CRFB (BRASIL, 1988),[47] exige-se pois a ressignificação do princípio do acesso à justiça, amparado por novos modelos jurídicos-

[47] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Artigo 5º XXXV. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 13 out 2017.

institucionais que compreendam o Direito não somente como ele é, mas primordialmente, como ele deve ser para transformar a realidade social como compromisso da Ordem Convencional e Constitucional de proteção aos direitos humanos fundados nos Tratados, Convenções, Acordos Internacionais e nos direitos fundamentais constitucionais positivados pelos Estado que adotam o sistema democrático.

Nesse contexto e sob a perspectiva de que o direito de ação enquanto instrumento de defesa e garantia de direitos previsto no capítulo de Direitos Fundamentais da Constituição é mais amplo e requer uma nova leitura por meio do devido processo constitucional é que reconhece-se que o Poder Judiciário é chamado a se pronunciar e dessa forma se agiganta em busca de respostas a todos os conflitos.

Porém o acesso tem que ser proporcional ao limite existente e real sob pena de se tornar insustentável, uma vez que o acesso absoluto e irrestrito por meio da judicialização da política, da saúde, da vida privada e das mais diversas e variadas contendas diárias coletivas ou individuais acaba por prejudicar a execução da atividade jurisdicional, embora não se possa afirmar que essa é a única razão para o estrangulamento da capacidade da função judicial. Mas é certo ser um obstáculo à eficaz e

célere duração razoável do processo e a efetividade das decisões.

Diante do crescimento das demandas judicionalizadas é cada dia mais frequente os discursos de reforma do judiciário para adoção de filtros em face da inviabilização quantitativa e qualitativa de responder ao incessante ingresso de demandas, podendo ser citado as reformas de procedimentos judiciais e as alternativas de solução extrajudicial, as quais muitas delas eficientes e adequadas,visando reduzir a crise de sustentabilidade do sistema, mas é forçoso reconhecer que trata-se de óbice a ser investigado, uma vez que dificulta o posicionando o sistema jurisdicional como instrumento eficaz na proteção dos direitos fundamentais.

4 O DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Diante da eficácia irradiante da normatividade constitucional o exercício do poder antes autoritário e centrado na Supremacia da Administração passa-se a legitimar-se nas democracias fundadas no poder legitimo do cidadão como titular desse poder, iniciando a constitucionalização do Direito sob a perspectiva do devido processo constitucional.

A construção judicial do direito através do Processo é um compromisso entre a estabilidade e a evolução e, portanto a função do processo não pode ser apenas aplicativa e conservadora, mas deve ser instrumento de mudança da qual resulte segurança na realização dos interesse envolvidos.

Os princípios do devido processoe da defesa em juízo foram consagrados no artigo 8º do Pacto de São José da Costa Rica de 22 de novembro de 1969 (OEA, 1969)[48], cujo documento foi ratificado pelo Brasil em 25 de setembro de 1992[49], figurando o processo como genuíno instrumento de tutela do direito que se realiza através das previsões constitucionais para garantia da pessoa humana e para a proteção de direitos fundamentais, sendo também

---

[48] OEA – Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Pacto de São José da Costa Rica de 1969. Artigo 8º - Garantias judiciais 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm> Acesso em 13 out 2017.

[49] BRASIL – Decreto nº 678 de 06 de novembro de 1992. Promulgação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.Disponível em: <http://aidpbrasil.org.br/arquivos/anexos/conv_idh.pdf> Acesso em 13 out 2017.

reconhecido pela Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 em seu artigo VIII.[50]

Nessa senda surge o Direito Constitucional Processual e o Direito Processual Constitucional, sendo que o primeiro tutela os princípios fundamentais do processo se atendo ao estudo sistemático dos conceitos, categorias e instituições processuais consagradas na Constituição e dotados de força irradiante.

Já o Direito Processual Constitucional tutela os mecanismos do processo como instrumentos processuais para a eficácia e efetividadedas normas constitucionais, tendo por fim o estudo das instituições processuais consagradas nas Constituições denominadas como garantias constitucionais de caráter processual.

4. 1 O PROCESSO ESTRUTURADO EM CONTRADITÓRIO PARTICIPATIVO

A doutrina historicamente atrelava os direitos fundamentais na premissa de proteção dos direitos (ação omissiva do Estado) e promoção de garantias (ação comissiva do Estado), de forma a preservar os interesses

[50] ONU – Declaração Universal dos Direitos Humanos. Artigo VII - Todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei. Disponível em:<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf> Acesso em 13 out 2017.

dos particulares em confronto à liberdade estatal, por essa premissa, se justifica a preocupação do legislador constituinte na proteção das relações jurídicas particular-estado, pois devido a desigualdade jurídica entre as partes preciso era proteger os indivíduos nas suas relações com o Poder Público. Contudo, sob o postulado da indisponibilidade do interesse público, em certas e não raras vezes o administrador público se justificava para prevalecer a supremacia da administração em detrimento ao interesse privado e desta forma exigir o sacrifício de direitos dos administrados, fazendo preponderar a dicotomia entre interesse público e interesse privado sob o império da autoridade estatal.

Entretanto, com o rompimento dessa concepção dos direitos fundamentais tão somente sob a dimensão subjetiva e o desenvolvimento da premissa sob o viés objetivo, os direitos fundamentais positivados no texto constitucional passam a ser compreendidos como vetores axiológicos e normatividade irradiante de seus efeitos em todas as relações jurídicas, exigindo não só ações prestacionais do Estado para atendimento das promessas constitucionais no tocante aos direitos sociais, bem como unidade e justeza da Constituição, pelo qual o particular passa a ostentar a titularidade que lhe é própria como destinatário do poder, requerendo então a observância das

garantias e proteção dos direitos fundamentais sob o filtro obrigatório do Direito Processual Constitucional e isto, com a oportunidade de buscar a solução de seus litígios não mais em posiçãode desigualdade jurídica, material ou processual, mas sim em simétrica paridade de dizer e contradizer argumentos, fatos e direitos, isto é um contraditório efetivamente participativo.

Oprocesso como relação jurídica, enquanto vínculo que liga os sujeitos situados em polos diversos: passivo e ativo, acabou por se revelar insuficiente e Aroldo Plínio Gonçalves (GONÇALVES, 2012)[51], difundindo as ideias de ElioFazzalari, nos apresenta o Processo estruturado em contraditório, cujo autor italiano inaugurava a teoria estruturalista do processo distinguindo processo e procedimento, onde processo não é a mera sequência de atos praticados pelas partes e sim a presença do contraditório entre os contenidos em simétrica paridade e o procedimento é a própria estrutura técnico jurídica construída pelas interessados.

Assim, na concepção agasalhada pelo Estado Democrático de Direito contemporâneo, pela qual se aceita a processualidade ampla assentada no devido processo constitucional epresente em todos os âmbitos do exercício

[51] GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro. AIDE. 2001

da função estatal, a realização do processo mediante contraditório participativo entre as partes interessadas, com a garantia de informação e participação ativa dos destinatários de seus efeitos, demonstra ser o devido processo constitucional uma via hábil e eficiente para a prevenção e resolução conflitos preponderando a proteção dos direitos fundamentais.

CONCLUSÃO

Na evolução e conquistas dos direitos humanos reconhece-se os direitos de primeira geração como os direitos de liberdade, já os direitos de segunda geração decorrem de lutas de classes e requerem ações afirmativas e, por sua vez os direitos de terceira geração apresentam-se como as ameaças que surgem das conquistas das ciências e de suas implicações nos progressos tecnológicos, cuja defesa se volta à manutenção da vida na terra e, os direitos de quarta geração que são apontados como o direito à comunicação, à privacidade e à integridade genética.

A nomenclatura é questionada no mundo jurídico, sendo também ventilada como dimensões dos direitos humanos, mas o certo é que esses são históricos e não nascem todos de uma vez, surgem quando e onde devem

surgir em razão das lutas travadas por seu titular inato que é o homem em sua dignidade humana.

Aconcepção de Estado e Poder são eixos centrais para a sistematização da ordem jurídica no Estado Democrático de Direito, caracterizado pelo conjunto de princípios e regras irradiantes da Constituição sendo um dos instrumentos essenciais para a legitimação das diferentes funções estatais e para o exercício do poder.

Dessa forma, sob a premissa do Estado Democrático de Direito Contemporâneo que tem a Constituição como sua base hermenêutica e integradora, justifica-se uma releitura de todo o ordenamento com as lentes focadas à proteção do ser humano e defesa dos direitos fundamentais.

O Processo, enquanto técnica como garantia em contraditório participativo se consubstancia em informação e reação, e as vias de solução de conflitos não podem prescindir do processo que deve ser trabalhado a partir de um novo conceito definido na Constituição que é o Direito Processual Constitucional como garantia da inserção do sujeito no sistema de direitos.

Conclue-se assim que os direitos fundamentais constitucionais coloca o cidadão na condição de titular e destinatário do poder, requerendoa observância das garantias e proteção dos direitos sob o filtro do Direito

Processual Constitucional por meio do devido processo constitucional.

REFERENCIAS

BARROSO, Luiz Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*). Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, mar/abr/mai, 2007, p. 20 e 21. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direitoo-triunfo-tardio-do-direito-constitucional-no-brasil> Acesso em 13 out 2017.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos;*Tradução: Carlos Nelson Coutinho; Nova Ed. 7ª Tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL -Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 13 out 2017.

BRASIL – Decreto nº 678 de 06 de novembro de 1992. Promulgação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.Disponível em: <http://aidpbrasil.org.br/arquivos/anexos/conv_idh.pdf> Acesso em 13 out 2017.

FRANÇA. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Disponível em:

<http://www.fafich.ufmg.br/hist_discip_grad/DeclaraDireitos.pdf >. Acesso em 13 out. 2017.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo.* Rio de Janeiro. AIDE. 2001

MORAES, José Luiz Bolzan de. *AsCrises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço Temporal dos Direitos Humanos*. 2 Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. e BRUM, Guilherme Valle. *Políticas Públicas e Jurisdição Constitucional:*Entre Direitos, Deveres e Desejos. Estado e Constituição- 16. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

OEA – Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Pacto de São José da Costa Rica de 1969. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm> Acesso em 13 out. 2017.

ONU - Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Disponível em:<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em 13 out. 2017.

O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS: REFLEXÕES SOBRE SUA APLICABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

THE INCIDENT OF RESOLUTION OF REPETITIVE DEMANDS: REFLECTIONS ON ITS APPLICABILITY IN BRAZILIAN LEGAL ORDINANCE

Dalvaney Aparecida de Araújo
Thamara Estéfane Martins Balbino

Resumo: Diante da busca pelo processo democrático em todos os níveis, o incidente resolução de demandas repetitivas vem se destacando na tentativa de alcançar os objetivos da razoável duração do processo, da segurança jurídica, da integridade e da coerência das decisões. Nesse contexto, o dito instituto vem despertando reflexões em virtude dos valores sociais que agrega. Assim, objetiva-se analisar a aplicabilidade desse instituto no ordenamento jurídico pátrio, verificando suas nuances e peculiaridades. A pesquisa bibliográfica e documental foi realizada por meio do método dedutivo, partindo-se da concepção macro do processo democrático em direção a uma análise micro do incidente de resolução de demandas repetitivas.
Palavras-chave: Processo Democrático; Razoável Duração do Processo; Direitos Fundamentais, Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas; Reflexão.

Abstract: Faced with the search for the democratic process at all levels, the incident resolution of repetitive demands has been emphasizing the attempt to achieve the objectives of the reasonable duration of the process, legal certainty, integrity and coherence of decisions. In this context, the institute has been raising reflections

considering the social values that it adds. Thus, it aims to analyze the applicability of this institute in the legal order of the country, verifying their nuances and peculiarities. The bibliographic and documentary research was carried out by means of the deductive method, starting from the macro conception of the democratic process towards a micro analysis of the incident of resolution of repetitive demands.
Keywords: Democratic Process; Reasonable Duration of the Process; Fundamental Rights, Incident of Resolution of Repetitive Demands; Reflection.

1. INTRODUÇÃO

O processo democrático em todos os níveis - concebido como aquele que, além de viabilizar o acesso dos cidadãos à justiça, concilia de igual forma as garantias da razoável duração do processo, da segurança jurídica, da integridade e da coerência das decisões - é tido como um dos principais objetivos a serem alcançados pela ordem jurídica atual.

Isso porque o diploma civil de 1973 foi concebido sob a perspectiva individualista do liberalismo econômico, buscando a solução para cada caso em específico, sem atentar primordialmente para as demandas de massa. Contudo, grande parte do volume de ações que tramitam no judiciário brasileiro concernem justamente às causas consideradas como repetitivas, onde mesmo que os

sujeitos sejam diversos, por vezes, o caso envolverá questões de direito muito parecidas ou mesmo idênticas.

Um dos aspectos que mais chamam atenção a esse respeito, é que muitas vezes nas decisões proferidas acerca desses processos, há situações de disparidade onde situações semelhantes recebem tratamentos diversos. Sob essa perspectiva, uma das preocupações centrais está justamente no fato de se evitar que casos substancialmente muito parecidos sejam tratados de formas muito diversas.

Essa disparidade de decisões judiciais acerca de situações muito similares afronta a segurança jurídica, a partir do momento em que o jurisdicionado não consegue minimamente planejar sua situação jurídica diante de um cenário de constante incerteza nos posicionamentos. De igual modo, representa também um risco para a isonomia uma vez que deixa de atender um pressuposto básico desse conceito que é não estabelecer diferenças entre pessoas que estejam nas mesmas condições.

Nesse sentido, conciliar o atendimento das demandas propostas com os princípios de um processo que se mostre eficaz, coerente com as decisões proferidas em casos semelhantes e, ao mesmo tempo, decidido em tempo hábil, passou a ser uma das principais metas a serem alcançadas.

Sob esse enfoque, o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) veio como uma medida judicial para se discutir questões de direito idênticas e se fixar entendimentos que servirão de orientação para os demais litígios, os chamados casos-modelo. Mais que um instrumento para auxiliar em casos repetitivos, o IRDR pode se tornar, caso siga as diretrizes que lhe são próprias, uma ferramenta para promoção dos valores fundamentais de isonomia, segurança jurídica, previsibilidade e economia processual.

Com isso, a expectativa dos tribunais é que haja uma diminuição nos volumes de processos que atualmente abarrotam as Justiças Estaduais e Federais e também os Juizados Especiais do pais. Nessa perspectiva, o IRDR é visto como um mecanismo de viés quantitativo, mas, também, qualitativo, vez que se pretende- que os julgamentos sejam proferidos a partir das diretrizes previamente fixadas na causa modelo.

Se, no julgamento do IRDR forem observadas as nuances de um processo co-participativo das partes e terceiros interessados, o debate poderá ser útil e cumprirá seu objetivo de uma prestação jurisdicional em tempo razoável e, por consequência diminuirá o volume de processo.Para tanto, o incidente de resolução de demandas repetitivas deve ser aplicado em conformidade com o

texto constitucional e com as normas fundamentais atinente a todo processo que se afirme como democrático. Isso para se garantir segurança jurídica para as partes.

Nesse compasso, a garantia desses direitos elementares somente ocorrerá se de fato o instituto vier a ser aplicado sob essas perspectivas assinaladas. Assim, objetiva-se analisar a aplicabilidade do IRDR no ordenamento jurídico brasileiro de modo a verificar se as bases do instituto correspondem às matrizes teóricas de sua criação.

Por meio da pesquisa bibliográfica foi possível construir análises temáticas, teóricas e críticas sobre a temática do incidente de resolução de demandas repetitivas, delimitando-se o objeto da pesquisa mediante a utilização do método dedutivo, partindo-se de uma concepção macro-analítica (processo democrático) em direção a uma análise micro-analítica (estudo do IRDR).

2. O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A realidade do Judiciário brasileiro encontra-se demarcada por um contencioso número de processos em curso. Muitas dessas causas são concernentes às chamadas

demandas repetitivas, justamente por possuírem em seu cerne uma mesma questão de direito.

Esse volume de ações individuais (em sua maioria) ou coletivas, evidencia a impossibilidade de se proferir decisões satisfatórias num razoável espaço de tempo, o que aponta para diversas falhas no tocante à segurança jurídica e previsibilidade das decisões.

Note-se que se trata de uma anormalidade no processo civil o fato de os tribunais julgarem a mesma questão por reiteradas vezes, muitas delas porque a demanda refere-se a pessoas diferentes. São causas idênticas, mas que podem receber tratamentos distintos. A esse respeito Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 569) pondera que:

> Demandas repetitivas constituem uma anomalia no sistema processual. De fato, nada justifica que uma *mesma questão* deva ser examinada várias vezes pelo Judiciário, apenas porque se refere a pessoas diferentes. Ainda assim, a manifesta índole individual do processo civil brasileiro - e, de modo geral, do processo de origem continental-europeia - restringe apenas às partes em regra a coisa julgada (art.506), o que torna necessário que relações jurídicas de série, ou seja, idênticas, travadas com vários sujeitos diferentes, sejam decididas várias vezes. (...) Essa situação obviamente gera inúmeros problemas, especialmente ligados à inconsistência do sistema jurídico e à possibilidade de que situações idênticas

> recebam tratamento diverso. Ora, a multiplicação de questões idênticas pode gerar a consequência de que o Direito seja aplicado de forma diferente aos interessados, fazendo com que alguns sujeitos devam comportar-se de certo modo, enquanto outros estarão obrigados à conduta diversa diante da mesma situação. Isso é certamente indesejável no sistema e estimula, sobretudo, a multiplicação de demandas, até porque, *até a decisão da questão singular, em relação a cada um dos sujeitos,* nenhum deles poderá de antemãoafirmar com certeza como deve ser tratada a sua situação.

Nesse contexto, por diversas vezes, verifica-se decisões judiciais que tratam jurisdicionados em uma mesma situação a partir de orientações diferentes. Isso provoca inconsistência no sistema jurídico e a possibilidade de tratamentos diversos à causa idênticas.

Com vistas a reverter essa situação acerca das matérias repetitivas, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe em seu bojo o chamado "incidente de resolução de demandas repetitivas", cuja previsibilidade legal encontra-se no artigo 976 e seguintes (BRASIL, 2017).

O incidente de resolução de demandas repetitivas, também chamado de IRDR, pode ser definido, em síntese, como o instrumento que permite aos tribunais de segundo grau (Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais) julgar casos posteriores, tidos como demandas repetitivas, a partir de casos amostras que guardem entre

seus objetos controvertidos uma relação de proximidade ou mesmo igualdade na questão do direito.

Essa técnica teve como inspiração o direito inglês e o direito alemão. No caso da experiência inglesa baseou-se na *GroupLitigationOrder*(GLO). Ela foi introduzida com as *Civil Procedure Rules,* em 1998 com o intuito de permitir que demandas semelhantes ou próximas, que não fossem necessariamente idêntica, tivessem tramitação conjunta para terem o mesmo tratamento de forma eficiente e efetiva. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015).

A ênfase desse mecanismo pauta-se na gestão de processos, uma vez que ele é pensado na estrutura e no interesso do próprio Poder Judiciário. Contudo, a solicitação para que uma causa possa transcorrer sob esse regime especial depende de prévia consulta à *Law Society'sMultiPartyInjôrmationServicee,* de uma autorização específica do tribunal ao qual a causa está vinculada *(LordChiefJustice*ou *Vice-Chancellor,* dependendo do caso). Observe-se que ela pode versar tanto sobre questões de direito comum, como de fato, podendo ser provocada pela parte ou de ofício pelo juiz envolvido. A partir daí designa-se um tribunal *(Management Court)* cuja função será a de examinar a questão comum, resolvendo a matéria em relação aos

interessados que assim postularem. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015).

No direito alemão, no caso os *Musterverfahren*, teve a introdução da técnica em 1991 em uma lei que reformava a Justiça Administrativa alemã. Mas há previsibilidade de aplicação do instituto em outros diplomas legais. A essência básica do instituto refere-se a um julgamento de um "caso-piloto" que serve de ideia acerca do posicionamento da jurisdição alemã a respeito daquele tipo de controvérsia. Entretanto, há a exigência de cumprimento de alguns requisitos, além do estrito juízo de admissibilidade. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015).

Uma vez autorizado o processamento do caso-modelo, realiza-se uma cisão no julgamento da demanda, evidenciando as questões comuns relativas às ações individuais para uma apreciação posterior em conjunto delas. Tais questões serão objeto de julgamento de tribunal de segundo grau, enquanto instância originária e, fixado o posicionamento, cada processo será analisado pelo seu juízo respectivo, o qual aplicará a solução da questão comum que fora objeto de apreciação do Tribunal. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015).

O instituto brasileiro em muito se assemelha com as figuras do direito comparado assinaladas,

especialmente as do direito alemão. Contudo, somente será objeto de uma IRDR uma questão de direito, se os fatos versarem sobre questões comuns, de acordo com o diploma civil vigente. Observe-se que, além do IRDR, o país adota também outros instrumento para tratar a questão das causas repetitivas, como a súmula vinculante, o julgamento de recursos repetitivos e a improcedência liminar do pedido. O objetivo é uniformização da aplicação do Direito.

Assim, no sistema brasileiro, nos casos de demanda repetitiva, primeiramente seleciona-se uma "caso-piloto", posteriormente, o Tribunal analisa a questão de direito a ele submetida e essa decisão servirá de norte para as demais questões semelhantes. Contudo, o caso amostra deve representar adequadamente a controvérsia repetitiva. Assim, construir-se-á uma orientação jurisprudencial que se mostrariacoerente a todos os casos semelhantes julgados posteriormente. Necessário ressaltar que o caso-amostra poderá ser um recurso, um reexame necessário ou mesmo uma ação de competência do tribunal, não sendo unicamente um recurso como é mais comumente pensado quando se fala no assunto.

Observe que se trata de um fenômeno inconfundível com a conexão. Isso porque na conexão existem duasou mais demandas que possuem *a mesma*

causa de pedir ou *o mesmo* objeto. E esse não é o objeto das demandas repetitivas. Nesse sentido esclarece Câmara (2015, p. 494):

> Pois bem: a conexão exige, para configurar-se, que duas ou mais demandas tenham *o mesmo objeto* ou *a mesma causa de pedir*. Não é disso, definitivamente, que se trata quando se está diante de demandas repetitivas. Imagine-se, por exemplo, que uma operadora de telefonia celular não presta, aos seus clientes, de forma adequada o serviço de Internet móvel, que é interrompida injustificadamente a todo instante; pois cada consumidor irá a juízo contra a operadora de telefonia reclamando da interrupção do serviço a ele prestado (e, pois, as causas de pedir são *iguais*, mas não se trata da rnesrnacausa de pedir), e cada um deles pedirá a condenação da ré a reparar dano que individualmente sofreu (e, pois, os pedidos são *iguais*, mas não se trata do mesmo pedido).

Ao se analisar os dispositivos processuais vocacionadas a reger o instituto, percebe-se que, dentre os principais objetivos elencados, encontram-se a economia processual a previsibilidade, a segurança jurídica e a isonomia entre os jurisdicionados. Ressalta-se, no entanto, a importância de não restringir o instituto ao alcance unicamentedesses objetivos visto que outras finalidades também podem ser viabilizadas por meio desse mecanismo.

A partir dessa visão, preceitua-se que, para a instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, torna-se imprescindível a demonstração efetiva da controvérsia interpretativa, não podendo ser um simples dissenso parcial. Isso porque poderia haver o risco de se instaurar a padronização preventiva, o que é vedado no nosso ordenamento também tendo sido muito combatido na fase de tramitação legislativa.

Há que se vislumbrar que a multiplicidade de processos a despeito da mesma questão jurídica já deve existir antes da instauração do incidente. Trata-se de um pressuposto objetivo e não meramente potencial. Também o caráter de "repetitivo" que justifica a ocorrência do IRDR deve ser determinado por uma questão essencialmente jurídica.

De igual modo, não basta a simples reiteração de processos com a mesma questão jurídica despertando controvérsias. Isso porque há um requisito concomitante de acordo com o art. 976, II, do CPC (BRASIL, 2017). Vale dizer, é preciso que exista o risco de violação da isonomia ou da segurança jurídica evidenciado pelo fato de inúmeros processos em situações semelhantes estarem recebendo soluções distintas.

Seguindo essa linha de pensamento, o incidente de resolução de demandas repetitivas será suscitado nos casos

em que se verifique o risco de controvérsia no julgamento sobre semelhantes questões de direito afetando a isonomia e a segurança jurídica das decisões. Ressalte-se, todavia, que caso esses requisitos não sejam satisfeitos e impliquem na inadmissibilidade do IRDR, quando eles forem supridos poderá ser o incidente novamente suscitado (art. 976, § 3º, CPC (BRASIL, 2017).

Ademais, questão fundamental preconizada pelo instituto, é que para vedar que a aplicação do caso amostra seja feita de forma automática é necessário, de acordo com o art. 981, §2º, CPC (BRASIL, 2017), o enfrentamento "de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida".

Essa recomendação acerca do contraditório e de uma fundamentação estruturada ganham maior importância frente à realidade jurisdicional brasileira, principalmente quando se percebe o hábito de reiteração de demandas. Embora a ideia acerca do IRDR pareça hábil a concretizar os objetivos a que se destina, faz-se necessária a sua análise em consonância com a realidade pátria, de modo apromover verdadeiramente melhoras na massificação de demandas no nosso país.

Nesse sentido, a busca por decisões judiciais em tempo razoável e mais isonômicas para as partes, em situações semelhantes, adveio de resultados da evolução da

própria concepção do processo, que deixa de ser visto apenas como um mecanismo para se alcançar direitos, tornando-se um verdadeiro promotor das garantias fundamentais de seus jurisdicionados.

3. O INCIDENTE DE DEMANAS REPETITIVAS E SEU FUNCIONAMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

O novo Código de Processo Civil, objetivando uniformizar casos de demandas de massa, criou o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), que se encontra regulado nos artigos 976 a 987 (BRASIL, 2017. Esses preceitos processuais explicitam que o IRDR é cabível no âmbito dos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais naqueles caso de processos repetitivos com questões de direito similares e também nos casos em que haja risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Note-se que, por um critério objetivo, a multiplicidade de processos a despeito da mesma questão jurídica já deve existir antes da instauração do incidente. Também o caráter de “repetitivo” que justifica a ocorrência do IRDR deve ser determinado por uma questão essencialmente jurídica, muita embora não deve referir-se necessariamente ao mérito da causa, podendo se

tratar de uma questão de direito processual como explicita o art. 928, parágrafo único, do CPC/15 (BRASIL, 2017).

Entretanto, além da efetiva reiteração de processos com questão jurídica idêntica, deve-se vislumbrar eventual violação dos princípios da isonomia e da segurança jurídica, nos termos do artigo 976, inciso II do CPC. Observe-se que, mesmo que esses requisitos não sejam satisfeitos e impliquem na admissibilidade do IRDR, quando eles o forem poderá ser o incidente novamente suscitado (art. 976, § 3º). (BRASIL, 2017).

Os limites temporais vislumbrados no momento processual em que se encontram os múltiplos processos constituem parâmetros a serem analisados. É que, dependendo da fase em que está o processo, não se poderá instaurar o IRDR por ser em situação processual não oportuna. Assim, inicialmente, deve o processo já possuir tramite no tribunal a despeito de matéria repetitiva ou pelo menos estar próximo a sua tramitação no tribunal, quando da interposição de algum recurso.

Há que se observar que há um prazo máximo para instauração do IRDR. Ele deve ser instaurado antes de eventuais interposições de recursos especiais ou extraordinários repetitivos, sobre a mesma questão, nos tribunais superiores, uma vez que o julgamento de recursos especiais ou extraordinários de caráter repetitivo

tratarão da matéria de forma similar ao que seria feito no julgamento do IRDR.

Consoante o parágrafo único do art. 978 do CPC (BRASIL, 2017), o órgão incumbido de julgar o IRDR, julgará também "o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente". Assim, o IRDR necessariamente se originará de uma medida de competência do tribunal, sendo ele ligado sempre a alguma outra medida que compete ao tribunal julgar, já que o IRDR não pode instaurar-se no tribunal, autonomamente, enquanto o processo ainda tramita em primeiro grau.

Ressalte-se que existe um dever concomitante do juiz de comunicar também o Tribunal da existência de demandas individuais repetitivas para que este fixe tese sobre o tema (incidente de resolução de demandas repetitivas). São deveres que irão conviver e que são paralelos. (DIDIER, 2015). O pedido de instauração do incidente deve ser julgado no prazo de um ano, podendo ser encaminhado ao Presidente do Tribunal competente pelo juiz ou relator, de ofício, ou efetuado por petição pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelas partes.

Caso seja admitido o incidente, o CPC prevê em seu artigo 982, § 3º, que qualquer legitimado para propor o incidente poderá requerer ao tribunal competente para

decidir o recurso especial ou extraordinário que determine a suspensão, em todo o território nacional, das ações que tenham por objeto a mesma questão jurídica. (BRASIL, 2017)

O relator do processo poderá, quando constatar no recurso, reexame necessário ou ação originária sob sua relatoria, a existência de questão jurídica repetitiva que preencha os pressupostos para o incidente, ainda que sem pedido das partes, oficiar pleiteando a instauração do IRDR (art. 977, I, CPC) ao Presidente do Tribunal. Este, em acatando, determinará sua distribuição e encaminhamento ao órgão colegiado competente para o IRDR, para que esse decida quanto à sua admissibilidade (art. 981, CPC). (BRASIL, 2017)

O relator atuará por delegação do colegiado. O art. 977, I, também confere ao juiz de primeiro grau tal poder quando ele remete recurso ou reexame necessário ao tribunal. Igualmente as partes do processo, em que a questão repetitiva se ponha, estão legitimadas a requerer a instauração do incidente (977, II). A legitimidade estende-se ao Ministério Público, seja como parte, seja como fiscal da lei assim como à Defensoria Pública, nos processos em que atua (art. 977, III). Observe-se que, quando o Ministério Público não for o próprio requerente do IRDR, deverá depois dele participar, como fiscal da lei. Para

tanto, caberá ao relator intimá-lo para, querendo, manifestar-se em quinze dias (art. 982, III). (BRASIL, 2017)

Com o incidente julgado, a tese jurídica será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem 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, salvo revisão na forma do art. 986 do CPC (BRASIL, 2017).

Ressalte-se que, caso não seja observada a tese adotada no incidente caberá, inclusive, reclamação. Note-se, todavia, que a tese jurídica firmada pelo tribunal não é absoluta e nem imutável o que significa que de acordo com art. 986 do CPC existe a possibilidade de revisão da tese jurídica caso seja visto como medida necessária considerando a superação do entendimento invocado.

4 O INSTITUTO DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E A DEMOCRATIZAÇÃO DO PROCESSO

As novas diretrizes estabelecidas pelo novo diploma civil superam a roupagem instrumentalista do Código anterior no intuito de se alcançar um processo efetivo sob o ponto de vista de duração razoável e de isonomia para as partes. Se antes havia, preponderantemente, um viés individualista no Código de 1973, o de 2015 apresenta um cunho mais coletivo voltado à dinamicidade da sociedade hodierna.

Sob essa perspectiva, institutos como o incidente de demandas apresentam-se como instrumentos veiculadores de prestatividade jurisdicional com duração razoável ao mesmo tempo em que incumbe-lhe dissolver a massificação de demandas individualistas repetitivas. Nesse sentido, ressurge uma emblemática pautada no fato de que o IRDR ainda que promova esse objetivos, ele o fará de forma a tornar o processo mais democrático.

Isso porque criou-se uma espécie de jurisprudência lotérica no qual o resultado do processo dependia de qual juízo fosse distribuída a ação, ainda que mesma matéria, os casos eram extremamente díspares. Nesse contexto explica Câmara (2015, p. 494):

> Muito frequentemente, porém, essas demandas repetitivas receberam, do Judiciário brasileiro, tratamentos diferentes, o que levou a incompreensíveis quebras ie isonomia. É que muitos juízes e

> tribunais, em nome de uma supostaliberdade decisória", davam a casos rigorosamente iguais soluções completamente diferentes. Inaugurou-se, então, no Brasil o que se chegou a chamar de *jurisprudência lotérica,* já que o resultado do processo muitas vezes dependia da distribuição por sorteio e, dependendo do juízo para o qual o processo fosse distribuído, o resultado final poderia variar completamente.

Nesse contexto de incertezas, diversas indagações surgem tanto no campo teórico como no ambiente da prática processual. Aponta-se que o IRDR, enquanto mecanismo de solução de demandas, deve se resguardar para não apenas replicar antigos institutos já existentes no código de 1973, ainda que com nova roupagem.

Argumentos contrários apontam para o fato de que mesmo antes da implementação dessa ferramenta jurídicas já haviam mecanismos similares como no caso do art. 285-A do CPC/1973. Há também semelhanças entre o IRDR com os procedimentos de julgamento por amostragem dos recursos excepcionais, em especial os relacionados à repercussão geral (art. 543-B, do CPC/73) e os recursos especiais repetitivos (art. 543-C,do CPC/73). (BRASIL, 1973).

Ocorre que, no caso em específico do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, há ainda o risco de que algumas singularidades dos processos venham a ser

sacrificadas sob o manto da celeridade processual da redução das causas repetitivas no judiciário, devendo se atentar para o fato de que, da mesma forma em que os jurisdicionadas almejam um processo célere, eles também as partes desejam um processo justo.

Ademais, não há como conferir segurança jurídica sem antes resguardar efetivamente o direito da parte, sacrificando-o sob o argumento de necessária uniformização de entendimento da matéria que embora semelhantes, em algumas vezes não são necessariamente idênticas, a identificação da similitude de casos e a fixação de uma tese jurídica a respeito de uma determinada matéria deve ser cautelosa.

Isso porque medidas anteriores que eram similares ao IRDR já eram extremamente criticadas e essas novas ferramentas, sob o manto de nova roupagem podem implicar em supressão de direitos, se não observados os devidos critérios. Desse modo, a criticidade de análise sob o instituto deve se pautar não sob a redução dos processos em si, mas, sobretudo, nas garantias constitucionais que ele propõe, como a duração razoável do processo, segurança jurídica e isonomia.

Sob essa perspectiva, eventual desafogamento do Judiciário implica apenas na consequência prática de

aplicabilidade do IRDR, sendo a causa maior o resguardo de direitos fundamentais dos jurisdicionados.

5 O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E O PAPEL DO DIREITO

Com o advento do diploma civil de 2015, inúmeras foram as discussões acerca da interpretação e aplicação do Direito em virtude de institutos novos com roupagem antiga. A doutrina vem questionando se o incidente de resolução de demandas repetitivas retiraria a força criativa dos operadores jurídicos.

Em que pese os argumentos acerca do engessamento do sistema, os defensores do instituto apregoam que sua correta aplicação envolve igualmente a demonstração do cabimento do IRDR aos casos repetitivos, o que desconstrói um dos principais argumentos contrários à sua aplicação já que a aplicação deve ser fundamentada, evidenciando um esforço para demonstrar que de fato aquele entendimento se aplica corretamente.

Nesse sentido, a própria exigência de observância do contraditório e da estrita fundamentação para aplicação da melhor “tese jurídica” acabam por servirem como impeditivos para uma aplicação mecânica do instituto.

Fato certo é que, independentemente do posicionamento, não se pode mais continuar analisar o volumoso acervo de processos de forma essencialmente individualista sob a qual o processo vinha sendo concebido.

Sabe-se que a concretização de um processo verdadeiramente democrático em toda a sua acepção representa uma estrada em construção resultante da tentativa imprescindível de propor caminhos para a resolução de questões que acabam por abarrotar os tribunais brasileiros.

Sob esse prisma, apenas a partir de um agir que priorize o conjunto, é que se poderá garantir uma igualdade não apenas no campo formal, mas, também, no material. Nessa perspectiva, torna-se imprescindível asseverar o papel do Direito como mediador dessa mudança de paradigmas para se vivenciar um processo efetivamente democrático cujo o valor social resulta não apenas num provimento satisfatório sob o ponto de vista jurisdicional, mas, sobretudo, em um mecanismo de fortalecimento em bloco de todos as demais garantias processuais que o ordenamento procurou assegurar.

6. CONCLUSÃO

A sociedade contemporânea, em toda a sua dinamicidade, exige um aparelhamento jurisdicional mais célere, que preconize uma duração razoável do processo ao mesmo tempo em que se garante isonomia e segurança jurídica aos jurisdicionados. Em busca de mecanismos para atender tais objetivos, o diploma processual civil vigente trouxe uma novidade em seu bojo: o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Embora não se possa deixar de dizer que o referido instituto também objetiva viabilizar a consecução de direitos e garantias fundamentais tais como a isonomia, a segurança jurídica e a razoável duração do processo, fato certo é que também existem outros aspectos que merecem destaque. Nesse sentido, o incidente de resolução de demandas repetitivas acaba sendo visto como um meio através do qual pode-se alcançar uma diminuição da superlotação do judiciário, caso sejam seguidas as diretrizes que o instituiu.

Em virtude disso, a reflexão sobre as consequências de aplicabilidade desse instituto é salutar, na medida em que a interpretação dada ao IRDR pode repetir os mesmos equívocos de institutos similares do código anterior. Muito embora compreenda-se que o

incidente de resolução de demandas repetitivas possa constituir um instrumento hábil a gerar mudanças estruturais na condução do processo, tornando-o mais democrático, há que se verificar que o acesso ao judiciário constitui um direito elementar em um país cuja Constituição é intitulada como cidadã.

Assim, solucionar demandas de massa requer uma reflexão paulatina sobre a aplicabilidade do instituto e suas eventuais melhorias no sistema judicial. Nessa perspectiva, deve-se adaptar as experiências inglesa e germânica à realidade brasileira, o que requer tempo e disciplina para as mudanças estruturais que deverão ser agregadas aos instituto.

Talvez a atribuição de efeito vinculante ás decisões possa constituir o primeiro ponto desse longo caminho. Isso porque a experiência brasileira em casos de ações inconstitucionais e também nas próprias súmulas vinculantes tem surtido efeitos satisfatórios no que concerne à diminuição dos processos, embora muito aquém ainda do desejado. Note-se que esse corolário de uniformização da jurisprudência encontra-se totalmente detalhados nos preceitos normativos do IRDR, já que há uma vinculação horizontal não só para a primeira instância, como também para os tribunais de segunda instância.

Nessa esteira de raciocínio, o objetivo é criar definitivamente um norte interpretativo, evitando-se novos recursos e mais e mais processos. Percebe-se a importância de se buscar alternativas, principalmente ao analisar alguns aspectos da cultura processual onde muitas vezes litigantes reiterados ingressavam em juízo por várias vezes na esperança de ter o seu entendimento acolhido, gerando uma espécie de jurisprudência lotérica.

Paralelamente, as diretrizes do IRDR também buscam atender a preceitos fundamentais como a segurança jurídica e isonomia, além de garantir um processo mais célere. Sob essa perspectiva, uma das preocupações centrais está justamente no fato de se evitar que casos substancialmente muito parecidos sejam tratados de formas muito diversas.

Essa discrepância de decisões judiciais acerca de situações muito similares afronta a segurança jurídica, a partir do momento em que o jurisdicionado não consegue minimamente planejar sua situação jurídica diante de um cenário de constante incerteza nos posicionamentos. De igual modo, representa também um risco para a isonomia uma vez que deixa de atender um pressuposto básico desse conceito que é não estabelecer diferenças entre pessoas que estejam nas mesmas condições.

Obviamente que em momento algum se tem um olhar cego acerca do incidente de resolução de demandas repetitivas. Sabe-se que há um problema estrutural que envolve o sistema jurisdicional e nesse sentido obviamente a solução não surge através de uma única mudança. Entretanto, muito embora se reconheça a necessidade de cautela quanto ao que de fato esperar do instituto, não se pode deixar de reconhecer que há um tentativa de avançar alguns passos ou ao menos tentar novas fórmulas processuais.

Nesse sentido, poder-se-ia dizer que, se seguidos os devidos pressupostos de sua aplicação, o IRDR democratiza o processo na medida em que se busca efetivar garantias essenciais aos jurisdicionados, promovendo mais igualdade, segurança e respostas num tempo hábil. Há, sobretudo, a tentativa de se harmonizar a jurisdição com a essência da Constituição Federal por meio uma atuação que se mostre livre, justa e igualitária em todas as suas esferas pois somente assim poderá se dizer que existe de fato um processo democrático.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. *Do genuíno precedente do staredecisis ao precedente brasileiro: os fatores histórico,*

hermenêutico e democrático que os diferenciam. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Coord. Fredie Didier Jr. Vol. 3. Precedentes. Salvador: Juspodivm. 2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BRASIL. *Código de Processo Civil.*Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2015/lei/l13105. htm. Brasília, 2017. Acesso em: 10 nov. 2017.

BRASIL. *Código de Processo Civil.*Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2015/lei/l13105. htm. Brasília, 2017. Acesso em: 10 nov.. 2017.

CABRAL, Antonio do Passo. *A duração razoável do processo e a gestão do tempo no projeto do novo Código de processo civil. Novas tendências do processo civil.* Salvador: Ed. Jus Podivm, 2013. p. 79. Disponível em:< http://goo.gl/gQak7O> . Acesso em 15 nov. 2017.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. *O incidente de demanda repetitiva no projeto do novo CPC. A comparação entre a versão do Senado Federal e a Camara dos Deputados.* Novas Tendências do Processo Civil - Estudos sobre o Projeto do Novo CPC. Salvador: Editora juspodivm. 2010. p. 279-309

CÁMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro.* São Paulo: Atlas, 2015.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e Ações Coletivas.* Salvador: Juspodivm. 2015.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil:* introdução ao direito processual civil, parte geral e processo do conhecimento,. 17 ed. Salvador: Jus Podium, 2015.
Processo, vol. 250/2015, p. 133 - 146 | Dez / 2015
DTR\2015\17062.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS (FGV). *Diagnóstico sobre as causas de aumento das demandas judiciais cíveis, mapeamento das demandas repetitivas e propositura de soluções pré-processuais, processuais e gerenciais à morosidade da justiça: relatório de pesquisa.* São Paulo: Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo, 2010. 202 p. Disponível em:http://www.cnj.jus.br/images/pesquisasjudiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_fgv_edital1_2009.pdf. Acesso em: 15 nov. 2017

FUX, Luiz. *Novo CPC Comparado*. São Paulo: Método. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado***.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de Direito Processual Civil Moderno.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 9. ed. Salvador: Juspdivm, 2017. Volume único. 1808p.

ROCHA, Alex Schrammm. *Eficácia mandamental da sentença em ação coletiva – possível alternativa na solução de demandas repetitivas.* Coleção Jornada de Estudos ESMAF (TRF1) nº 23. Seminário Sobre Demandas repetitivas na Justiça Federal: possíveis soluções processuais e gerenciais.Brasília, 2014. p. 15-19.
ROLF, Sturner. Reformas Recentes e Perspectivas de Desenvolvimento do Processo Civil Alemão. Trad. Márcio Flávio Mafra Leal.Cadernos do Centro Estudos Judiciários. Série 26. Conselho da Justiça Federal – 2010. p. 41.

SCHAUER, Frederick. *Precedente.* Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Coord. Fredie Didier Jr. Vol. 3. Precedentes. Salvador: Juspodivm. 2015.

STRECK, Lenio e ABBOUD, Georges. O NCPC e os precedentes – afinal do que estamos falando? *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Coord. Fredie Didier Jr. Vol. 3. Precedentes. Salvador: Juspodivm. 2015.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. TALAMANI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. Vol I. 9 ed., São Paulo: RT, 2007.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; DIDIER JUNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil.* 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS NA JUSTIÇA DO TRABALHO APÓS A REFORMA TRABALHISTA: UMA ANÁLISE SOB O ENFOQUE DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL

THE SUCUMBENCIAL FEES IN THE JUSTICE OF LABOR AFTER LABOR REFORM: AN ANALYSIS UNDER THE FOCUS OF THE PRINCIPLE OF THE PROHIBITION OF SOCIAL RETROGRESSION

Karoliny de Cássia Faria

RESUMO

O presente artigo é fruto de pesquisa bibliográfica e documental, realizada pelo método dedutivo de pesquisa. Analisa-se as modificações realizadas pela Lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017, conhecida como "Reforma trabalhista". O enfoque da pesquisa é a compreensão das modificações realizadas em relação à questão dos honorários sucumbenciais na Justiça do Trabalho e os efeitos de tais modificações em relação à proteção do trabalhador. Conclui-se que o novo regramento tende influenciar negativamente o sistema de proteção do trabalhador, pois desestimula o ajuizamento de reclamatórias por medo de condenação ao pagamento de sucumbência recíproca, o que, ao fim, por reduzir o patamar de proteção, fere o princípio da vedação ao retrocesso social.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do Trabalho; Honorários de sucumbência; Acesso à justiça; Proteção do trabalhador; Direitos sociais; Vedação ao retrocesso social.

ABSTRACT

This article is the result of bibliographical and documentary research, carried out by the deductive method of research. It analyzes the changes made by Law 13467 of July 13, 2017, known as "Labor Reform". The focus of the research is to understand the modifications made regarding the question of sucumbencial fees in the Labor Court and the effects of such modifications in relation to the protection of the worker. It is concluded that the new rule tends to negatively influence the worker protection system, since it discourages the filing of claims for fear of condemnation to the payment of reciprocal succumbing, which, in the end, by reducing the level of protection, hurts the principle of the fence to social retrogression.

KEY WORDS: Labor Law; Sucumbencial fees; Access to justice; Protection of the worker; Social rights; Fence to social retrogression.

1 INTRODUÇÃO

Salvo nos casos legalmente previstos como exceções, para provocar o Poder Judiciário em busca da garantia de direito lesado ou ameaçado, a parte necessitará ser representada por advogado. Esse profissional é consagrado pela constituição como indispensável à justiça, e recebe honorários em retribuição ao seu trabalho.

Os honorários advocatícios são regulamentados pela Lei nº 8.906/1994. Os honorários podem ter natureza contratual, quando fixados em contrato firmado entre a

parte contratante e o profissional. Nesses casos é liberalidade do causídico a estipulação do valor a ser cobrado do cliente.

Para orientar a precificação dos serviços advocatícios a Ordem dos Advogados do Brasil publica periodicamente tabela com os valores de referência a serem cobrados em cada tipo de serviço.

Há também a possibilidade de os honorários serem fixados por arbitramento judicial, hipótese em que não houve fixação dos valores em contrato escrito prévio à realização do serviço.

Poderão também ser objeto de arbitramento os honorários sobre cujo valor exista controvérsia, seja porque no contrato de honorários não ficou clara a forma de cálculo, seja porque surgiu entre o cliente e o advogado desacordo invencível relativamente ao valor a ser pago.

A terceira modalidade de honorários se refere aos honorários sucumbenciais. Tais honorários tem lugar ao final das demandas, e são fixados pelo magistrado.

Vencida uma das partes, ela será condenada a pagar ao advogado da parte vencedora a verba honorária que será calculada com base no valor da condenação, do proveito econômico obtido com a demanda ou ainda, na impossibilidade de cálculo pelos dois primeiros critérios,

calcular-se-á o valor dos honorários com base no valor atualizado da causa.

Conforme preceitua o art. 85, §14 da Lei nº 13.105/2015 – Novo Código de Processo Civil, os honorários constituem verba alimentar e gozam dos mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação trabalhista, haja visto que, tal como o salário do empregado, os honorários são valores destinados ao sustento do profissional da advocacia e de sua família.

Os honorários sucumbenciais são direito do advogado, não sendo permitido que se lhe negue seu recebimento, na forma da lei. Inclusive o próprio advogado tem legitimidade para, em seu nome, executar a verba honorária fixada na sentença que resolveu a demanda do seu cliente

No contexto da justiça brasileira verifica-se que com a edição do Novo Código de Processo Civil conferiu-se maior proteção à verba honorária, reconhecendo-se sua importância na subsistência do advogado. Sendo assim, a classe foi beneficiada pela proteção jurídica mais rígida dos seus direitos.

Até então a questão dos honorários sucumbenciais no ramo trabalhista é tratada na forma do Enunciado nº 219 do TST, o qual foi chancelado pelo Enunciado nº 329, também do TST. Pelos enunciados, somente há de se falar

em condenação pagamento de honorários sucumbenciais no caso da parte estar assistida por advogado do sindicato da categoria profissional e desde que comprovada a percepção de salário inferior ao dobro do mínimo legal ou situação econômica incompatível com o custeio das despesas da demanda. Além disso, o percentual máximo é 15% do valor da condenação.

Dessa forma, a condenação ao pagamento da verba na Justiça do Trabalho até então não está necessariamente atrelada à sucumbência, sujeitando-se a outros requisitos legais.

Todas essas condições sempre foram objeto de imenso descontentamento da classe dos advogados, que ao militarem na área sem ter vínculos com sindicato, sempre foram remunerados tão-somente pelos honorários contratuais.

Com a chamada “reforma trabalhista” realizada pela Lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017, com vigência a partir de novembro de 2017, surge uma nova sistemática para os honorários sucumbenciais na Justiça do Trabalho.

A presente pesquisa tem como objetivo analisar as mudanças trazidas pela lei, a fim de compreender a nova realidade, e com base no conhecimento do assunto, investigar as implicações das mudanças no contexto jurídico brasileiro.

A análise proposta se justifica pela necessidade de se compreender as novidades trazidas ao instituto pelo novo regramento a fim de contribuir para seu aperfeiçoamento na conjuntura jurídica atual.

O objetivo é verificar se a nova sistemática se apresenta adequada ao contexto trabalhista brasileiro, principalmente sob o aspecto da constitucionalidade, e se ela possui algum potencial efeito adverso em relação ao grau de proteção conferido ao trabalhador.

Para realização da pesquisa teórica são utilizadas fontes bibliográficas e documentais, as quais são analisadas pelo método dedutivo.

Parte-se, portanto, da análise geral do instituto dos honorários advocatícios sucumbenciais na Justiça do Trabalho com base na Lei nº 13.467/2017, passando-se, com o transcorrer do trabalho, à verificação dos impactos das modificações na questão da proteção jurídica do trabalhador brasileiro.

2 HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS NO PROCESSO DO TRABALHO

No texto original da Consolidação das Leis do Trabalho não havia disposições específicas a respeito dos honorários devidos ao advogado da parte vencedora. A

fixação dos honorários sucumbenciais se baseava no Enunciado da Súmula nº 219 do TST, *verbis*:

> Súmula nº 219 do TST HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO (alterada a redação do item I e acrescidos os itens IV a VI em decorrência do CPC de 2015) - Res. 204/2016, DEJT divulgado em 17, 18 e 21.03.2016
>
> I - Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte, concomitantemente: a) estar assistida por sindicato da categoria profissional; b) comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. (art.14,§1º, da Lei nº 5.584/1970). (ex-OJ nº 305da SBDI-I).
>
> II - É cabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória no processo trabalhista.
>
> III – São devidos os honorários advocatícios nas causas em que o ente sindical figure como substituto processual e nas lides que não derivem da relação de emprego.
>
> IV – Na ação rescisória e nas lides que não derivem de relação de emprego, a responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios da sucumbência submete-se à disciplina

> do Código de Processo Civil (arts. 85, 86, 87 e 90).
> V - Em caso de assistência judiciária sindical ou de substituição processual sindical, excetuados os processos em que a Fazenda Pública for parte, os honorários advocatícios são devidos entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa (CPC de 2015, art. 85, § 2º).
> VI - Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, aplicar-se-ão os percentuais específicos de honorários advocatícios contemplados no Código de Processo Civil (BRASIL, 2016).

A Súmula nº 219 foi originalmente editada no ano de 1985, contudo sua redação foi alterada no ano de 2016 para se adequar ao Novo Código de Processo Civil.

Chancelando o entendimento esposado em 1985, a Súmula nº 329 do TST veio confirmar sua adequação ao novo contexto constitucional.

> Súmula nº 329 do TST HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 133 DA CF/1988 (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 Mesmo após a promulgação da CF/1988, permanece válido o entendimento consubstanciado na Súmula nº 219 do Tribunal Superior do Trabalho (BRASIL, 2003).

Com base nas duas súmulas, os magistrados do trabalho somente fixavam condenação ao pagamento de honorários sucumbenciais nos casos em que a parte vencedora estivesse assistida de advogado vinculado ao sindicato da categoria profissional e comprovasse não receber salário superior ao dobro do salário mínimo vigente ou que se encontrava em situação econômica que lhe impedia de demandar sem prejuízo do seu sustento e de sua família.

Verifica-se que a fixação de honorários sucumbenciais não tem nenhuma relação com a sucumbência em si, mas sim com a condição da parte. Tal entendimento encontra inúmeras críticas na doutrina, que entre outros argumentos, alega que a sucumbência é instituto reconhecido no processo do trabalho.

> Em primeiro lugar, existe o princípio da sucumbência no processo do trabalho, tanto que a improcedência total dos pedidos sujeita o reclamante ao pagamento das custas processuais e a improcedência de pedido, cuja instrução requereu prova técnica, sujeita a parte sucumbente ao pagamento dos honorários periciais. Assim, não procede o argumento de que o princípio da sucumbência não se aplica no processo trabalhista (MAIOR, 2003).

Ainda nessa esteira, importante salientar que lei nunca proibiu expressamente a fixação de honorários em razão da sucumbência.

> Os textos legais (arts. 14 e 16, da Lei nº 5.584/70 e art. 791, da CLT) não desautorizam, expressamente, a condenação em honorários quando o reclamante for assistido por advogado particular. A ilação neste sentido é plenamente injustificável sob o prisma interpretativo, pois que confere uma ampliação ao texto legal sem o menor fundamento (MAIOR, 2003).

Dessa forma, a crítica doutrinária apontou a imposição de limites desvinculados da lei em relação às hipóteses de condenação ao pagamento dos honorários.

Nesse sentido, já despontava o entendimento de que faziam-se necessárias mudanças em relação ao assunto.

> É hora, pois, de mudar o entendimento constante no Enunciado da Súmula 219 do Tribunal Superior do Trabalho que, data vênia encontra-se em completa desarmonia com os princípios albergados nos artigos 5º, incisos XXXV e LV, do Texto Constitucional de 1988, 389 e 404 do Código Civil de 2002 (LIMA FILHO, 2007).

Em consonância com o novo entendimento doutrinário, vieram as novas normas trabalhistas regulamentar a matéria, fixando expressamente as regras relativas aos honorários sucumbenciais.

2.1 Honorários sucumbenciais na Lei nº 13.467/2017

As novas regras relativas aos honorários de sucumbência na Justiça do Trabalho foram introduzidas na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT pela Lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017, com vigência prevista para cento e vinte dias após sua publicação.

A nova lei cria o artigo 791-A que tem a seguinte redação:

> Art. 791-A. Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.
> § 1º Os honorários são devidos também nas ações contra a Fazenda Pública e nas ações em que a parte estiver assistida ou substituída pelo sindicato de sua categoria.

> § 2º Ao fixar os honorários, o juízo observará:
> I - o grau de zelo do profissional;
> II - o lugar de prestação do serviço;
> III - a natureza e a importância da causa;
> IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.
> § 3º Na hipótese de procedência parcial, o juízo arbitrará honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários.
> § 4º Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.
> § 5º São devidos honorários de sucumbência na reconvenção (BRASIL, 2017).[1]

As novas disposições legais modificam de forma substancial o processo trabalhista ao adotarem em elação à questão dos honorários sucumbenciais uma sistemática parecida com aquela existente no processo civil.

Com a entrada em vigor dos novos dispositivos legais, os honorários advocatícios passam a decorrer diretamente da sucumbência, o que a priori parece representar um avanço para a classe dos advogados.

A partir da vigência da nova lei haverá a condenação da parte vencida ao pagamento de honorários de sucumbência calculados sobre o valor da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, em último caso, sobre o valor atualizado da causa.

O percentual da condenação variará entre cinco e quinze por cento, e também será devido nos casos em que o advogado atuar em causa própria. Além disso, também serão devidos os honorários nos casos em que a Fazenda Pública for vencida.

Questões importantes de serem analisadas no novo regramento são as referentes à sucumbência recíproca e não compensatória e à possibilidade de o débito referente à condenação ao pagamento dos honorários atingir créditos obtidos em outra demanda.

Em relação à sucumbência recíproca, verifica-se que o magistrado, ao julgar a causa, fixará a verba honorária a ser paga por ambas as partes, reclamante e reclamado, proporcionalmente à parcela dos pedidos que cada uma delas restou sucumbente. Isso quer dizer que caso o reclamado não obtenha a procedência total dos seus

pedidos, e nos valores exatos em que foram reclamados, haverá condenação ao pagamento de honorários ao advogado do reclamado, cujo cálculo será realizado sobre a diferença entre o valor pedido e o resultante da liquidação da sentença.

Havendo a condenação ao pagamento de honorários sucumbenciais, a exigibilidade da obrigação da parte beneficiária da justiça gratuita não fica imediatamente suspensa (por prazo determinado) até prova de modificação da condição de hipossuficiência, como acontece na justiça comum. No processo do trabalho haverá imediata cobrança no caso de a parte ter obtido em outra demanda créditos suficientes para pagar a despesa.

Nesse caso, não há no mandamento legal a exigência de análise da condição econômica da parte, a fim de se verificar se os créditos recebidos na outra demanda retiraram a condição de hipossuficiência. Assim, havendo o crédito em outra demanda, não há suspensão da exigibilidade da obrigação e a execução imediata da verba honorária torna-se plenamente possível.

Da análise da situação, parece que foi criada, principalmente para o trabalhador, uma sistemática demasiadamente rígida, que ignora por completo os ideais de proteção do trabalhador frente à mercantilização da

força de trabalho em uma sociedade eminentemente capitalista.

3 OS IMPACTOS DA REFORMA TRABALHISTA NA PROTEÇÃO JURISDICIONAL DO TRABALHADOR

As modificações legislativas normalmente trazem impacto nas relações e podem provocar polêmicas até que haja a adaptação da sociedade à nova realidade.

Em relação à modificação na sistemática dos honorários sucumbenciais na Justiça do Trabalho parece que os efeitos tentem a transcender a questão da simples adaptação social, gerando profundas modificações no contexto social e trabalhista brasileiro.

Com a possibilidade de o trabalhadores serem condenados ao pagamento de honorários sucumbenciais calculados sobre a parcela dos pedidos que não forem julgados integralmente procedentes nas reclamatórias, acredita-se que haverá um notório desestímulo ao ajuizamento das mesmas. Isso porque o trabalhador temerá que a eventual condenação aos honorários prepondere em relação à dimensão do direito que for garantido em sentença, fazendo com que, ao final, lhe reste pouco ou nenhum proveito financeiro.

O receio do trabalhador de que a reclamatória trabalhista não lhe garanta a fruição do seu direito de forma integral provocará o esvaecimento do papel garantidor de direitos sociais conquistado pela jurisdição trabalhista. Como consequência, a sociedade brasileira verá o total esvaziamento do conteúdo do princípio da proteção, pois o trabalhador terá um obstáculo entre ele e a justiça: a incerteza.

Nessa esteira, acredita-se que o exercício do direito de ação do trabalhador passará a contar com um entrave indireto que produzirá uma drástica redução no número de demandas mesmo em um contexto de manutenção (ou até mesmo um agravamento) do panorama trabalhista brasileiro, marcado pelo frequente desrespeito aos direitos dos trabalhadores.

Ocorre que o direito de ação é considerado direito fundamental do indivíduo. Nessa condição, a criação de mecanismos que imponham barreiras, ainda que indiretas, ao seu exercício, configura flagrante inconstitucionalidade.

> A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 demonstra preocupação quanto à proteção e efetivação dos direitos, ao consagrar o acesso amplo e irrestrito à justiça (art. 5º, XXX), ao conferir dignidade constitucional a um rol enorme de ações constitucionais,

> individuais e coletivas, especialmente coletivas (art. 5º, LXVIII, LXIX, LXX, LXXI, LXXII, LXIII, e art. 29, III, etc) e também, ao determinar a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias constitucionais fundamentais (art. 5º, §1º) (ALMEIDA, 2010, p. 174).

A nova dinâmica em relação aos honorários sucumbenciais no processo do trabalho apresenta-se como um empecilho ao desencorajar o ajuizamento de reclamatórias trabalhistas. Nesse contexto fático, verifica-se que há uma inconstitucionalidade material, pois em função do regramento infraconstitucional, há nítido comprometimento do exercício do direito constitucionalmente previsto.

Além disso, faz-se necessária a análise da situação em relação às questões relativas aos direitos sociais, objeto de proteção do Direito do Trabalho.

Sabe-se que as normas reguladoras das relações de trabalho são fruto de uma longa e árdua luta da classe trabalhadora. O atual estágio de proteção desses direitos representa um enorme avanço alcançado pela sociedade.

Através da proteção trabalhista garantida por lei, e levada a efeito pela Justiça do Trabalho, são consagrados inúmeros direitos sociais do cidadão. A efetividade do exercício desses direitos mostra-se como verdadeira

exaltação da dignidade humana como fundamento da República Federativa do Brasil.

> O universo social, econômico e cultural dos Direitos Humanos passa, de modo lógico e necessário, pelo ramo jurídico trabalhista, à medida que este regula a principal modalidade de inserção dos indivíduos no sistema socioeconômico capitalista, cumprindo o papel de lhes assegurar um patamar civilizado de direitos e garantias jurídicas, que, regra geral, por sua própria força e/ou habilidades isoladas, não alcançariam. A conquista e afirmação da dignidade de pessoa humana não mais podem se restringir à sua liberdade e intangibilidade física e psíquica, envolvendo,naturalmente, também a conquista e afirmação de sua individualidade no meio econômico e social, com repercussões positivas conexas no plano cultural -, o que se faz, de maneira geral, considerando o conjunto mais amplo e diversificado das pessoas, mediante o trabalho e, particularmente, o emprego, normatizado pelo Direito do Trabalho (DELGADO, 2014, p. 82).

Ao se inserir fatores que tendem a dissuadir o trabalhador de reclamar seus direitos, acaba-se por afrouxar demasiadamente a proteção social oferecida a ele. Dessa forma, o que se vislumbra é que o novo regramento referente à questão dos honorários de sucumbência na

Justiça do Trabalho representa um nítido retrocesso em relação à proteção de direitos sociais, o que não se admite em razão do caráter progressivo dos direitos sociais.

> Da aplicação progressiva dos direitos econômicos, sociais e culturais resulta a cláusula de proibição do retrocesso social, como também de proibição da inação ou omissão estatal, na medida em que é vedado aos Estados o retrocesso ou a inércia continuada no campo da implementação de direitos sociais. Vale dizer, a progressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais proíbe o retrocesso ou a redução de políticas públicas voltadas á garantia de tais direitos, cabendo ao Estado o ônus da prova (PIOVESAN, 2013, p. 251).

Nesse sentido, ao se verificar que a nova dinâmica dos honorários possui o potencial de inibir o acesso à justiça, e com isso reduzir a proteção social, conclui-se que há afronta à cláusula de vedação ao retrocesso social.

Tomando-se por base o que ensina Flávia Piovesan, ao mencionar que os direitos sociais são Direitos fundamentais, a gravidade da situação se mostra ainda maior.

> Sob a ótica normativa internacional, está definitivamente superada a concepção de que os direitos sociais, econômicos e culturais não são

> direitos legais. Os direitos sociais, econômicos e culturais são autênticos direitos fundamentais. (...) a obrigação de implementar esses direitos deve ser compreendida à luz do princípio da indivisibilidade dos direitos humanos, reafirmado veementemente pela ONU na Declaração de Viena de 1993 e por outras organizações internacionais de direitos humanos (PIOVESAN, 2013, p. 254).

Assim a situação incorre em grave afronta a direitos humanos e fundamentais, os quais não podem ser tolerados em um contexto de Estado Democrático de Direito.

4 CONCLUSÃO

A questão dos honorários de sucumbência no processo do trabalho há muito se apresentava polêmica. Parte considerável da doutrina criticava a interpretação dada pelos tribunais às normas existentes e argumentava que os Enunciados das Súmulas nº 219 e nº 329 do TST implicavam em acréscimo de conteúdo proibitivo não previsto na norma, fazendo-se necessária uma nova abordagem do assunto.

Com o trâmite legislativo de proposta de alteração legislativa em matéria trabalhista o tema foi abordado,

tendo por fim sido sancionado novo texto legal que modificou substancialmente a dinâmica da condenação ao pagamento de honorários sucumbenciais no processo trabalhista.

A nova lei insere no texto da CLT regras mais duras que determinam, entre outras questões, o pagamento de sucumbência recíproca não compensável, bem como a possibilidade de o débito decorrente da condenação ao pagamento de honorários atingir o crédito oriundo de outra reclamatória, ainda que a parte esteja sob o pálio da justiça gratuita e não tenha havido comprovada modificação da situação de hipossuficiência.

Nesse quadro, foi possível verificar que as novas normas apresentam potencial enorme para comprometer o exercício do direito de ação dos trabalhadores e, consequentemente, frustrar o gozo dos direitos sociais garantidos pela legislação trabalhista. Isto se dará em decorrência do desestímulo ao ajuizamento de reclamatórias por medo de que o ônus da condenação ao pagamento de honorários sucumbenciais sobre a parcela não provida dos pedidos possa superar o proveito econômico a ser obtido.

Sendo assim, considera-se inconstitucional a nova dinâmica dos honorários de sucumbência no processo do

trabalho em razão dela implicar lesão a direitos fundamentais.

Ademais, há nítida redução da proteção social, que compromete o respeito à dignidade da pessoa humana e inflige a cláusula de vedação ao retrocesso social.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Teoria Crítica do Direito e o Acesso à Justiça Como Novo Método de Pensamento**. In ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; SALIBA, Aziz Tuffi (orgs.). Direitos Fundamentais e Sua Proteção nos Planos Interno e Internacional. Vol. 1. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 11 Ago. 2017.

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm>. Acesso em: 20 Ago. 2017.

BRASIL. **Lei nº 5.584 de 26 de junho de 1970**. Dispõe sobre normas de Direito Processual do Trabalho, altera dispositivos da Consolidação das Leis do T rabalho, disciplina a concessão e prestação de assistência judiciária na Justiça do Trabalho, e dá outras providências. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5584.htm>. Acesso em: 20 Ago. 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.906 de 04 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm>. Acesso em: 20 Ago. 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil.. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 Ago. 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.467 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 Ago. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 219 do TST**. Disponível em:< http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-219>. Acesso em: 20 Ago. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 329 do TST**. Disponível em:< http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-329>. Acesso em: 20 Ago. 2017.

BULOS, UadiLammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **O Direito aos Honorários Advocatícios no Processo do Trabalho**: exegese dos artigos 389 e 404 do Código Civil. COAD – Doutrina e Jurisprudência, Rio de Janeiro, ano XLI, n. 34, 2007. Disponível em:< http://coad.com.br/app/webroot/files/trab/pdf/ct_net/2007/ ct3407.pdf>. Acesso em: 20 Ago. 2017.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Honorários Advocatícios no Processo do Trabalho: uma reviravolta imposta também pelo novo Código Civil**. Revista TST, Brasília, vol. 69 , n º 1 ,jan/jun 2003. Disponível em:<https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/3848/013_soutomaior.pdf?sequence=9>. Acesso em: 20 Ago. 2017.

MANFREDINI, Aryanna; SARAIVA, Renato. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 13. ed. Salvador: JusPodvm, 2016.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Honorários de Sucumbência**. Revista CEJ, Brasília, Ano XIX, n. 67, p. 46-50, set./dez. 2015. Disponível em:<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/2065/1967>. Acesso em: 20 Ago. 2017.

MOLINA, André Araújo. **Honorários Advocatícios na Justiça do Trabalho**: nova análise após a Emenda Constitucional nº 45 de 2004. Disponível em:< http://www.calvo.pro.br/media/file/colaboradores/andre_molina/andre_molina_honorarios_advocaticios.pdf>. Acesso em: 20 Ago. 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS: UM ESCORÇO SOBRE O SEGREDO DE JUSTIÇA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

PRINCIPLE OF PUBLICITY OF PROCEDURAL ACTS: AN OVERVIEW ABOUT THE SECRET OF JUSTICE IN BRAZILIAN LEGAL SYSTEM AND THE INNOVATIONS BROUGHT BY NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE

Letícia MirelliFaleiro Silva Bueno
Natielli Efigênia Mucelli Rezende Veloso

RESUMO: Pretende-se no presente artigo, apresentar em um primeiro momento um breve panorama acerca do Princípio da Publicidade dos atos processuais o qual é aplicado como regra em nosso direito interno. Em sequência será feita uma abordagem sobre o Segredo de Justiça, como exceção a mencionada regra, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, bem como sua fase histórica e arcabouço normativo, em especial as inovações trazidas pela nova processualística civil. A vertente metodológica adotada será a jurídico-dogmática, o tipo de raciocínio será o dedutivo e os tipos metodológicos da pesquisa serão o histórico-jurídico, jurídico-interpretativo, jurídico-prospectivo e jurídico-propositivo.
Palavras-chave: Princípio da Publicidade dos Atos Processuais; Segredo de Justiça; Novo Código de Processo Civil.

ABSTRACT: The aim of this article is to present, at first, a brief overview of the Principle of Publicity of procedural

acts, which is applied as a rule in our domestic law. In sequence, an approach will be taken on the Secret of Justice, as an exception to the aforementioned rule, within the Brazilian legal system, as well as its historical phase and normative framework, especially the innovations brought by the new civil proceduralism. The methodological side adopted will be legal-dogmatic, the type of reasoning will be the deductive and the methodological types of the research will be the historical-juridical-interpretative, juridical-prospective and juridical-propositional.

Keywords: Principle of the Publicity of Procedural Acts; Justice secret; New Code of Civil Procedure.

INTRODUÇÃO

O direito processual civil brasileiro além de ser regulamentado por lei específica, notadamente, o Código de Processo Civil, é norteado também por uma série de princípios, formando assim um arcabouço jurídico capaz de compor o nosso ordenamento como um todo, de forma a torná-lo mais efetivo possível.

Em se tratando de princípios, destacamos no presente trabalho aquele que foi instituído visando tornar público, via de regra, os atos processuais, sendo batizado como “Princípio da Publicidade”. O mencionado princípio está entrelaçado, por assim dizer, à garantia de acesso à justiça, ao direito de defesa e ao exercício do contraditório,

ao passo que possibilita a todos aqueles que desejam, a participação irrestrita no processo. Theodoro Júnior assim se posiciona:

> Um dos princípios fundamentais do processo moderno é o da publicidade de seus atos, que se acha consagrado, em nosso novo Código, pelos arts. 11 e 189 (Constituição Federal, art. 93, IX). São públicos os atos processuais no sentido de que as audiências se realizam a portas abertas, com acesso franqueado ao público, e a todos é dado conhecer os atos e termos que no processo se contêm, obtendo traslados e certidões a respeito deles. (THEODORO JUNIOR, 2015, p. 631)

Lado outro, se levarmos em consideração que toda regra comporta exceção, temos dentro desta temática que a publicidade dos atos processuais é excepcionada pelo segredo de justiça, o qual foi estabelecido como forma de restringir a publicidade processual em casos enumerados e especiais:

> Há, porém, casos em que, por interesse de ordem pública e pelo respeito que merecem as questões de foro íntimo, o Código reduz a publicidade dos atos processuais apenas às próprias partes. Verifica-se, então, o procedimento chamado “em segredo de justiça”, no qual apenas as partes e respectivos procuradores têm pleno acesso aos atos e termos do processo. (THEODORO JUNIOR, 2015, p. 631)

Há que se ressaltar que o Principio da Publicidade vem consagrado no artigo X da Declaração Universal dos Direitos do Homem, e juntamente com o Segredo de Justiça, restam presentes em vários textos normativos do nosso ordenamento jurídico, em especial na Constituição Federal de 1988, na Consolidação das Leis do Trabalho, no Código de Processo Penal e no Código de Processo Civil, sendo este último o ponto chave deste trabalho.

Assim é que o presente artigo fará uma abordagem mais geral acerca do Princípio da Publicidade dos atos processuais, tendo como ponto de partida o seu reconhecimento como regra a ser utilizada no ordenamento jurídico brasileiro.

Em seguida, será analisado o instituto do segredo de justiça e a sua aplicabilidade no direito interno brasileiro, bem como seu panorama histórico e o arcabouço normativo como um todo, sobretudo as inovações trazidas pelo atual Código de Processo Civil, problematizando se nos casos elencados na lei realmente existe segredo no processo judicial ou se o que ocorre na prática é uma mitigação da publicidade.

A metodologia utilizada será a pesquisa bibliográfica, mediante consulta em doutrinas, textos e artigos científicos, bem como a pesquisa documental,

sustentada na leitura de leis e julgados envolvendo a matéria através de uma análise teórica, interpretativa e /histórica. O método adotado será o dedutivo.

1 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE PROCESSUAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Dentro de um Estado democrático de direito, como é o caso do nosso país é bastante natural que se busque de maneira ampla uma total transparência no âmago de todo e qualquer procedimento oriundo do poder estatal, seja por meio do poder executivo, legislativo e, sobretudo do poder judiciário, tanto como forma de legitimar os supracitados atos, quanto para dar uma maior credibilidade aos mesmos.

> Explica-se a exigência constitucional pela circunstância de que na prestação jurisdicional há um interesse público maior do que o privado defendido pelas partes. Trata-se da garantia da paz e harmonia social, procurada por meio da manutenção da ordem jurídica. Daí que todos, e não apenas os litigantes, têm direito de conhecer e acompanhar tudo o que se passa durante o processo. Aliás, a publicidade é exigência do Estado Democrático que não se limita aos atos do Judiciário, pois a Constituição a impõe como princípio fundamental da Administração Pública praticada na esfera

> de qualquer dos Poderes institucionais (CF, art. 37) (THEODORO JUNIOR, 2015, p. 143/144)

É nesse sentido que foi instituído em nosso ordenamento jurídico, o princípio da publicidade dos atos processuais, o qual foi criado de forma especial para permitir que a sociedade pudesse de certa maneira, realizar uma fiscalização ainda que indireta de todos os atos e fatos existentes no processo e na via reflexa, garantir um julgamento justo, o que por si só afiança ao judiciário uma maior confiabilidade em razão desta política de tramitação judicial de portas abertas, por assim dizer. Preleciona GONÇALVES que:

> A publicidade é mecanismo de controle das decisões judiciais. A sociedade tem o direito de conhecê-las, para poder fiscalizar os seus juízes e tribunais. Mas a própria Constituição reconhece que, em alguns casos, ela pode tornar-se nociva, quando então poderá ser restringida por lei. (GONÇALVES, 2016, p.138)

O marco inicial da publicidade dos atos judiciais no Brasil se deu no distante ano de 1939, e teve seu limiar especificamente no Código de Processual Civil de 1939. Importante mencionar que anteriormente a este ano, a publicidade processual era limitada as partes e seus procuradores, ao passo que não era permitido o acesso aos

autos por aquelas pessoas que não ocupavam um dos pólos da ação, ou seja, o processo somente poderia ser acessado por aqueles reconhecidos como legalmente interessados na causa e via de conseqüência, legitimados.

Porém, com o advento do Código de Processo Civil de 1939, o legislador ordinário demonstrou sua preocupação em tornar públicos os atos processuais, fato pelo qual veio de maneira expressa permitir que toda e qualquer pessoa, via de regra, pudesse tomar conhecimento do conteúdo constante na ação proposta, ainda que dela não fizesse parte.

> O procedimento se desenvolve sob o signo da publicidade e do contraditório. Não há surpresa para as partes nem para terceiros que eventualmente tenham que prestar colaboração à solução da lide ou que tenham que suportar consequências dela. Há, por isso, um sistema de comunicação dos atos processuais, pelo qual o juízo põe os interessados a par de tudo o que ocorre no processo e os convoca a praticar, nos prazos devidos, os atos que lhes compete. Esses atos eram classificados pelo Código de 1939 em citações, notificações e intimações. (THEODORO JUNIOR, 2015, p. 708)

Há que se ressaltar que findada a Segunda Guerra Mundial, a necessidade de se tornar públicos os atos estatais como um todo foi demasiadamente reforçada, sobretudo em virtude da implantação do Estado Social, e foi diante desta lógica que outras tantas legislações

passaram a consagrar dentro do seu texto normativo o princípio da publicidade dos atos processuais, a saber, todos os Códigos de Processo Civil subsequentes, o Código de Processo Penal, a Consolidação das Leis do Trabalho, Constituição Federal de 1988, dentre outras.

1.1.Espécies de publicidade dos atos processuais

É interessante destacar que a publicidade dos atos processuais encontra-se subdividida em categorias, cujas divisões foram elaboradas pela própria doutrina de maneira a diferenciar as suas formas de acordo com o fim a que se destina.

É nesse sentido que foi reconhecida a denominada publicidade interna, a qual vem de forma limitadora, restringir a publicidade dos atos processuais tão somente as partes e seus procuradores, de forma a possibilitar que somente estes tenham acesso as informações processuais, em razão de serem certos atos de interesse único dos litigantes.

Essa espécie de publicidade pode ser vislumbrada quando da existência de despachos os quais contenham certas determinações a serem atendidas pelas partes, e também em razão da movimentação do processo em si, ou

seja, são questões afetas somente aqueles que estão a litigar. Desse modo é que não se vislumbra dentro das especificidades da publicidade interna motivos para estendê-la a outrem.

> Essas duas funções revelam que a publicidade processual tem duas dimensões: a)interna: publicidade para as partes, bem ampla, em razão do direito fundamental ao processo devido; b)externa: publicidade para os terceiros que pode ser restringida em alguns casos. (DIDIER JR, 2015, p.86)

É ainda reconhecida pela doutrina a publicidade externa, que nada mais é que a publicidade geral, em seu sentido *lato*, por assim dizer, a qual se destina para além dos litigantes, aos terceiros alheios à relação jurídica processual, sendo este o posicionamento de ALMADA:

> É certo, porém, que a publicidade externa, seja qual for o seu espectro de atuação, volta-se para interesses que se apresentam além da esfera das pessoas dos litigantes, com o intuito de dotar o processo de uma legitimidade democrática associada à obtenção do consenso popular. (ALMADA, 2004, p.123)

Essa espécie de publicidade é ainda subdividida em outras duas subespécies, notadamente, publicidade imediata, que é aquela praticada mediante presença física da parte interessada, a exemplo daqueles que comparecem em juízo para consultar os autos, participar de audiências e etc.

Tem-se ainda aquela denominada publicidade mediata, a qual se opera não em razão de um contato direto da parte interessada aos atos processuais, mas sim de forma intermediária, ou seja, há a publicidade, porém ela é realizada através de um meio indireto, podendo-se aqui mencionar as publicações efetivadas através dos meios de comunicação processual, seja também mediante certidão dos autos.

Sobre o assunto, MARINONI assim se posiciona:

> A publicidade no processo pode ser *geral* ou *restrita.* Pode ainda ser *imediata* ou *mediata.* A publicidade geral é aquela em que todos têm acesso ao conteúdo dos autos *(allgemeineOffentlichkeit).* Restrita, em que apenas as partes ou seus advogados têm acesso aos autos *(ParteinOjfentlichkeit).A* publicidade imediata é aquela em que é facultada ao público em geral, às partes e aos seus advogados a presença no momento da prática dos atos processuais *(unmittelbareOffentlichkeit).* Mediata, aquela em que é acessível ao público, às partes e aos seus advogados apenas o resultado da prática do ato processual *(mittelbareOffentlichkeit).* A regra no processo civil é a publicidade *geral* e *imediata* (art. 189). (MARINONI, 2015, p.508)

É relevante aduzir que todo e qualquer ato realizado sem a observância do princípio da publicidade e ausente de fundamentação é nulo, nos termos do permissivo legal insculpido no artigo 93, IX do texto

constitucional. Isso quer dizer que existente um ato processual que não tenha possibilitado a qualquer um de ter conhecimento da sua existência, esse se torna nulo, em homenagem ao que preconiza o princípio da publicidade dos atos processuais.

No entanto, utilizado em nosso ordenamento jurídico como regra, é mister apresentarmos nesse trabalho, a exceção a essa regra, ou seja, se por um lado temos que tornar efetivo esse princípio consagrado, por outro lado temos que observar que esse princípio pode ser excepcionado em casos específicos pela não publicidade dos atos processuais.

Nasce juntamente com a exceção a regra, o denominado segredo de justiça, o qual apesar de ser um excludente da publicidade dos atos processuais, por assim dizer, caminha lado a lado com este princípio nos dispositivos normativos, ao passo que dentro de uma mesma norma ao mesmo tempo que se regulamenta a publicidade processual, já se relaciona as particularidades que clamam a sua exceção.

2 O SEGREDO DE JUSTIÇA NO DIREITO BRASILEIRO

Nota-se de maneira bastante cristalina que a regra da publicidade dos atos processuais comporta exceção, ao passo que o legislador constituinte permite que o processo em certos casos percorra em segredo de justiça, e nesse pormenor não haverá publicidade dos atos quando: *a) a preservação do direito a intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público/social à informação, ou b) nos casos em que o sigilo seja imprescindível à segurança do Estado e da sociedade*.

O segredo de justiça está presente em nosso ordenamento jurídico desde a época em que éramos colonizados por Portugal, e quando da proclamação da independência do Brasil, estávamos sob o regime jurídico das Ordenações do Reino, as quais foram mantidas *a posteriori*, desde que não contrariassem a soberania brasileira.

> Essa legislação, que provinha de Felipe I e datava de 1603, encontrava suas fontes históricas no direito romano e no direito canônico.Suas principais características consistiam na observância dos seguintes princípios, consagrados pelo Livro III das Ordenações Filipinas: forma escrita, de sorte que só o que estava escrito nos autos era considerado pelo juiz; havia atos em segredo de Justiça: as partes não participavam da inquirição de testemunhas e tinham que usar embargos de contradita

> para provar motivos de suspeita. (THEODORO JUNIOR, 2015, p. 61/62)

Na atualidade, em se tratando de processos que tramitam sob o segredo de justiça, o acesso aos autos fica restrito as partes e seus procuradores, de modo que o público como um todo não terá acesso ao seu teor. Nesse sentido:

> Quando o processo correr em segredo de justiça, só poderá ser consultado pelas partes, seus advogados, terceiros intervenientes admitidos no processo e pelo Ministério Público. Por isso, os atos de comunicação do processo (intimações e publicações de editais) serão cifrados, e o nome das partes não aparecerá na íntegra, mas abreviado (destaque nosso). (GONÇALVES, 2016, p.415)

No entanto, o segredo de justiça está vinculado aos atos do processo e não a sua própria existência, que será sempre pública (GOMES JUNIOR, 2008). Foi nesse sentido a decisão do STJ no ano de 2016, nos termos do Informativo 587–RMS 49.920 SP (STJ, 2016).

> DIREITO CONSTITUCIONAL. SEGREDO DE JUSTIÇA E DIVULGAÇÃO DO NOME DO RÉU E DA TIPIFICAÇÃO DO CRIME EM SÍTIO ELETRÔNICO DE TRIBUNAL.

No caso de processo penal que tramita sob segredo de justiça em razão da qualidade da vítima (criança ou adolescente), o nome completo do acusado e a tipificação legal do delito podem constar entre os dados básicos do processo disponibilizados para consulta livre no sítio eletrônico do Tribunal, ainda que os crimes apurados se relacionem com pornografia infantil. A CF, em seu art. 5º, XXXIII e LX, erigiu como regra a publicidade dos atos processuais, sendo o sigilo a exceção, visto que o interesse individual não pode se sobrepor ao interesse público. Tal norma é secundada pelo disposto no art. 792, , do CPP. A restrição da publicidade somente é admitida quando presentes razões autorizadoras, consistentes na violação da intimidade ou se o interesse público a determinar. Nessa mesma esteira, a Quarta Turma do STJ, examinando o direito ao esquecimento (REsp 1.334.097-RJ, DJe 10/9/2013), reconheceu ser "evidente o legítimo interesse público em que seja dada publicidade da resposta estatal ao fenômeno criminal". Ademais, os arts. 1º e 2º da Resolução n. 121/2010 do CNJ, que definem os dados básicos dos processos judiciais passíveis de disponibilização na internet, assim como a possibilidade de restrição de divulgação de dados processuais em caso de sigilo ou segredo de justiça, não têm o condão de se sobrepor ao princípio constitucional da publicidade dos atos processuais (art. 5º, LV, da CF), tampouco podem prescindir da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX, da CF). Assim sendo, eventual decretação de uma exceção que justificaria a imposição de sigilo absoluto aos dados básicos de um processo judicial não constitui direito subjetivo da parte envolvida em processo

> que tramita sob segredo de justiça, demandando, ao contrário, uma avaliação particular que delimite o grau de sigilo aconselhável em cada caso concreto, avaliação essa devidamente fundamentada em decisão judicial. Nesse sentido, a mera repulsa que um delito possa causar à sociedade não constitui, por si só, fundamento suficiente para autorizar a decretação de sigilo absoluto sobre os dados básicos de um processo penal, sob pena de se ensejar a extensão de tal sigilo a toda e qualquer tipificação legal de delitos, com a consequente priorização do direito à intimidade do réu em detrimento do princípio da publicidade dos atos processuais. RMS 49.920-SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 2/8/2016, DJe 10/8/2016.

Assim, tem-se de um lado a publicidade dos atos processuais como princípio constitucional- processual, o qual é empregado como regra em nosso ordenamento jurídico, e de outro lado o segredo de justiça, também previsto na Constituição de 88 e na legislação processual civil, porém usado como exceção.

> A Constituição, quando tolera a excepcionalidade de processos "em segredo de justiça", não o faz em caráter absoluto, visto que o sigilo não privará às partes e seus advogados de acesso a todos os trâmites do processo. Além disso, estando em jogo interesses de ordem pública (repressão penal, risco para a saúde pública, dano ao Erário, ofensa à moralidade pública, perigo à segurança pública etc.), os atos processuais praticados nos moldes do "segredo de

> Justiça" podem ser investigados e conhecidos por outros, além das partes e dos advogados, por autorização do juiz. . (THEODORO JUNIOR, 2015, p. 143/144)

Nota-se na parte final do inciso IX do artigo 5º da CF/88 que o legislador parece privilegiar o interesse público à informação quando conflitante com o direito à intimidade do indivíduo, ao passo que autoriza a restrição de acesso aos autos desde que a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique ao interesse público à informação.

Em suma, e reiterando o que já foi dito anteriormente, a CF/88 permite que o processo corra em segredo de justiça nas seguintes hipóteses: nos casos em que o sigilo seja imprescindível à segurança do Estado e da sociedade; quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigir; e por último, em casos nos quais a preservação do direito a intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público a informação.

Importante salientar que, "o desrespeito ao sigilo que obriga a todos os participantes do processo poderá acarretar sanções administrativas e eventualmente civis ao culpado, mas não nulidade processual". (GONÇALVES, 2016, p. 416)

Os processos que se enquadrarem nas especificidades normativas as quais garantem a sua

tramitação de maneira sigilosa podem ser reconhecidos de ofício, independente da provocação de quaisquer das partes, mas também nada impede que a parte interessada faça pedido expresso nesse sentido. Lado outro, o segredo de justiça pode ser revogado de ofício.

2.1. O Segredo de Justiça no Código de Processo Civil de 1939 e no Código de Processo Civil de 1973

Apresentado o contexto constitucional acerca do tema, até mesmo em respeito a hierarquia normativa de nosso ordenamento jurídico, adentramos nas previsões legais existentes nas normas infraconstitucionais, notadamente nos três últimos Códigos de Processo Civil vigentes no Brasil, a começar pelo CPC de 1939.

Nota-se que nesta época o legislador já se preocupava em outorgar publicidade aos processos judiciais, haja vista que definiu em seu artigo 5º que os mesmos seriam públicos, salvo quando o contrário fosse exigido pelo decoro ou interesse social.

Trazia também no parágrafo único do artigo 744, uma hipótese em que o processo obrigatoriamente tramitava sob segredo de justiça, a saber: “Quando o pedido se fundar em crime contra a honra da mulher, a

dispensa dos proclamas será precedida de audiência dos contratantes, em separado, e em segredo de justiça”.

O CPC de 1973 mantém em seu *caput* o cerne da publicidade processual em decorrência de interesse publico e amplia seu rol ao passo que além de garantir o segredo de justiça nos assuntos relativos ao casamento, abrange também casos envolvendo a filiação, separação dos cônjuges, conversão da separação em divórcio, alimentos e guarda de menores.

Além disso, traz uma inovação na medida em que possibilita ao terceiro que demonstrar interesse jurídico no processo que tramite sobre o segredo de justiça, requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e partilha resultante do desquite.

Nesse ponto, ao que parece, ainda que o juiz possibilite ao terceiro ter acesso aos autos caso preencha o requisito legal, ou seja, demonstre interesse jurídico, ainda assim tal acesso será limitado, haja vista que conforme se extrai do próprio texto do artigo, a parte só poderá requerer certidão da sentença, o que se dará somente no final do processo, não podendo se dizer que este terceiro interessado teve acesso a todo conteúdo presente no processo.

Segundo GOMES JUNIOR, 2015, apesar do equívoco do legislador ao utilizar o termo sentença, poderá

ser deferido o acesso a qualquer peça dos autos, desde que atendidos os requisitos legais.

2.2 Segredo de Justiça no Novo Código de Processo Civil brasileiro

O Código de Processo Civil de 2015, no capítulo acerca das normas fundamentais do processo civil, destaca em seu artigo 11 que "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e, fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade". Complementa no seu parágrafo único que "nos casos de segredo de justiça, pode ser autorizada a presença somente das partes, de seus advogados, de defensores públicos ou do Ministério Público".

No tocante a necessidade de fundamentação da decisão que decreta o segredo de justiça, Theodoro Júnior assim destaca:

> Ao princípio da publicidade, por outro lado, se integra a exigência de motivação dos atos decisórios, já que, para a observância do sistema democrático de prestação jurisdicional, não basta divulgar a conclusão do julgado; é indispensável que as razões que a sustentam também

> sejam explicitadas pelo órgão judicante. Só assim será demonstrado que o contraditório efetivo terá sido realizado e respeitado pelo órgão judicial. . (THEODORO JUNIOR, 2015, p. 143/144)

No artigo 189 amplia o rol de hipóteses em que se aplica o segredo de justiça nos atos processuais, para além daqueles já apresentados, nos seguintes casos: III - nos processos em que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade; e, IV- que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo. Foi mantida no §2º do referido artigo, a possibilidade de extração de certidão da sentença, bem como de inventário e de partilha resultantes de divórcio ou separação pelo terceiro que demonstrar interesse jurídico pode requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença.

Neste ponto é importante mencionar que não é pacificado o entendimento jurisprudencial acerca de ser o rol dos processos que tramitam em segredo de justiça exemplificativo ou taxativo, nesse sentido, MARINONI assim se manifesta:

> Apesar de eventual divergência jurisprudencial quanto ao rol dos processos que tramitam em segredo de justiça, acredita-se que esse rol é apenas exemplificativo. (MARINONI, 2015, p.243)

Ademais, ressalta-se que é permitido ao juiz de acordo com o caso concreto, determinar o tramite do processo em segredo de justiça em casos diversos daqueles previstos na lei, o que nos leva a crer que o rol constante no CPC é meramente exemplificativo.

Há ocasiões em que o caso concreto se apresenta como passível de tramitação em segredo de justiça, no entanto, se o conteúdo do processo já tiver sido divulgado ao publico, dispensa-se a gravação de segredo de justiça nos autos até mesmo em razão da perda de sua finalidade.

Nesse sentido foi que o juiz da 3ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, Dr. Flávio Roberto de Souza, indeferiu pedido feito pelo advogado do empresário Eike Batista para que a audiência em que este era acusado de crimes contra o mercado de capitais corresse em segredo de justiça. O indeferimento do juiz se deu em razão do conhecimento prévio do publico acerca do assunto e inclusive sobre a existência do processo, de modo que não restaria configurada a interferência a privacidade do acusado.

Contudo, ao mesmo tempo, são dignas de análise as exasperações desse princípio, as quais podem ser igualmente perigosas (CINTRA *et al*., 2009, p. 76). Isso é particularmente visível nos dias de hoje com as tendências midiáticas de promover um verdadeiro "denuncismo", em que a notícia se confunde com entretenimento e promove um sensacionalismo sobre os procedimentos judiciais. Dessa forma, conforme alerta Cintra *et al*., é importante não confundir publicidade com sensacionalismo, pois embora aquela seja uma "[...] garantia política – cuja finalidade é o controle da opinião pública nos serviços da justiça [...]" (2009, p. 77), o sensacionalismo puramente afronta a dignidade humana.

O direito de informar e o de ser informado não se confundem, estando eles previstos no artigo 5°, incisos IV, IX e XIV e no artigo 220 de nossa Constituição Federal. Importante ressaltar que a este corresponde a um dever para o indivíduo que informa de prestar informações adequadas e verdadeiras (CANOTILHO, 1993, p. 225). Assim, o direito de informar implica num nível de responsabilidade alta por parte daquele que vincula a notícia, tanta para com os cidadãos como também para os indivíduos cujas vidas são expostas.

Assim, as notícias devem ser dadas com consciência, tendo em mente sempre as consequências

irreparáveis que uma agressão moral pode causar à pessoa humana e tendo atenção para não violar os direitos personalíssimos que são a privacidade e a honra. Compreende-se, com isso, o cuidado que deve ser inerente à atividade jornalística, vez que danos irreversíveis podem ser cometidos contra os indivíduos cujas vidas íntimas são expostas na mídia.

Contudo, o que observamos com frequência é o interesse público ser usado como pretexto para notícias invasivas e sensacionalistas, sendo, por isso, essencial diferenciar o verdadeiro "interesse público" do "interesse do público". Enquanto aquele é fundamento legítimo para o princípio da publicidade, permitindo que o público faça um "controle" dos procedimentos perante os tribunais, este confunde-se com a mera curiosidade e é insuficiente para desnudar a intimidade alheia[1].

2.3 Segredo de justiça como sinônimo de publicidade mitigada

Como se vê, a publicidade dos atos processuais em que pese ser utilizada como regra em nosso ordenamento jurídico, quando aplicada de maneira ampla e

sem restrições pode dependendo do caso concreto, ocasionar vários danos a outras garantias constitucionais.

É nesse pormenor que vem a legislação pátria criar o instituto do segredo de justiça como forma de limitar essa publicidade em casos específicos, de modo que em tese, inexistiria a publicidade dos atos processuais em raros casos.

Ocorre que há doutrinadores que entendem que o termo "segredo de justiça" é utilizado equivocadamente, ao passo que para estes não existe justiça em segredo, ao revés, o que se tem na prática é uma publicidade mitigada, de modo que nos casos enumerados pela norma, a publicidade dos atos se torna limitada, mas não afastada por completo.

Nesse sentido discorre ASSUMPÇÃO:

> O tema da publicidade mitigada é previsto no art.188 do Novo CPC. Infelizmente, já no *caput* do dispositivo legal, encontra-se a equivocada expressão "segredo de justiça", repetida no art.11, parágrafo único. Ainda que se trate de expressão consagrada, não existe justiça em segredo, perdendo o legislador uma excelente oportunidade de extirpar a incorreta expressão do CPC. As hipóteses de "segredo de justiça" são na realidade hipóteses de publicidade mitigada, e assim

> deveriam ser chamadas pela legislação que versa sobre o tema. (ASSUMPÇÃO, 2015, p. 164)

Se pararmos para observar, realmente ao termo publicidade mitigada dos atos processuais melhor se encaixaria com o caso em concreto, pois o termo “segredo de justiça”, comumente utilizado nos remete a idéia da existência de um segredo absoluto, o que na prática não ocorre, ao passo que existem certas pessoas que “conhecem” esse segredo.

CONCLUSÃO

Ao longo do presente trabalho, foi possível constatar a pujança do princípio da publicidade em nosso ordenamento jurídico, que na condição de princípio constitucional avigora a efetividade não somente dessa garantia processual, mas também do princípio do contraditório, da ampla defesa, do julgamento justo, os quais estão interligados.

Lado outro, verifica-se que o segredo de justiça, em que pese estar presente tanto na norma constitucional, como na legislação infraconstitucional, não alcança na prática a mesma importância da publicidade dos atos processuais, ainda que ambos se encontrem no mesmo patamar normativo, por assim dizer.

É assim que a inobservância da aplicabilidade do princípio da publicidade dos atos processuais acarreta a sua nulidade, porém, por outro lado, havendo desrespeito ao segredo de justiça porventura decretado, não há que se falar em nulidade processual.

Portanto, o que se conclui com este estudo é que o segredo de justiça em que pese existir em nosso ordenamento, não é robusto, capaz de edificar a sua finalidade, tanto é que vem sendo reconhecido como em tese inexistente, vazio de efetividade plena, clamando no mundo jurídico para uma nova nomenclatura, notadamente, publicidade mitigada, da qual coadunamos.

Referências

ABDO, Helena Najjar. A garantia da publicidade do processo e a divulgação de atos processuais pela mídia: limites e precauções atinentes ao processo civil. In: *XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux, 2008, pp. 2897-2913.

ALMADA, Roberto José Ferreira de. *A garantia da publicidade no processo civil*. Dissertação submetida à Faculdade de Viçosa, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito. Viçosa: Faculdade de Viçosa, 2004.

BRASIL. *Lei nº 13.105 de 2015*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 26/10/2017

BRASIL. *Lei nº 5.869 de 1973*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em 26/10/2017

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 26/10/2017

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed., Coimbra: Almedina, 1993

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25. Ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2009

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25. Ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2009

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil:* introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. Ed., Salvador: Jus Podium, 2015

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; CHUEIRI, Miriam Fecchio. Segredo de justiça. Aspectos processuais controvertidos e liberdade de imprensa. In: *Revista de Processo: RePro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, v. 33, n. 156, p. 251-268.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. O segredo de justiça no novo Código de Processo Civil: análise das principais inovações. In: *Revista de Processo: RePro*. São Paulo: Editora Revista dosTribunais, 2015, v. 40, n. 250, p. 133-146.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. In: LENZA, Pedro (org.).6. Ed., São Paulo: Saraiva, 2016

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIEIRO, Daniel. Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NAVES, Nilson. Imprensa Investigativa: Sensacionalismo e Criminalidade. *Revista CEJ*, v. 20, pp. 6-8, 2003

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 7. ed., São Paulo: Método, 2015

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil:* Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. Vol. I. 56. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015

STJ. Informativo 587–RMS 49.920 SP de 2016. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/informativo-tribunal,informativo-587-do-stj-2016,58124.html>. Acesso em: 22 set. 2017

PRISÃO PROVISÓRIA DOMICILIAR E O RETROCESSO SOCIAL NA EFETIVAÇÃO DA PARENTALIDADE RESPONSÁVEL

PROVISIONAL PRISON DOMICILIARY AND THE SOCIAL RETROCESS IN THE EFFECTIVENESS OF RESPONSIBLE PARENTALITY

Leandra Chaves Tiago

Resumo: A mudança legislativa no artigo 318 do Código de Processo Penal proporcionada pela Lei n° 13.257/2016 viabilizou a possibilidade da prisão preventiva ser substituída por prisão domiciliar para pais de crianças até 12 anos. Porém, a exigência de requisitos para homens e mulheres baseada na autoridade parental é substancialmente distinta. A presente pesquisa visa refletir o avanço da lei no que tange à proteção da primeira infância, e, em contrapartida, a manutenção binária de espaços sociais ocupados pelos sexos na sociedade. O método a ser adotado no estudo será o dedutivo, com pesquisa bibliográfica e documental e procedimento técnico teórico, crítico, histórico, comparativo e interpretativo.

Palavras-Chave: Prisão domiciliar; Lei n° 13.257/2016; Binarismo; Autoridade Parental; Espaços Sociais.

Abstract: The Legislative change on 318 article of penal process code provided for the law n° 13.2567/2016 maked feasible the possibility of provisional arrest will be substituted for residence arrest for parents of children until 12 years old. However, the requirements for men and women based on parental authority are substantially differents . The present research objective reflect the advanced of the law in reference of the protection of first childhood and in contrast , the binary maintenance of

spaces ocupated for sexs on the society. The method to be adopted in the study will be the deductive, with bibliographical and documentary research and theoretical, critical, historical, comparative and interpretative technical procedur

Keywords: Home prison; Law n° 13.257 / 2016; Binarism; Parental Authority; Social Spaces.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o objetivo perquirir acerca da importância da edição da Lei n° 13.257/16 (Estatuto da Primeira Infância) que incluiu três novos incisos ao artigo 318 do Código de Processo Penal, que tratam da possibilidade do juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for gestante, mulher com filhos até 12 (doze) anos incompletos e homem, caso seja o único responsável pelos cuidados dos filhos de até 12 (doze) anos de idade incompletos. Tal incremento legislativo tem relevância significativa, em razão da prisão provisória domiciliar se harmonizar com a defesa do interesse coletivo na persecução criminal e na boa administração justiça, como também preserva a relação familiar do (a) investigado (a) com a sua prole, fazendo com que mesmo que esteja respondendo à processo criminal possa ainda exercer seu poder familiar. Acresça-se a isso ao fato que no Brasil, basta se assistir aos noticiários, que é notório o Estado de Coisas Inconstitucional, o que se reflete na

péssima gestão dos presídios, sua superlotação e as patentes violações de direitos humanos que cotidianamente se repetem dentro de suas muralhas.

> [...] O encarceramento em massa de mulheres tem se acentuado exponencialmente nos últimos anos. De 2000 e 2014 o índice de presas aumentou 503%, segundo o INFOPEN de dezembro de 2014. São milhares de mulheres, majoritamente jovens, negras, pobres, com baixa escolaridade, mães, capturadas pelo sistema de justiça penal por envolvimento em crimes destituídos de violência física ou grave ameaça, como o tráfico de drogas e o furto. A criminologia feminista tem nos alertado sobre a dupla criminalização que incide sobre as mulheres aprisionadas: primeiro pela desobediência da ordem penal, com a seletividade exercida sobre o cometimento do crime, e da ordem patriarcal, tendo em vista que a transgressão não faz parte do papel social de gênero da passividade, docilidade e submissão [...]. (SILVA, 2016, p.03).

Apesar da lei n° 13.257/2016 ampliar as possibilidades de substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar ser um grande avanço na concretude do direito fundamental da vedação à transcendência da pena insculpido no artigo 5º, XLV da Constituição Federal de 1988, ao estabelecer requisitos substancialmente distintos para concessão da prisão domiciliar entre homens e mulheres justificada na autoridade parental, traz inquieta

reflexão quanto ao espaço ocupado pelos sexos na sociedade. Indaga-se o porquê da concessão da prisão domiciliar à mulher ser concedido pelo simples fato de estar esta em estado gravídico ou ter filhos de até 12 anos incompletos, e, em contrapartida o homem para ter concedido tal benefício, baseado na paternidade responsável, ter que comprovar nos autos do processo criminal ser o único responsável pelos cuidados do menor com 12 anos de idade?

Insta investigar o motivo pelo qual há tratamento diferenciado entre pai e mãe encarcerados para a concessão do benefício da prisão domiciliar, e, por qual razão as possibilidades do homem em conseguir tal benefício relacionado à proteção à primeira infância ser tão dimuta quanto ao comparado à mulher que exerce a função de mãe.

Nessa tarefa de inquirição, pretende-se a presente pesquisa realizar uma análise crítica da divisão acima elencada, legalmente difundida por meio da edição do artigo 318, inciso VI do Código de Processo Penal, a partir da perduração do binarismo rígido entre o sexo feminino e masculino que delimitam os seus espaços sociais e contribui para edição de leis com ranço patriarcal e sexista.

Para isso, o estudo será guiado notoriamente por bibliografias de autores pesquisadores das relações de

gêneros e estudiosos das relações de poder, cujas obras e artigos científicos analisados fomentarão de maneira significativa a abordagem do assunto em comento, como também por intermédio da leitura e compreensão de artigos da Constituição Federal, do Código Civil, do Código de Processo Penal e demais legislações que influem no tema.

Impera destacar que a pesquisa possui significativa relevância teórica e social, vez que é inegável que a questão de delimitação de espaço público e privado pelo fator de pertencimento do indivíduo ao sexo masculino ou feminino enseja processos de exclusão e focos de violência real e simbólica, diante da pungência constante entre oprimido e opressor.

Segundo MICHEL FOUCAULT *1926-1984*, (1987, p.29), as relações de poder se constituem em uma rede "capilarmente" difundida na sociedade, no qual influencia de forma significante a vida do indivíduo, no caso em vertente, se analisará com a edição da Lei n° 13.257/2016 o quanto o poder patriarcal ainda está culturalmente impregnado na sociedade e influenciando, mesmo que em vias reflexas, a promulgação de leis populares que contradizem a noção de Estado Democrático de Direito e o princípio constitucional da isonomia, previsto no artigo 5º, inciso I da Carta Magna.

Além disso, o estudo sobre a questão de gênero encampa grandes debates na contemporaneidade, sendo que a presente pesquisa se justifica pela transdisciplinariedade do tema, vez que devido à sua complexidade, a análise da questão jurídica proposta precisa revisitar, principalmente, os ensinamentos teóricos e definições advindas da Filosofia, Psicologia, Sociologia e História.

A metodologia de pesquisa a ser adotada será a do procedimento bibliográfico e documental, através de consulta empreendida em material teórico-bibliográfico, utilização de livros e artigos doutrinários e as leis que possuem relação direta ou indireta com o tema abordado.

Igualmente, no desenvolvimento do presente estudo empregar-se-á o método dedutivo, partindo de uma concepção macro analítica para uma concepção micro analítica. Será utilizado como procedimento técnico: a análise teórica, crítica, histórica, comparativa e interpretativa.

Estruturalmente o trabalho se divide em, além de introdução e conclusão, em 02 (duas) seções temáticas. Na primeira seção, titulada *Construção histórico-social do "mito da rainha do lar" e a ressignificação dos espaços ocupados pelos sexos na sociedade brasileira*, será dado enfoque às relações de poder construídas histórica e

socialmente entorno do binarismo rígido feminino-masculino e na busca do rompimento com a episteme sexista e misógina. Na próxima seção, intitulada *Lei n° 13.257/2016 frente à responsabilidade parental constitucionalmente reconhecida*, em que será feita análise crítica da inclusão pela edição do Estatuto da Primeira Infância dos incisos IV, V e VI no artigo 318 do Código de Processo penal frente à igualdade do exercício do poder familiar constitucionalmente garantida, ao se realizar interpretação constitucional do artigo 1631 do Código Civil com enfoque no teor normativo do artigo 226,§ 5º,§7º da Constituição Federal. Como também, os reflexos da alteração legislativa na ruminação de concepções patriarcais que tratam as mulheres como sendo o "Segundo Sexo" SIMOUNE DE BAUVOIR *1930 -1986.*

2 CONSTRUÇÃO HISTÓRICO-SOCIAL DO MITO DA RAINHA DO LAR E A RESSIGNIFICAÇÃO DOS ESPAÇOS OCUPADOS PELOS SEXOS NA SOCIEDADE BRASILEIRA

Na cátedra de direito aprende-se com os teóricos clássicos contratualistas que a sociedade e o Estado surgiram como uma necessidade do indivíduo em

substituir a sua liberdade *in natura* pela liberdade civil, por meio da celebração de um hipotético contrato social.

Embora a teoria do contrato social convencionalmente apresentada não manifestar a participação da mulher no pacto social, segundo CAROLE PATERMAN (1993, p.16) "[...] quanto às mulheres, não participam do contrato original, elas são o objeto do contrato. Assim, enquanto o contrato social é uma história de liberdade; o contrato sexual é uma história de sujeição [...]".

Para PATERMAN (1993), a filosofia e a história ocultaram a existência de um contrato sexual baseado na relação de poder marcada pela dominação masculina e sujeição feminina.

> O pacto original é tanto um contrato sexual quanto social: é sexual no sentido de patriarcal –isto é, contrato que cria o direito político dos homens sobre as mulheres -, e também sexual no sentido do estabelecimento de um acesso sistemático dos homens aos corpos das mulheres. (PATEMAN, 1993, p.27).

Nessa linha, PATERMAN (1993) traz à tona a dicotomia entre sexos proveniente do contrato civil, sendo aos homens destinado o espaço público, politicamente relevante, restando às mulheres a esfera privada "[...] esfera que ao mesmo tempo faz e não faz parte da

sociedade civil, mas que está separada da esfera civil [...]" (PATERMAN, 1993, p. 28).

Sendo que ao homem é livre o trânsito entre o espaço público e privado já que se encontra em posição de dominação, estando a mulher oprimida fadada ao confinamento na esfera privada. Enfrenta o sexo feminino barreira quase intransponível de rompimento desses espaços pré- determinados e marcados pelas relações de poder de dominação masculina.

Ademais, as relações de poder são "naturalizadas" pela violência simbólica perpetrada pelo binarismo sexual, não reconhecendo às próprias mulheres, muitas das vezes, principalmente no ambiente doméstico, sua condição de sujeito autônomo. "[...] mesmo que direitoslhe são abstratamente reconhecidos, um longo hábito impede que encontrem nos costumes sua expressão concreta. [...]" (BEAUVOIR, 2016, p. 17).

Ainda BEAUVOIR afirma que:

> [...] A ação das mulheres nunca passou de uma agitação simbólica; só ganharam o que os homens concordaram em lhes conceder; elas nada tomaram; elas receberam. Isso porque não tem meios concretos de se reunir em uma unidade que se afirmaria opondo. Não tem passado, não tem história nem religião própria ; não tem como os proletariados , uma solidariedade de trabalho e interesses; não há sequer entre elas essa promiscuidade espacial que se faz dos

> negros dos E.U.A, dos judeus dos guetos dos operários de Saint-Denis ou das fabricas Renaut uma comunidade. Vivem dispersas entre homens, ligadas pelo *habitat*, pelo trabalho, pelos interesses econômicos, pela condição social a certos homens- pai ou marido- mais estreitamente do que a outras mulheres [...] o laço que as une a seus opressores não é comparável a nenhum outro [...].(BEAUVOIR, 2016, p.15-16).

Também é nesse sentido o posicionamento de PIERRE FÉLIX BOURDIEU *1930-2002:*

> [...] Por conseguinte, a representação androcêntrica da reprodução biológica e da reprodução social se vê investida da objetividade do senso comm , visto como senso pratico, dóxico, sobre o sentido das praticas . E as próprias mulheres aplicam toda a realidade e, particularmente, às relações de poder em que se vêem envolvidas esquemas de pensamento que são incorporaçãodessas relações de poder e que se expressam nas oposições fundantes da ordem simbólica, por conseguinte, seus atos de conhecimento são exatamente por isso, atos de reconhecimento prático , de adesão dóxica, crença que não tem que se pensar e se afirmar como tal e que se "faz", de certo modo a violência simbólica que ela sofre [...] A violência simbólica se institui por intermédio da adesão que o dominado não pode deixar de conceder ao dominante (e, portanto, à dominação) quando ele não dispõe, para pensá-la e para se pensar , ou melhor , para pensar sua relação com ele, mais que de instrumentos de conhecimento que ambos têm em comum e que não sendo mais que a forma incorporada da relação de dominação,

> fazem esta relação ser vista como natural [...] (BORDIEU , 2002, p.45-47) .

A relação de domínio masculino sobre o feminino tem maior preponderância e reprodução no ambiente privado, esfera esta demonstrada por PARTERMAN (1993) como historicamente destinada às mulheres. É o que também retrata BOURDIEU:

> Realmente, creio que, se a unidade doméstica é um dos lugares em que a dominaçãomasculina se manifesta de maneira mais indiscutível (e não só através do recurso à violência física) o princípio da perpetuação das relações de forças materiais e simbólicas que aí se exercem se coloca essencialmente fora desta unidade, em instancias como a Igreja, a Escola ou o Estado e em suas ações propriamente políticas, declaradas ou escondidas , oficiais ou oficiosas[...] (BOURDIEU, 2002, p.138).

A delimitação de espaços reproduz o papel social a ser desempenhado pelos sexos, com a “naturalização” de relações de poder de domínio masculino e sujeição feminina, em que ao homem é destinado o ambiente público, tendo como atributos a racionalidade e virilidade, e, a mulher a predestinação ao ambiente privado, por ser dócil, passiva e emotiva.

A historiadora MARY DEL PIORE traça uma linha histórica da mulher brasileira no que tange ao seu papel social predominantemente destacado na esfera privada e imbricado no exercício da maternidade.

> [...] Ao longo do século XIX, o império mudou. Com a vinda da família real portuguesa [...] As fronteiras entre o público e o privado ficam mais nítidas, favorecendo que os papéis exercidos nesses espaços também ganhasse maior visibilidade. A Igreja e o Estado apostavam no sucesso do papel feminino. Dentro de casa, a mulher poderia comandar alianças, poderes informais e estratégias. Mas apenas dentro de casa. Na rua , era outra coisa. O risco da perda da honra crescia; conversas com homens eram inadmissíveis. Estar fora depois das Ave-Marias era sinônimo de se prostituir. A diferença entre as mulheres de casa, em geral casadas, e as da rua, trabalhadoras concubinadas ou sós, acentuava-se. [...] (PRIORE, 2013, p.18-19)

Continua:

> [...] Tal família era inteiramente subordinada à figura do pai. Rei em casa, ali ele representava o Estado e a Igreja. Da mulher, além de submissão, esperava-se que exercesse plenamente a função de procriar e transmitir aos filhos valores morais e éticos; dos filhos que aceitassem todas as regras, tanto afetivas quanto disciplinares, sem procurar questioná-las [...] (PRIORE, 2013, p.20).

Já na década de 40, MARY DEL PRIORE relata:

> [...] O matrimônio, porém, continuava em alta. O presidente Vargas, em um decreto assinado em abril de 1941, insistia em que a educação feminina deveria formar mulheres "*afeiçoadas ao casamento, desejosas da maternidade, competentes para a criação dos filhos e capazes na administração da casa".* As revistas tinham então um papel modelar no que dizia a respeito à vida familiar. *Querida, Vida Doméstica, Você, Jornal das Moças* ou seções femininas de *O cruzeiro*, impactavam como formadoras de opinião. E o que elas diziam? Que ser mãe e dona de casa era o destino natural das mulheres, enquanto a iniciativa, a participação no mercado de trabalho, a força e o espírito de aventura definiriam a masculinidade [...] (PRIORE, 2013, p.66-67).

Saltando para a década de 70, MARY DEL PRIORE mostra que:

> [...] Os resultados? A revista *Manchete*, em janeiro de 1974 , publicou uma pesquisa de opinião depois de consultar cem mulheres no país todo. Elas diziam preferir ser objetos dos homens a sujeitos da história. Não estavam interessadas em política nem em igualdade de salários. Davam maior importância à maternidade e à família. Contra o aborto, eram favoráveis à contracepção[...] (PRIORE, 2013, p.78).

Nessa esteira, predominou até a década de 70 no Brasil a concepção de espaços bem delimitados a serem

ocupados pelos sexos. Sendo que a mulher que não se dedicasse à casa e à maternidade era identificada no seio social como “anormal” e “desordeira”, vez que não seguia a ordem “natural” das coisas. “[...] dentro do casamento, prevalecia o caráter assimétrico: a mulher, reduzida ao papel de mãe e esposa. O pai, dedicado ao trabalho, à posse da mulher e à fiscalização dos filhos [...]” (PRIORE, 2013, p.136-137). Apenas, a partir dos anos 80 que se iniciou um movimento de rompimento dos espaços rígidos ocupados pelos indivíduos em razão do sexo biológico.

> [...] Os valores também se transformaram. Acabaram-se o tempo em que cada um dos membros da família endossava um papel social definido, fixo: esfera pública para o marido, chefe de família e encarregado de prover o casal; esfera privada para a mulher, ocupando-se de tarefas domésticas, da educação dos filhos e da submissão destes à autoridade parental[...] (PRIORE, 2013,p.83-84).

Partindo dessa trajetória histórica, percebe-se que a diferenciação estabelecida pela lei n° 13.257/16 não provêm de uma escolha feita a bel prazer do legislador, vez que tal distinção foi construída ao longo do processo histórico-social no qual se enraizou a episteme do pensamento rígido binário manifestado numa relação de poder entre o masculino dominante e o feminino dominado.

> A lógica dicotômica carrega essa ideia. Em consequência, essa lógica supõe que a relação masculino-feminino constitui uma oposição entre um polo dominante e outro dominado- e essa seria a única e permanente forma de relação entre os dois elementos. O processo desconstrutivo permite perturbar essa ideia de relação de via únicae observar que o poder se exerce em várias direções. O exercício do poder pode, na verdade, fraturar e dividir internamente cada termo da oposição. Os sujeitos que constituem a dicotomia não são, de fato, apenas homense mulheres, mas homens e mulheres de várias classes, raças, religiões, idades, etc. e suas solidariedade e antagonismo podem provocar os arranjos mais diversos, perturbando a noção simplista e reduzida de "homem dominante *versus* mulher dominada". Por outro lado, não custa reafirmar que os grupos dominados, são, muita das vezes, capazes de fazer dos espaços e das instancias de opressão, lugares de resistências e de exercício do poder. (LOURO,2004, p.33)

Isto corrobora o quanto o reconhecimento e efetivação dos direitos humanos das mulheres estão condicionados à divisão entre os espaços públicos e privados. O que segundo PIOVESAN citada por MAZZUOLI:

> [...] Vale dizer, ainda que se constate, crescentemente, a democratização do espaço público, com a participação ativa de mulheres nas mais diversas arenas sociais, resta o desafio de democratização do espaço privado-cabendo ponderar que tal democratização é fundamental para a

> própria democratização do espaço público. (PIOVESAN APUD MAZZUOLI, 2016,p.77).

Certo é que o ranço colonial de espaços limitados para os sexos, estando a mulher oprimida destinada ao âmbito privado e a exercer seu papel de mãe e esposa, já o homem opressor voltado para as práticas políticas e merecedor da esfera pública, traz-se à tona, o fenômeno da "colonialidade" pelo círculo vicioso de uma opressão misógina, ainda que velada, como é o caso da Lei n° 13.257/16 que encampa um avanço na manutenção da convivência familiar entre os pais processados criminalmente e seus filhos, mas por outro lado, evidencia a estagnação social ao criar distinções para a concessão do benefício baseado na autoridade parental, porém, justificados em processos "naturalizados" de cunho sócio biológico.

> Muitos pensadores provenientes de diversas áreas refletiram ou refletem sobre a colonização como um grande evento prolongado e de muitas rupturas, e não como uma etapa histórica já superada. A colonização não diz respeito apenas à administração colonial direta sobre determinadas áreas do mundo, mas refere-se a uma lógica de dominação, exploração e controle que inclui a dimensão do conhecimento, do conhecimento sobre gênero e sexualidade e também do conhecimento jurídico, como o ocorrido no Brasil. Neste sentido, fala-se em

> colonialidade e não apenas colonialismo. A palavra colonialidade é empregada para chamar a atenção sobre o lado obscuro da modernidade, assim fala-se em modernidade/colonialidade .(SPAREMBERGER, 2016, pp.157-158).

Atualmente ainda que de forma incipiente, fragmentada e espaçada as questões de gênero ganham espaço de discursividade nas academias, e, cabe ao jurista reconstruir a epistemeandrocêntrica e binarista. Necessário aguçar o senso crítico para enfrentamento das relações de poder de dominação masculina. Nesse viés, o operador do direito deve estar atento às violências reais e simbólicas entre os sexos, que, infelizmente, repercutem até mesmo na elaboração das leis. E através dessa consciência crítica, buscar "descolonizar" o pensamento dual rumo a uma efetiva igualdade de gênero.

Nesse condão, Ulrich Beck (2010) desenvolve importante análise crítica da mudança de paradigma dos espaços sociais ocupados pelos sexos na sociedade pós-industrial. Se a burguesia em ascensão precisava de um núcleo familiar tradicional com papéis bem definidos, homem o responsável pelo sustento e a mulher dedicada ao matrimônio e aos cuidados da prole, a modernidade tardia, ao revés, surgiu para complexar e questionar o modelo familiar linear e estável. O consumismo aliado à divisão do mercado de trabalho e a vida cada vez mais

globalizante faz com que o matrimonio, o exercício do poder familiar e a relação entre homens e mulheres sejam rearranjados perenemente.

> [...] Estes são os signos que hoje a modernidade passa a anti-modernidade que ela mesma tem incorporado na sociedade industrial: estouram as relações entre os sexos que estão soldadas com a separação de produção e reprodução e são mantidas juntas na tradição compacta da família pequena com tudo o que está contido na comunidade , atribuição e emocionalidade. De repente, tudo se volta inseguro: a forma da convivência, quem faz que trabalho, as noções de sexualidadee amor e sua inclusão no matrimonio, na família, a paternidade se separa em pai e mãe, os filhos , com a intensidade de vinculação que contem e que agora está ficando anacrónica [...] Começa a luta e uma experimentação geral com formas de reunificação de trabalho e de vida, trabalho domestico e retribuído, etc. Dito em poucas palavras : o privado se volta político, e isto se estende por todos os âmbitos.(BECK, 2010,p.145).

O legislador ao conceder o benefício da prisão domiciliar à mulher apenas pela sua condição de mãe e, em contrapartida, para tal benesse, exigir do homem a necessidade de comprovação de ser o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos, perpetuou uma concepção conservadora de papéis familiares não condizentes com a fluidez da vida

pós-moderna, ocasionando um retrocesso social na efetivação do direito constitucional de igualdade entre homem e mulher consubstanciado no artigo 5º, inciso I da Constituição Federal do Brasil.

Em analogia ao raciocínio desenvolvido por Ulrich Beck (2010), a inserção da limitação ao poder familiar trazida pelo artigo 318, inciso VI do Código de Processo Penal, constitui em atraso do relógio do legislador aos idos dos anos 50.

> Quem quer realmente restabelecer a família pequena na forma dos anos cinquenta tem que atrasar os relógios da modernização, é dizer, há que excluir as mulheres do mercado de trabalho não só dissimuladamente (por exemplo, dando dinheiro as mães e cultivando a imagem do trabalho doméstico), senão abertamente, excluindo-as também da educação, haveria que aumentar a diferença dos salários e inclusive revisar a igualdade perante a lei: haveria que examinar se os problemas não começaram já com o sufrágio universal: haveria que limitar ou proibir a mobilidade, o mercado, os novos meios e as tecnologias da informação,etc. Em poucas palavras, haveria que desmedir os princípios indivisíveis da modernidade, haveria que designar (naturalmente) a um sexo o que se nega (naturalmente) ao outro, e isto de uma vez para sempre. (BECK, 2010, p.158).

3 LEI N° 13.257/2016 FRENTE À RESPONSABILIDADE PARENTAL CONSTITUCIONALMENTE RECONHECIDA

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso I, concedeu igualdade de tratamento ao homem e a mulher. Referido tratamento isonômico é reproduzido pela Carta Magna, em seu artigo 226, § 5º e §7ª, ao prever igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres na condução da sociedade conjugal e outorgou a ambos o desempenho do poder familiar com relação aos filhos comuns.

Nessa esteira, MARIA BERENICE DIAS (2015, p.461) informa que embora o uso da terminologia poder familiar ao invés de pátrio poder tenha transmudado o sentido de dominação da prole para o de proteção dos descendentes (artigo 1634 do Código Civil), o uso do vocábulo "poder" na expressão ainda não é o mais apropriado, melhor seria a substituição da expressão poder familiar para função familiar.

> [...] A expressão que goza da simpatia da doutrina é a autoridade parental. Melhor reflete a profunda mudança que resultou da consagração constitucional do principio da proteção integral de crianças, adolescentes e jovens (CF 227). Destaca-se que o interesse dos pais está

> condicionado ao interesse do filho, de quem deve ser haurida a legitimidade que fundamenta a autoridade. Mas já surge movimento indicando como mais apropriado o termo de responsabilidade parental [...] (DIAS, 2015, p.461)

Observa-se ainda que o Brasil ratificou em 01.02.1984 a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres , cujo teor normativo de caráter supra legal tem como escopo eliminar a discriminação e garantir a igualdade entre homens e mulheres. Trata-se, portanto, de observar o princípio da igualdade como uma obrigação vinculante.

> Artigo 1º- Parte I- Para os fins da presente Convenção, a expressão "discriminação contra a mulher" significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo. (NAÇÕES UNIDAS, 1979).

Igualmente, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher deixa expresso em seu artigo 5º:

> Os Estados-Partes tornarão todas as medidas apropriadas para:

> a) Modificar os padrões sócio-culturais de conduta de homens e mulheres, com vistas a alcançar a eliminação dos preconceitos e práticas consuetudinárias e de qualquer outra índole que estejam baseados na idéia da inferioridade ou superioridade de qualquer dos sexos ou em funções estereotipadas de homens e mulheres.
> b) Garantir que a educação familiar inclua uma compreensão adequada da maternidade como função social e o reconhecimento da responsabilidade comum de homens e mulheres no que diz respeito à educação e ao desenvolvimento de seus filhos, entendendo-se que o interesse dos filhos constituirá a consideração primordial em todos os casos. (NAÇÕES UNIDAS, 1979).

Ora, partindo dessa análise, veja-se que a lei n° 13.257/2016 (Estatuto da Primeira Infância) ao alterar o artigo 318 do Código de Processo Penal, ao estabelecer critérios distintos entre homens e mulheres para a concessão do benefício da prisão provisória domiciliar em razão do exercício da responsabilidade parental, se absteve em observar o próprio texto constitucional que prevê o tratamento isonômico para os pais no exercício do "poder" familiar e o conteúdo da própria Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres, vez que perpetuou o quadro de desigualdade real entre esses sexos, desconsiderou a responsabilidade parental comum, ao invés de adotar medidas apropriadas para a modificação de padrões sócio-culturais binários.

Segundo BAER e Castro (2016, p.152) “[...] a mesma em nada contribui na desconstrução da diferença dos papéis sociais desempenhados por homens e mulheres a partir de concepções culturalmente construídas de destinação de espaços [...]”.

Não se está a negar o papel jurídico social da Lei nº 13.257/2016, vez que ao inserir os incisos IV, V e VI, no artigo 318 do Código de Processo Penal contribuiu com significativo avanço no direito de convivência familiar entre pais presos e seus filhos, como também visou desafogar presídios abarrotados que devido à situação de calamidade levou o Egrégio Supremo Tribunal Federal (ADPF 347) a reconhecer, em 2015, o Estado de Coisas Inconstitucional, por generalizada e sistêmica violação de direitos fundamentais em virtude do atual sistema carcerário brasileiro.

Todavia, estabelecer como pré-requisito aos homens a necessidade de provar ser o pai e o único responsável pela criança de até 12 anos incompletos e, em contrapartida, somente exigir da mulher o estado gravídico ou ser mãe de filho de até 12 anos incompletos sem a necessidade da exigência feita ao pai encarcerado, é no mínimo desprezar o ordenamento pátrio e a convenção internacional mencionada alhures, que expressam claramente que tanto o pai quanto a mãe exercem em grau

de igualdade todos os direitos e deveres referente à sua prole. A lei de forma acrítica repetiu o papel e o espaço tradicional ocupado pelas mulheres, reproduzindo a episteme de uma sociedade patriarcal, sendo, mais alarmante o fato da legislação, ainda que implicitamente, reproduzir o pensamento de que a maternidade ("natural") é mais importante que à paternidade ("criação social), deixando a entrever a figura paterna como dispensável e secundária na composição familiar.

> [...] Quando um detento ingressa no presídio, passa pela chamada "cerimônia de degradação" que despe o encarcerado dos símbolos que constroem a sua própria autonomia e identidade. Aqui, poderíamos supor que tanto os papéis da maternidade quanto da paternidade seriam extirpados quando do ingresso ao sistema penitenciário. Com a diferença, porém, suposta pela lei, da mais natural irrelevância do segundo papel frente ao primeiro, já que apenas se faculta, institucionalmente, o retorno à condição de pai presente, quando inexistente a presença onipotente da mãe. A cerimônia também é setorizada pelos gêneros. Os simbolismos que daí decorrem nos fazem pensar no quão imbricados ainda estamos àqueles modelos familiares decorrentes da forma de organização social atrelada ao capitalismo industrial surgida no século XIX, reproduzindo as viscerais raízes dos marcadores de gênero desta sociedade. Mais alarmante, ainda, é pensar o quanto a sua aplicação poderá incentivar, em última análise, o crescimento da criminalização feminina.[...] (FERNANDES,2016).

Além da aludida lei reproduzir a cultura tradicional do patriarcado no que tange à concessão do benefício da prisão provisória domiciliar por preenchimento de requisitos distintos para homem e para mulher quanto ao exercício da autoridade parental, ou em melhor termo, da "parentalidade responsável", elevando a figura materna e subvalorizando à figura paterna, também retrata o quanto o Congresso Nacional está desprovido de bancada feminina, "[...] essa percepção resta nítida quando verificamos o próprio processo de formação da lei em questão, pois treze deputados federais são apontados como autores da lei, sendo que desse universo apenas três são deputadas mulheres [...]" (CASTRO; BAER,2016, p.150).

Dessa feita, segundo PATEMAN (1993, pp.34-35) as leis não deveriam ter identificação sexista.

> Contar a história do contrato sexual é mostrar como a diferença sexual, o que é ser "homem" ou "mulher", e a construção da diferença sexual enquanto diferença política são essenciais para a sociedade civil. O feminismo sempre se preocupou com a diferença sexual, e as feministas estão enfrentando agora um problema muito complexo. No patriarcado moderno, a diferença entre os sexos é apresentada como uma diferença essencialmente natural. O direito patriarcal dos homens sobre as mulheres é apresentado como um reflexo da própria ordem da natureza. Como as feministas devem, então, lidar com a diferença sexual. A resposta feminista adequada parece ser, então, lutar

> pela eliminação de todas as referências à diferença entre homens e mulheres na vida política; assim, por exemplo, todas as leis e políticas deveriam ser do "gênero neutro".

Reconstruir os espaços ocupados por homens e mulheres é tarefa árdua e de enfrentamento, requer romper com estereótipos, costumes e comportamentos que estão arraigados no imaginário de cada indivíduo que transcende à esfera pública, por meio de manifestações, como o discurso jurídico e político que, por vezes, reproduzem concepções que contrariam a própria razão na qual se funda o Estado Democrático de Direito.

4 CONCLUSÃO

Com a alteração do artigo 318 do Código de Processo Penal trazida pela edição da Lei n° 13.257/2016 é inegável que houve avanço social e jurídico quanto à garantia da manutenção da função familiar ainda que exercida por pais presos. Dessa forma, mesmo que a prisão domiciliar provisória seja concedida àqueles que ainda esperam o transito em julgado de seu processo, não deixa de ser uma maneira de concretização do princípio da vedação da transcendência da pena, como também reforça a concepção de responsabilidade parental, o que se

harmoniza com a tutela do princípio constitucional da proteção integral da criança, especialmente àquelas inseridas na denominada primeira infância. E não menos importante, a possibilidade de aguardar o fim do processo em prisão domiciliar desafoga um sistema carcerário decadente, precário e calamitoso.

Porém, interpretando mais a fundo o Estatuto da Primeira Infância no que concerne ao problema em pauta, o legislador perdeu uma chance em fazer cumprir as determinações previstas na Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra Mulher, qual seja, a do Estado-Parte garantir o exercício igual e comum da responsabilidade familiar por homens e mulheres. À contrassenso, numa mesma situação, existência de filhos menores até 12 (doze) anos incompletos, a Lei baseada em aspectos sócios- biológicos e no processo "natural" da maternidade, requereu da mulher apenas a condição de mãe de filho com até 12 (doze) anos incompletos, sendo que exigiu do pai que além de comprovar ter filho em idade acima mencionada, deverá demonstrar cabalmente ao juízo, sua condição de ser o único responsável pela criança, colocando o papel da paternidade para escanteio e de participação secundária na formação familiar.

Por que a lei não concede a prisão domiciliar para os homens e mulheres, pais de crianças, bastando que, em

análise aos demais requisitos legais (artigo 312 do Código de Processo Penal), a situação de maternidade ou paternidade restasse comprovada?

A resposta não é simples, e, perpassa pela construção histórica, jurídica, psicológica e cultural da episteme do binarismo rígido, no qual homens e mulheres possuem papéis sociais, espaços físicos e imateriais, e, atributos psíquicos bastantes delineados e segregativos.

Embora o próprio Direito venha criando mecanismo para a desconstrução do dualismo rígido proveniente do jogo de assimetrias de poder, a inclusão da mulher nos espaços públicos ainda é um processo longo, com acertos e desjeitos. Não é menos verdade que a bancada feminina no Congresso Nacional ainda representa um número diminuto quanto ao comparado aos da bancada masculina. A discursividade parlamentar ainda reproduz, como no caso da Lei em voga, como "natural" o discurso arcaico de que a mulher tem o dom da "nato" da maternidade, e, que a paternidade é uma "construção" social de participação familiar coadjuvante no que tange aos cuidados imediatos com a sua prole.

Assim, diante do tropeço legislativo, caberá ao judiciário no exercício do ativismo judicial, tentar consertar o retrocesso trazido com a lei, ainda que isso implique invasão das esferas dos poderes públicos.

Deverá o Juiz interpretar a norma conforme a Constituição e quiçá realizaro controle de constitucionalidade difuso do artigo 318,VI do Código de Processo penal, quando da análise do pleito de concessão da prisão domiciliar requerida pelo pai de criança até 12 (doze) anos incompletos.

É imperioso à desconstrução do paradigma do binarismo masculino-feminino. O Direito não comporta mais justificativas sócio-biologizantes de manutenção das relações de poderes. Há vários normativos que aduzem a igualdade de gênero, porém, por vezes, são normas de eficácia contida ou limitada que carecem de uma regulamentação posterior capaz de garantir à sua eficácia social. Ao invés disso, os legisladores editam normas acríticas que acabam por minar as conquistas feministas de direitos fundamentais reconhecidos a custo de muita batalha.

Não se pode perder de vista que a mulher reivindica para além de sua ascensão aos espaços públicos, que o homem se reconheça também no espaço doméstico-privado. A paternidade responsável desconstrói e desnaturaliza o paradigma patriarcal e se coaduna com o exercício da função familiar compartilhada. Logo, a exigência da comprovação de ser o pai preso o único responsável pela criança para a concessão da prisão

domiciliar fere a conquista feminina da responsabilidade parental.

REFERÊNCIAS

BEAUVOIR, Simone de. *O Segundo Sexo*: fatos e mitos. Tradução Sérgio Milliet. 3.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira,2016. 339p.

BECK. Ulrich. *Sociedade de risco*: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34; 2010. 368 p.

BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina.*Tradução de Maria Helena Kuhner. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

BRASIL. *Código Processo penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado,htm >. Acesso em 01 ago. 2017.

BRASIL. *Código Civil.* Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ 2002/L10406compilada.htm >. Acesso em 01 ago. 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil.* Disponível em: <http:// www.planalto.gov.br/ccivil_ 03/constituição/constituição.htm>. Acesso em 01 ago. 2017.

BRASIL. *Decreto n° 4.377, de 13 de setembro de 2002.* Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/decreto/2002 /d4377.htm> .Acesso em 02 de ago.2017.

BRASIL. *Lei nº 13.257/2016,de 08 de março de 2016*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm> Acesso em 04 ago 2017.

CASTRO, C.S.C.L; BAER, Gisela. *Prisão Domiciliar e os Espaços Destinados à Mulher:*Uma reflexão a partir das Teorias de Nancy Fraser e CarolePateman. Gênero, Direito e Sexualidade, v.25, p.141-156, 2016. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/.../2Y55k2L7x15z2Bd2.pdf>. Acesso em: 06 de ago. 2017.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias.* 10.ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.FERNANDES, Luciana. *Avanços e retrocessos da Lei 13.257/2016 na temática do encarceramento feminino.* Disponível em :<http://justificando.cartacapital.com.br/2016/03/23/avancos-e-retrocessos-da-lei-132572016-na-tematica-do-encarceramento-feminino>. Acesso em 12 de ago. de 2017.

FOUCALT. Michel. *Vigiar e punir.* 7. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.
JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

LOURO, Guacira Lopes. *Gênero,sexualidade e educação*: uma perspectiva pós-estruturalista. 7.ed. Petrópolis: Vozes,2004.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos.*3. ed.rev.atual.eampl. Rio de Janeiro:Forense; São Paulo: Método, 2016.

NAÇÕES UNIDAS. *Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher.* (1979). Disponível em <www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/sepm/legislacao/internacionais/imprimir - 25k>. Acesso em 11 nov.2017.

PATEMAN, Carole. *O Contrato Sexual*. Tradução de Marta Avancini. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

PRIORE, Mary Del. *Histórias e Conversas de Mulher*. 1. ed. São Paulo: Planeta, 2013,312p.

PRÓCHNO, C.C.S.C.; ROCHA, R.M.G. *O jogo do nome nas subjetividades travestis.* Psicologia e Sociedade, 2011, v. 23(2), p. 254-261.

SILVA, Mariana Lins de Carli. *A Brutalidade de Gênero do Sistema Penal:* tortura ostensiva e estrutural contra mulheres. Disponível em <http:/ A brutalidade de gênero do sistema penal: tortura ostensiva e estrutural contra mulheres 29/09/2016 18:43 -03 | Atualizado 29/09/2016 18:43 -03> . Acesso em 10 ago. 2017.

SPAREMBERGER, L.F. Raquel. A defesa dos direitos fundamentais de gênero. In: III *SEMINÁRIO INTERNACIONAL "ESTADO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL E PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS*, vol. 1, 2016, Itaúna, Anais, Virtual Books, 2016, pp. 156-187, 2016.

SISTEMA COLETIVO DE AÇÕES E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

COLLECTIVE SYSTEM OF ACTIONS AND THE PRINCIPLE OF LEGAL SECURITY IN THE NEW CIVIL PROCESS CODE

Rayssa Rodrigues Meneghetti
Tadeu Saint'Clair Cardoso Batista

RESUMO: Foram significativas as mudanças implementadas pelo Novo Código de Processo Civil Brasileiro acerca do Sistema de Ações Coletivas e do Princípio da Segurança Jurídica, visto que se tratam de fortes fundamentos do direito de acesso à Justiça, como garantia do exercício da cidadania, da igualdade nas decisões e da defesa dos interesses da coletividade. O presente trabalho tem por escopo analisar os principais pontos que levam à insegurança dos processos coletivos, o Projeto de Lei nº 5.139/2009, o Sistema de Precedentes Judiciais Brasileiro e o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. A metodologia é teórico-bibliográfica e o método dedutivo.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema de Ações Coletivas; Princípio da Segurança Jurídica; Ação Civil Pública; Precedentes Judiciais; Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

ABSTRACT: The changes implemented by the New Code of Brazilian Civil Procedure regarding the Collective Actions System and the Principle of Legal Security were significant, since they are strong foundations of the right of access to justice, as a guarantee of the exercise of citizenship, of equality in decisions and the defense of collective interests. The present work has as scope to analyze the main points that lead to the insecurity of the collective processes, the Law Project nº

5.139/2009, the Brazilian System of Judicial Precedents and the Incident of Resolution of Repetitive Demands. The methodology is theoretical-bibliographic and the deductive method.

KEY-WORDS: System of Collective Actions; Principle of Legal Security; Public Civil Action; Judicial Precedents; Repetitive Demands Resolution Incident.

1 INTRODUÇÃO

O autor José Carlos Barbosa Moreira, no artigo intitulado *Os novos rumos do processo civil Brasileiro*, faz uma análise da forma como doutrinadores e operadores do direito tratam o processo. Segundo ele, a tônica das preocupações dos processualistas é exclusiva para com a técnica. No que tange especificamente ao processo coletivo, chega a afirmar que a Lei da Ação Popular só foi colocada efetivamente em prática depois de dez anos de sua edição, por absoluta demora na realização de estudos doutrinários capazes de desvendar o alcance da proteção conferida por aquele diploma legal.

Partindo da análise realizada pelo jurista, chega-se facilmente a compreensão de que as possibilidades de utilização do processo coletivo, enquanto instrumento de inclusão social e efetivação dos direitos fundamentais coletivos, são deixadas de lado, em detrimento de análises técnicas, que por vezes, querem simplesmente aplicar ao

processo coletivo teorias e institutos do processo individual.

Sabe-se que o direito processual coletivo brasileiro tem como marco a edição da Lei n.º 4.717/65, que dispõe sobre a Ação Popular, instrumento previsto expressamente nos textos das constituições de 1967 (artigo 150, § 31) e de 1969 (artigo 153, § 31). A Ação Popular foi fruto de um importante movimento teórico denominado de *segunda onda renovatória do acesso à justiça*[1], oriundo da obra de Mauro Capelletti, 1988, que constatou que o processo civil individual era totalmente insubsistente para a defesa dos direitos das coletividades.

Conforme bem observou Michele Damasceno Marques Mello, a partir desse enfoque, cuidou-se de buscar meios adequados à tutela desses interesses, que não encontravam solução confortável na esfera do processo civil individual (MELLO, 2010, p.22).

A segunda onda renovatória foi importante para romper com o paradigma do processo eminentemente individualista, tanto que, alguns anos após da edição da Lei de Ação Popular ganharam corpo novas discussões sobre mecanismos de proteção coletiva, destacando-se dentre estas o "Primeiro Seminário sobre a Tutela dos Interesses Difusos", realizado na Universidade de São Paulo, sob a coordenação da professora Ada Pellegrini

Grinover, onde se formou a comissão que redigiu o anteprojeto da Lei de Ação Civil Pública.

De acordo com o autor Rodolfo de Camargo Mancuso,

> A segunda das ondas renovatórias do processo civil propugnou pela judiciabilidade dos interesses que se diriam dessubstantivados, esparsos por vastas coletividades cujos sujeitos são indeterminados e o objeto é indivisível – os interesses difusos -, mencionados no art. 129, III, da CF, definidos no art. 81, I, do CDC (Lei 80.78/90) – e que, ainda antes dessa positivação, assim os havíamos conceituado: São interesses metaindividuais, que, não tendo atingido o grau de agregação e organização necessários à sua afetação institucional junto a certas entidades ou órgãos representativos dos interesses já socialmente definidos, restam em estado fluido, dispersos pela sociedade civil como um todo (v.g., o interesse à pureza do ar atmosférico), podendo, por vezes, concernir a certas coletividades de conteúdo numérico indefinido (v.g., os consumidores). Caracterizam-se: pela indeterminação dos sujeitos, pela indivisibilidade do objeto, por sua intensa litigiosidade interna e por sua tendência à transição ou mutação no tempo e no espaço (MANCUSO, p.316, 2009)

O acesso à Justiça, previsto no artigo 5º, inciso XXV da Constituição Federal é garantia que para a sua implementação real depende de certas condições, tais

como a assistência por advogado, pagamento de custas processuais e deslocamento físico em localidades remotas. O processo coletivo é em grande medida capaz de solucionar vários desses que são considerados problemas estruturais do acesso individual.

O objetivo geral do presente trabalho é analisar os aspectos que envolvem o Princípio da Segurança Jurídica no Sistema de Ações Coletivas, com base no Novo Código de Processo Civil. Ademais, é possível listar, como objetivos específicos, o exame dos principais pontos que levam a insegurança dos processos coletivos (legitimação e eficácia e alcance da coisa julgada coletiva), do projeto de lei nº 5.139/2009 (disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos, ou individuais homogêneos), do Sistema de Precedentes Judiciais Brasileiro e da técnica de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

A metodologia utilizada na realização do presente trabalho foi teórico-bibliográfica, com procedimento metodológico dedutivo, buscando embasamento em doutrinas de referência nacional, com o fito de esclarecer alguns conceitos e aspectos relevantes relacionados ao Sistema Coletivos de Ações, bem como o Princípio da Segurança Jurídica, visando aprofundar, compreender e elaborar uma conclusão para o tema discutido. Além das

doutrinas, foram analisadas a Constituição Federal de 1988 e a legislação infraconstitucional referente à matéria, sobretudo o Novo Código de Processo Civil.

2 PROCESSO COLETIVO DE INTERESSE PÚBLICO

O processo coletivo se presta às demandas judiciais que envolvam interesses referentes à preservação da harmonia e à realização dos objetivos constitucionais da sociedade, ou seja, defesa de interesses públicos primários (coletividade tem supremacia sobre o particular), bem como o fomento aos direitos fundamentais (DIDIER JR. e ZANETI JR., 2009).

O Superior Tribunal de Justiça tem entendimentos reconhecendo um direito autônomo de acesso coletivo à jurisdição:

> CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POSTULANDO RESERVA DE VAGAS AOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA. CONCURSO DE ÂMBITO NACIONAL.DIREITO COLETIVO *STRICTO SENSU*. INAPLICABILIDADE DA LIMITAÇÃO TERRITORIALPREVISTA NO ART. 16 DA LEI 7.374/85. DIREITO INDIVISÍVEL. EFEITOS ESTENDIDOS À INTEGRALIDADE DA

COLETIVIDADE ATINGIDA. EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA. COMPETÊNCIA DO JUIZ FEDERAL PREVENTO PARA CONHECER DA INTEGRALIDADE DA CAUSA.

1. O direito a ser tutelado consubstancia interesse coletivo, a que se refere o inciso II do art. 81 do CDC (reserva de vagas aos portadores de deficiência em concurso de âmbito nacional), já que pertence a uma categoria, grupo ou classe de pessoas indeterminadas, mas determináveis e, sob o aspecto objetivo, é indivisível, vez que não comporta atribuição de sua parcela a cada um dos indivíduos que compõem aquela categoria.

2. O que caracteriza os interesses coletivos não é somente o fato de seremcompartilhados por diversos titulares individuais reunidos em uma mesma relação jurídica, mas também por a ordem jurídica reconhecer a necessidade de que o seu acesso ao Judiciário seja feito de forma coletiva; o processo coletivo deve ser exercido de uma só vez, em proveito de todo grupo lesado, evitando, assim, a proliferação de ações com o mesmo objetivo e a prolação de diferentes decisões sobre o mesmo conflito, o que conduz a uma solução mais eficaz para a lide coletiva.

3. A restrição territorial prevista no art. 16 da Lei da Ação Civil Pública(7.374/85) não opera efeitos no que diz respeito às ações coletivas que visam proteger interesses difusos ou coletivos stricto sensu, como no presente caso; nessas hipóteses, a extensão dos efeitos à toda categoria decorre naturalmente do efeito da sentença prolatada, vez que, por ser a legitimação do tipo ordinária, tanto o autor quanto o réu estão sujeitos à autoridade da

> coisa julgada, não importando onde se encontrem.
> 4. A cláusula erga omnes a que alude o art. 16 da Lei 7.347/85 apenas estende os efeitos da coisa julgada a quem não participou diretamente da relação processual; as partes originárias, ou seja, aqueles que já compuseram a relação processual, não são abrangidos pelo efeito erga omnes, mas sim pela imutabilidade decorrente da simples preclusão ou da própria coisa julgada, cujos limites subjetivos já os abrangem direta e imediatamente.
> 5. Conflito conhecido para determinar a competência do Juízo Federal da a.Vara Cível da Seção Judiciária do Estado do Mato Grosso do Sul, o suscitado, para conhecer da integralidade da causa, não havendo que se falar em desmembramento da ação.
> (CC 109.435/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/09/2010, DJe 15/12/2010) (grifo nosso)

Alguns autores, como Kazuo Watanabe, Ada Pellegrini Grinover, e Rodolfo Mancuso, consideram que a tutela dos interesses coletivos é ordinária, porque os legitimados defendem em juízo interesse próprio, além de protegerem os direitos das massas para os quais foram legalmente escolhidos.

3. OS PRINCIPAIS PONTOS QUE LEVAM A "INSEGURANÇA DO PROCESSO COLETIVO"

O microssistema processual coletivo Brasileiro apresenta alguns dificultadores para acesso amplo à tutela jurisdicional, a saber.

3.1 Legitimação

O Rol taxativo de legitimados para as ações coletivas impede por vezes que o mais qualificado postule em juízo em favor da coletividade.

Segundo Calmon de Passos, Celso Barbi e Barbosa Moreira somente poderão agir aqueles expressamente autorizados pelo ordenamento jurídico, ou seja, os legitimados coletivos são substitutos processuais que não titularizam objetivamente os direitos previstos no artigo 81 da Lei 8.078/90 (CALMON DE PASSOS, 1989).

Já a segunda corrente, que conta com expoentes como Kazuo Watanabe, Ada Pellegrini Grinover, e Rodolfo Mancuso, inspirada nos modelos teóricos da Alemanha e da Itália (DIDIER JR. E ZANETTI, 2009) partem do pressuposto teórico de que a tutela dos interesses coletivos é ordinária, pelo fato de os legitimados defenderem em juízo interesses próprios, além de ao

mesmo tempo protegerem os direitos das massas para os quais foram legalmente escolhidos.

Nos Estados Unidos da América a *Federal Rule 23 of Civil Procedure*[1] trata de forma extensa da representatividade adequada, com extrema ênfase aos procedimentos de sua aferição em sede judicial (*definingfunction*). O juiz de uma *classaction* tem poderes para definir se determinado autor é qualificado, bem como para admitir a participação de eventuais interessados.

A lógica do modelo americano é que uma vez determinado que o postulante tem aptidão para agir em nome da coletividade, a coisa julgada passará a ser vinculativa para todos os representados, ressalvado o direito deste de manifestar interesse expresso em não ser atingido "*righttoopt out*", modelo que difere em muito do brasileiro, que está insculpido no artigo 103 da Lei n.º 8.078/90.

O Projeto de Lei n.º 5.139/2009 apresenta um novo rol para as ações coletivas em geral (exceto para a Ação Popular, que manterá o cidadão), a saber:

> Art. 6º São legitimados concorrentemente para propor a ação coletiva: I- o Ministério Público; II- a Defensoria Pública; III- a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e respectivas autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista, bem como seus órgãos

> despersonalizados que tenham como finalidades institucionais a defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos; IV- a Ordem dos Advogados do Brasil, inclusive as suas seções e subseções; V- as entidades sindicais e de fiscalização do exercício das profissões, restritas à defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos ligados à categoria; VI- os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, nas Assembleias Legislativas ou nas Câmaras Municipais, conforme o âmbito do objeto da demanda, a ser verificado quando do ajuizamento da ação; e VII- as associações civis e as fundações de direito privado legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano, para a defesa de interesses ou direitos relacionados com seus fins institucionais, dispensadas a autorização assemblear ou pessoal e a apresentação do rol nominal dos associados ou membros.

O Objetivo desse novo rol é melhorar a regra de acesso, inclusive dispensando autorizações assembleares e listas de autorização, que, restringem a eficácia do julgamento[1].

Nesse sentido, o tópico seguinte abordará questões sobre a eficácia e o alcance da coisa julgada coletiva.

3.2 Eficácia e alcance da coisa julgada coletiva

O atual sistema de efeitos da coisa julgada do processo coletivo, leva em consideração a competência territorial do órgão prolator, artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública, limitação que será removida se aprovado o Projeto de Lei n.º 5.139/2009.

Na prática, essa limitação provoca insegurança jurídica sob todos os aspectos, seja por impedir que se beneficiem todos os que, nos termos do artigo 81, incisos I e II do CODECON, poderiam ser beneficiados pelo provimento coletivo, seja por permitir que caso idêntico seja resolvido por outros juízes, de outra jurisdição.

Outro ponto relevante do Projeto de Lei n.º 5.139/2009 está relacionado à imposição de suspensão de todas as ações individuais que tem objeto semelhante ao da Ação Coletiva, regra que possibilitaria a almejada estabilidade das decisões judiciais.

O Projeto de Lei n.º 5.139/2009, com nítida inspiração na *Federal Rule 23 of Civil Procedure* dos Estados Unidos da América, impõe ao réu a obrigação de comunicar a todos os possíveis integrantes do grupo afetado pelo julgamento da existência da ação coletiva, que só não serão afetados se não forem efetivamente comunicados, ou, se comunicados exercerem o direito à exclusão. Sobre o tema, Luiz Manoel Gomes Júnior e Rogério Favaretto explicam:

> A opção realmente pode causar alguma perplexidade, mas temos vários pontos positivos nessa inovadora proposta: a-) haverá a necessidade de comunicação adequada da existência da Ação Coletiva (art. 34, §§ 3º e 4º) sob responsabilidade do réu; b-) o efeito é apenas na parte relativa a matéria de direito – pontos ou questões de fato podem ser resolvidos de forma individual, se o caso; c-) evita a loteria judiciária na medida em que a decisão será igualitária para todos os membros do grupo; d-) traz evidente economia processual pois afasta a necessidade de ajuizar centenas ou milhares de ações idênticas com perda de tempo para todos os interessados, especialmente para o Sistema Jurídico. Assim, em relação aos interesses ou direitos individuais homogêneos, propõe-se um regime da coisa julgada pro et contra, restrita à matéria exclusivamente de direito, de modo a atingir a solução da controvérsia de forma definitiva, vedado o ajuizamento de novas ações individuais para rediscutir o que anteriormente decidido em sede coletiva, o que tenderá a evitar a repetição indiscriminada de demandas individuais com o mesmo objeto, ressalvando sempre a possibilidade de o interessado propor e prosseguir com sua demanda individual, antes do resultado final. (GOMES JR. E FAVARETTO, p., 2016)

Analisado o Projeto de Lei n.º 5.139/2009, passa-se para o exame da estabilidade das decisões no processo coletivo, com base nas instruções trazidas pelo Novo Código de Processo Civil.

4. PROCESSO COLETIVO E ESTABILIDADE DAS DECISÕES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A livre convicção do Juiz representa variável que impacta a resolução de demandas, em tese, semelhantes. Justamente para mitigar os impactos dessa variável é que o Novo Código de Processo Civil pretende consagrar a uniformização e a estabilidade da jurisprudência, sob a justificativa de promover segurança jurídica e isonomia nas decisões.

A constante insegurança no teor das decisões judiciais afeta o direito fundamental de acesso à Justiça, visto que os cidadãos se veem desestimulados na propositura de demandas, diante da imprevisibilidade no resultado das decisões. Sobre este fenômeno, Luiz Guilherme Marinoni explica:

> Considerando-se a realidade da justiça civil brasileira, constata-se com facilidade que o jurisdicionado tem grande dificuldade para prever como uma questão de direito será resolvida. Isso se deve ao fato de os juízes e os tribunais não observarem modelos mínimos de racionalidade ao decidirem. (MARINONI, p. 69, 2016)

Ademais, a segurança jurídica está ligada à dignidade, na medida em que a previsibilidade mínima do teor das decisões judiciais integra a noção de confiança no judiciário por parte dos indivíduos interessados.

Neste sentido, o Novo Código de Processo Civil trouxe mudanças significativas, que visam estabelecer a segurança jurídica das decisões, através da prolação de decisões isonômicas, fortalecendo a confiança dos indivíduos no judiciário e fomentando o direito de acesso à justiça.

4.1 Sistema Brasileiro de Precedentes Judiciais

A princípio, cumpre estabelecer, basicamente, as diferenças entre os Sistemas Jurídicos *Civil Law* e *Common Law*. Aquele é o sistema que considera a lei como fonte primária do ordenamento jurídico, por isso possui uma alta produção legislativa e vincula os juízes à letra da lei, enquanto este é o sistema onde os juízes e tribunais devem se espelhar no que já foi decidido anteriormente, permitindo que os julgadores criem direitos, respeitadas as regras que regulam o uso dos precedentes judiciais.

Muito embora o Sistema Jurídico Brasileiro seja *Civil Law*, o Novo Código de Processo Civil, preocupado com a segurança jurídica, adotou os precedentes como

fundamento das decisões judiciais. Isto se deve ao fato de o sistema *Civil Law* ter passado por uma "revolução", com base no ideal de processo constitucionalista, onde os direitos fundamentais ganharam importância e os Juízes adquiriram capacidade para interpretar a lei de acordo com o caso concreto, além de poder completa-la e até criá-la nos casos de omissão, não precisando mais se ater, exclusivamente, a literalidade do direito produzido pelo legislativo. Os resultados desse processo de evolução é que geraram os problemas pelas quais o Judiciário tem enfrentado hoje. De acordo com o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni:

> Mas é exatamente aí que aparece o brutal problema do nosso tempo. O sistema brasileiro - que adota o controle difuso de constitucionalidade -, não se deu conta de que esta forma de poder judicial coloca em risco a coerência da ordem jurídica, a segurança e a igualdade, valores fundamentais em qualquer Estado de Direito. (MARINONI, p.2, 2010)

Neste sentindo, e visando estabelecer igualdade e segurança nas decisões judiciais, o Novo Código de Processo Civil trouxe significativas mudanças acerca dos Precedentes Judiciais.

De acordo com o artigo 489, §1º, inciso VI "não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja

ela interlocutória, sentença ou acórdão, que deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento".

Conforme o ensinamento de Humberto Theodoro Júnior,

> O Novo Código de Processo Civil foi severo e minucioso na repulsa à tolerância com que os Tribunais vinham compactuando com verdadeiros simulacros de fundamentação, em largo uso na praxe dos juízes de primeiro grau e nos tribunais superiores. [...] A sentença, para a nova legislação processual, não deve ser apenas fundamentada, deve ser adequadamente fundamentada, sob pena de não satisfazer as exigências do moderno processo justo, idealizado pela Constituição. (THEODORO JR., 2016, p.562)

Este posicionamento tão criterioso do Novo Código de Processo Civil, em relação à fundamentação das decisões judiciais, deve-se ao fato de que o primeiro grau de jurisdição não estava vinculado ao entendimento dos Tribunais Superiores, isto é, não havia uma obrigatoriedade de respeito aos precedentes judiciais, sendo que os magistrados podiam decidir de acordo com seu próprio entendimento, gerando sentenças de cunho

subjetivo, desiguais para casos similares, além de mal fundamentadas.

Na verdade, mesmo os Tribunais Superiores muitas vezes não respeitavam ou reafirmavam os seus próprios entendimentos, sendo que as câmaras ou turmas tomavam decisões distintas para casos similares, gerando insegurança jurídica. Por isso, o Novo Código de Processo Civil se preocupou também em reforçar a tradição do regime de Súmulas, conforme prevê o artigo 926, quando diz que:

> Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.
> § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regime interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.
> § 2º Ao editar enunciados de súmulas, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Neste sentido, ao declarar a obrigatoriedade de observância dos precedentes judiciais e a manutenção de jurisprudência estável, coerente e íntegra pelos tribunais superiores, o Novo Código de Processo Civil quis promover o Princípio da Segurança Jurídica, da Proteção da Confiança e da Igualdade no Sistema Processual

Brasileiro, com o intuito de diminuir a prática dos julgadores de prolatarem decisões mal fundamentadas e/ou desiguais para casos similares.

Ademais, existem pontos controvertidos no "sistema brasileiro de precedentes" que pretendem ser superados com as normas estabelecidas pelo Novo Código de Processo Civil.

É danoso, por exemplo, pensar em um controle difuso de constitucionalidade sem precedentes obrigatórios a serem seguidos, como acontece no Sistema *Common Law* (onde existem regras preestabelecidas para impor limites à criatividade do Juiz), pois esta liberdade de interpretação legislativa na tomada de decisões, conferida aos juízes, coloca-os numa posição de superioridade com os legisladores.

Considerando, ainda, que após o Supremo Tribunal Federal se manifestar sobre a constitucionalidade ou não de uma norma, alterando a proposta legislativa inicial, nenhum outro tribunal pode decidir de forma diferente.

4.2 Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

Trata-se de um mecanismo inserido no ordenamento jurídico pelo Novo Código de Processo Civil

que visa resolver de maneira igualitária os casos repetitivos, frutos da massificação contemporânea dos conflitos e demandas levados ao Judiciário.

Nas palavras de Sofia Temer:

> As relações jurídicas são padronizadas, as pessoas titularizam direitos muito similares, os quais são ameaçados ou lesionados por condutas seriadas, o que faz com que se reproduzam no Judiciário diversos conflitos que possuem o mesmo desenho, com causas de pedir e pedidos similares (TEMER, 2017, p.31)

É importante salientar que o Processo Civil Brasileiro sempre representou uma natureza individual de demandas, o que dificulta ainda hoje, a resolução das necessidades contemporâneas da coletividade.

O volume de processos é cada vez maior nos fóruns e tribunais e a expectativa é que os números continuem crescentes, principalmente por causa das relações de consumo, das ações previdenciárias e tributárias. Tal situação é preocupante, visto que, a deficiência do sistema na proteção e na resolução das demandas de interesse coletivo, de maneira isonômica, obsta a efetividade no acesso à Justiça, no julgamento do mérito processual, na garantia de igualdade nas decisões e na promoção de segurança jurídica.

Com o fito de garantir que os casos semelhantes sejam julgados de acordo com a orientação jurisprudencial sedimentada pelos tribunais superiores, o Novo Código de Processo Civil trouxe a técnica do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, regulamentado em capítulo próprio, que compreendem os artigos 976 ao 987 do dispositivo.

O seu conceito pode ser encontrado nas palavras de Humberto Theodoro Jr.:

> O incidente autorizado pelo art. 976 do NCPC é um instrumento processual destinado a produzir eficácia pacificadora de múltiplos litígios, mediante estabelecimento de tese aplicável a todas as causas em que se debata a mesma questão de direito. Com tal mecanismo se intenta implantar uniformidade de tratamento judicial a todos os possíveis litigantes colocados em situação igual àquela disputada no caso padrão. (THEODORO JR., p.1074, 2016)

Em outras palavras, significa dizer que, os tribunais superiores (Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal) julgam um caso, ou um conjunto de casos, que servem de amostra para os demais casos de ações individuais que pleiteiam um direito próprio, mas que possuem as mesmas questões jurídicas a serem enfrentadas. Sendo que, “o caso-amostra pode ser

um recurso, reexame necessário ou uma ação de competência do tribunal" (TALAMINI, 2016).

Insta esclarecer que as regras e princípios que definem o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas são os mesmos dos Procedimentos de Recursos Repetitivos dos Tribunais Superiores, isto é, economia processual, bem como garantia de previsibilidade, segurança e igualdade nas decisões.

5 CONCLUSÃO

É possível concluir que a preocupação exclusiva dos operadores do direito com a técnica processual está chegando ao fim. Com o advento do Novo Código de Processo Civil evidenciaram-se as possibilidades de utilização do processo como instrumento de inclusão social e efetivação dos direitos fundamentais coletivos, que durante muito tempo foram deixados de lado.

Ademais, nota-se que o Código de Processo Civil trouxe diversas normas que visam estabelecer e consagrar o Princípio da Segurança Jurídica nos processos de caráter coletivo. Isto significa afirmar que, atualmente, existe uma preocupação em implementar um modelo de processo baseado em premissas constitucionais e que seja capaz de atender as demandas da população, resolvendo os seus

conflitos com adequação e definitividade, trazendo segurança aos indivíduos.

Foram examinados, ainda, alguns pontos que levam a insegurança dos processos coletivos, como aspectos concernentes à legitimação, bem como a eficácia e o alcance da coisa julgada coletiva, passando pelo estudo do Projeto de Lei n.º 5.139/2009. Contudo, tais questões já estão em vias de serem superadas.

Por fim, técnicas como o Sistema de Precedentes Judiciais e o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas servem para garantir, além da segurança jurídica, a igualdade das decisões de ações similares, a confiabilidade dos cidadãos no Poder Judiciário, a dignidade, a efetividade do acesso à Justiça e da duração razoável do processo, que são características fundamentais do Estado Democrático de Direito e auxiliam no progresso da sociedade.

REFERÊNCIAS

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Os novos rumos do Processo Civil Brasileiro*. V. 20. N. 78. P. 133-144. São Paulo: Revista de Processo, 1995. Disponível em: <http://www.ablj.org.br/revistas/revista6/revista6%20%20JOS%C3%89%20CARLOS%20BARBOSA%20MOREIRA%20-%20Os%20Novos%20Rumos%20do%20Processo%20Civil%20Brasileiro.pdf> Acesso em: 18 set. 2017.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

DIDIER Jr. e ZANETTI Jr. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 4. Editora JusPodivm: Salvador, 2009.

GOMES JR., Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GOMES JR., Luiz Manoel e FAVARETTO, Rogério. *Anotações sobre o Projeto da nova Lei da Ação Civil Pública, análise histórica e as suas principais inovações*. In: *Panorama atual das tutelas individual e coletiva: estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura*. MOREIRA, Alberto Camiña, ALVAREZ, Anselmo Prieto e BRUSCHI, Gilberto Gomes (coord.). São Paulo: Saraiva, 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos – Conceito e legitimação para agir*.6 ed., São Paulo: Ed. RT, 2004. In: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. 2.ed. rev., atual. eampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. Texto base da conferência proferida no Congresso de Direito Processual, realizado pelo Instituto dos Advogados do Paraná entre os dias 21 e 23 de outubro de 2010. Disponível em: <http://www.marinoni.adv.br/wp-

content/uploads/2016/08/Confer%C3%AAncia_IAP2.pdf> Acesso em 20 set. 2017.

MELLO, Michele Damasceno Marques. *Considerações sobre a influência das ondas renovatórias de Mauro Cappelletti no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/k212492.pdf>. Acesso em 14 jul.2017.

TALAMINI, Eduardo.*Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR): pressupostos.* Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236580,31047-Incidente+de+resolucao+de+demandas+repetitivas+IRDR+pressupostos> Acesso em 20 de set. 2017.

TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. 2. ed. rev., atual. eampl. Editora Juspodivm, 2017.

THEODORO JR., Humberto. *Novo Código de Processo Civil Anotado.* Colaboradores:
THEODORO NETO, Humberto e MELLO; Adriana Mandim Theodoro de e THEODORO, Ana Vitória Mandim. 20. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ISBN 978-65-990101-4-9

www.conhecimentolivraria.com.br