

**DIMENSÕES JURÍDICAS DOS
DIREITOS HUMANOS**

VOL. 1

PEMBROKE COLLINS

CONSELHO EDITORIAL

PRESIDÊNCIA Felipe Dutra Asensi

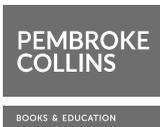
CONSELHEIROS Adolfo Mamoru Nishiyama (UNIP, São Paulo)
Adriano Moura da Fonseca Pinto (UNESA, Rio de Janeiro)
Adriano Rosa (USU, Rio de Janeiro)
Alessandra T. Bentes Vivas (DPRJ, Rio de Janeiro)
Arthur Bezerra de Souza Junior (UNINOVE, São Paulo)
Aura Helena Peñas Felizzola (Universidad de Santo Tomás, Colômbia)
Carlos Mourão (PGM, São Paulo)
Claudio Joel B. Lossio (Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal)
Coriolano de Almeida Camargo (UPM, São Paulo)
Daniel Giotti de Paula (INTEJUR, Juiz de Fora)
Danielle Medeiro da Silva de Araújo (UFSB, Porto Seguro)
Denise Mercedes N. N. Lopes Salles (UNILASSALE, Niterói)
Diogo de Castro Ferreira (IDT, Juiz de Fora)
Douglas Castro (Foundation for Law and International Affairs, Estados Unidos)
Elaine Teixeira Rabello (UERJ, Rio de Janeiro)
Glaucia Ribeiro (UEA, Manaus)
Isabelle Dias Carneiro Santos (UFMS, Campo Grande)
Jonathan Regis (UNIVALI, Itajaí)
Julian Mora Aliseda (Universidad de Extremadura, Espanha)
Leila Aparecida Chevchuk de Oliveira (TRT 2ª Região, São Paulo)
Luciano Nascimento (UEPB, João Pessoa)
Luiz Renato Telles Otaviano (UFMS, Três Lagoas)
Marcelo Pereira de Almeida (UFF, Niterói)
Marcia Cavalcanti (USU, Rio de Janeiro)
Marcio de Oliveira Caldas (FBT, Porto Alegre)
Matheus Marapodi dos Passos (Universidade de Coimbra, Portugal)
Omar Toledo Toribio (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Peru)
Ricardo Medeiros Pimenta (IBICT, Rio de Janeiro)
Rogério Borba (UVA, Rio de Janeiro)
Rosângela Tremel (UNISUL, Florianópolis)
Roseni Pinheiro (UERJ, Rio de Janeiro)
Sergio de Souza Salles (UCP, Petrópolis)
Telson Pires (Faculdade Lusófona, Brasil)
Thiago Rodrigues Pereira (Novo Liceu, Portugal)
Vanessa Velasco Brito Reis (UCP, Petrópolis)
Vania Siciliano Aieta (UERJ, Rio de Janeiro)

ORGANIZADORES:

FELIPE ASENSI, TELSON PIRES, THIAGO RODRIGUES PEREIRA,
VANESSA VELASCO HERNANDES BRITO REIS

DIMENSÕES JURÍDICAS DOS DIREITOS HUMANOS

VOL. 1



PEMBROKE COLLINS

Rio de Janeiro, 2020

**Copyright © 2020 Felipe Asensi, Telson Pires, Thiago Rodrigues Pereira,
Vanessa Velasco Hernandes Brito Reis (orgs.)**

DIREÇÃO EDITORIAL Felipe Asensi
EDIÇÃO E EDITORAÇÃO Felipe Asensi
REVISÃO Coordenação Editorial Pembroke Collins
PROJETO GRÁFICO E CAPA Diniz Gomes
DIAGRAMAÇÃO Diniz Gomes

DIREITOS RESERVADOS A

PEMBROKE COLLINS

Rua Pedro Primeiro, 07/606
20060-050 / Rio de Janeiro, RJ
info@pembrokecollins.com
www.pembrokecollins.com

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS

Nenhuma parte deste livro pode ser utilizada ou reproduzida sob quaisquer meios existentes sem autorização por escrito da Editora.

FINANCIAMENTO

Este livro foi financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro, pelo Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus), pelo Conselho Internacional de Altos Estudos em Educação (CAEduca) e pela Pembroke Collins.

Todas as obras são submetidas ao processo de peer view em formato double blind pela Editora e, no caso de Coletânea, também pelos Organizadores.

D582

Dimensões jurídicas dos direitos humanos / Felipe Asensi, Telson Pires, Thiago Rodrigues Pereira, Vanessa Velasco Hernandes Brito Reis (organizadores). – Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2020.

v. 1: 570 p.

ISBN 978-65-87489-45-2

1. Direitos humanos. 2. Direitos civis. 3. Política e direitos civis. I. Asensi, Felipe (org.). II. Pires, Telson (org.). III. Pereira, Thiago Rodrigues (org.). IV. Reis, Vanessa Velasco Hernandes Brito (org.).

CDD 323

SUMÁRIO

ARTIGOS.....	15
O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A OPERAÇÃO ACOLHIDA: ANÁLISE ACERCA DO ACOLHIMENTO DOS REFUGIADOS VENEZUELANOS NO ESTADO DE RORAIMA.....	17
<i>Bernardo Silva de Seixas</i> <i>Isabelle Cristina Moura de Lima</i>	
CONSTITUIÇÃO CIDADÃ E A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA.....	36
<i>Thiago Augusto Lima Alves</i>	
O PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE E SEU PASSADO TEÓRICO- CONSTITUCIONAL NO BRASIL.....	55
<i>José Bruno Martins Leão</i>	
A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA NAS ATIVIDADES DE STREAMING.....	74
<i>Larissa Pimentel Gonçalves Villar</i> <i>Rafaela Gonçalves De Souza</i>	
A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE E A METAMORFOSE DOS SISTEMAS JURÍDICOS..	92
<i>Ricardo Patrick Alvarenga de Melo</i> <i>Francesca Odetta Santos Ribeiro Cosenza</i>	
POSSÍVEIS AVANÇOS E RETROCESSOS DA LEGALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	111
<i>Taynara Santos Barreto</i>	

O PROCESSO DE REEDUCAÇÃO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO SISTEMA PRISIONAL ASSOCIAÇÃO DE PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA AOS CONDENADOS – APC SEGUNDO A CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	125
<i>Elcinei Alves Pereira</i>	
DIREITO CONSTITUCIONAL E ASPECTOS CLASSIFICATÓRIOS: A TEORIA ONTOLÓGICA DE KARL LOEWEISTEIN EM EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.....	139
<i>Abel Martins Filho</i>	
O DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO DIREITO FUNDAMENTAL: O CASO BRASILEIRO.....	157
<i>Leandro Boechat de Almeida</i>	
O VIÉS CONSTITUCIONAL DO DIREITO À SAÚDE FRENTE À TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL.....	172
<i>Bianca Stephanie Rodrigues de Oliveira</i> <i>Lorrana Stefanie Faria Silva</i>	
ANÁLISE DA CRISE DEMOCRÁTICA NO DECORRER DA HISTÓRIA MUNDIAL ATÉ O BRASIL ATUAL.....	188
<i>Anderson Milhomem Vasconcelos</i>	
O RESPEITO AO NOME SOCIAL DE PESSOAS TRANSGÊNERO COMO REFLEXO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	206
<i>Árilla Nascimento Oliveira</i> <i>Jéssica de Jesus Cândido</i> <i>Natane Barbosa dos Santos</i> <i>Thays Dias Silva</i>	
A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES: IMPACTOS ORÇAMENTÁRIOS DAS DECISÕES DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DA COMARCA DE MOSSORÓ/RN.....	224
<i>Ivonzéliton Leite Nunes</i> <i>Dalliane Vanessa Pires Andrade</i>	

O ENCARCERAMENTO NEGRO EM SÃO PAULO E O SISTEMA JUDICIÁRIO E PRISIONAL NA APLICAÇÃO DA LEI E POLÍTICAS E DIREITOS HUMANITÁRIOS CONSTITUCIONAIS.....	244
<i>Alessandra Garcia Nogueira Lucio</i>	
O DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO UMA MATÉRIA CONSTITUCIONAL NA ERA DIGITAL.....	257
<i>Larissa Batista Melo</i>	
AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NA EPIDEMIA DO ZIKA VÍRUS: O ABORTO COMO DIREITO SEXUAL E REPRODUTIVO DA MULHER OU DIREITO À VIDA DO NASCITURO COM SÍNDROME CONGÊNITA NEUROLÓGICA?.....	271
<i>Nádia Regina da Silva Pinto</i>	
NEOCONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E CONSTITUCIONALISMO ANDINO: UMA POSSÍVEL APROXIMAÇÃO COM AS FILOSOFIAS DO DIREITO CONTEMPORÂNEAS.....	288
<i>Luiz Renato Telles Otaviano</i>	
O ATIVISMO JUDICIAL E A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES.....	306
<i>Caroline Levergger Costa</i>	
A (IN)CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DO ARTIGO 492, I, "E", DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: UMA ANÁLISE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO TRIBUNAL DO JÚRI.....	324
<i>Abraham Hand Vargas Mencer</i> <i>Gabriela Lacerda Gianizeli</i>	
TRANSCONSTITUCIONALISMO: ESTADO CONSTITUCIONAL E DIREITO INTERNACIONAL COMO AGREGADOS NA LUTA PELA EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS.....	338
<i>Felipe Gomes Santiago</i>	
AS CLÁUSULAS PÉTREAS COMO LIMITES À INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	360
<i>Fabiane Dottor</i> <i>Polliana Peron</i>	

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISCURSO DE ÓDIO CONTRA A COMUNIDADE LGBTQIA+.....	376
<i>Louise Hermania de Oliveira Marques</i>	
A TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL: UM OLHAR CONSTITUCIONAL.....	387
<i>Caroline Pinto Daineze</i>	
TENSÃO ENTRE LIBERDADE DE CULTO E LAICIDADE DO ESTADO: CONSIDERAÇÕES ACERCA DA PEC 99/2011.....	405
<i>Yuri Rocha Lima dos Santos</i>	
INFLUÊNCIAS CONSTITUCIONAIS NAS ESCOLAS JURÍDICAS.....	420
<i>Ricardo Patrick Alvarenga de Melo</i> <i>Francesca Odetta Santos Ribeiro Cosenza</i>	
A INFLUÊNCIA DAS MÍDIAS SOCIAIS NO SISTEMA DEMOCRÁTICO BRASILEIRO.....	434
<i>Isabella Nogueira Freitas</i>	
(IM)POSSIBILIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO ASSUMIR A DEFESA DE ATO IMPUGNADO VIA AÇÃO POPULAR	448
<i>Márcio Antônio Alves de Oliveira</i> <i>Marco Aurélio de Jesus Pio</i> <i>Carlos Humberto Naves Junior</i> <i>Célio Roberto Pinto de Araújo</i>	
CONFLITOS ENTRE OS TRÊS PODERES: VIVE-SE UMA CRISE CONSTITUCIONAL NO BRASIL?.....	467
<i>Denny Wallace Braga Vital</i>	
FEMINICÍDIO E O DEVER DE PROTEÇÃO DO ESTADO.....	486
<i>Benvinda Garrido Teixeira de Melo</i>	
AS AÇÕES DO GOVERNO FEDERAL PARA O ENFRENTAMENTO DE PANDEMIA.....	502
<i>Luciana Sanches Ferreira</i>	
JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: A LINHA TÊNUE ENTRE A EFETIVAÇÃO E A OFENSA AOS DIREITOS HUMANOS NOS PROCESSOS DA OPERAÇÃO	

LAVA JATO.....514
Greyce Kelly Schusarz Salvador

RESUMOS.....531

ALIENAÇÃO PARENTAL: VEDAÇÃO LEGAL, IMPACTOS NA FORMAÇÃO
PSICOLÓGICA DO MENOR E VIOLAÇÕES AOS DIREITOS DA
PERSONALIDADE.....533

Marcelo Negri Soares
Fernanda Batistela Victor

UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A ABORDAGEM DOS TRIBUNAIS
SUPERIORES ACERCA DA VIABILIDADE DO ABORTO NOS CASOS DE
FETOS COM MALFORMAÇÃO FETAL539

Daniela Kojiio Nobre

ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: INSTRUMENTO DE
EFETIVIDADE DE DIREITOS HUMANOS.....544

Iago de Souza Marconi
Luiz Nunes Pegoraro

A COLONIALIDADE DO PODER E A ORDEM ECONÔMICA:
INVESTIDAS ANTIDEMOCRÁTICAS À VIDA INDÍGENA.....550

Ana Clara Napolis Dias

O ENSINO JURÍDICO CONSTITUCIONAL COMO CAMINHO PARA
ACESSIBILIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....556

Isis Nicolly Manguera da Conceição

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA VISÃO DE HANS
KELSEN E CARL SCHMITT: O CASO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL
BRASILEIRA DE 1988.....562

Marcos Aureliano Bezerra Matos

REFLEXÃO SOBRE O DIREITO DE LOCOMOÇÃO E REUNIÃO FRENTE
À PANDEMIA DE SARS-COV-2.....564

Lucas Melo Rodrigues de Sousa

CONSELHO DO CAED-Jus

Adriano Rosa	<i>(Universidade Santa Úrsula, Brasil)</i>
Alexandre Bahia	<i>(Universidade Federal de Ouro Preto, Brasil)</i>
Alfredo Freitas	<i>(Ambra College, Estados Unidos)</i>
Antonio Santoro	<i>(Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil)</i>
Arthur Bezerra de Souza Junior	<i>(Universidade Nove de Julho, Brasil)</i>
Bruno Zanotti	<i>(PCES, Brasil)</i>
Claudia Nunes	<i>(Universidade Veiga de Almeida, Brasil)</i>
Daniel Giotti de Paula	<i>(PFN, Brasil)</i>
Danielle Ferreira Medeiro da Silva de Araújo	<i>(Universidade Federal do Sul da Bahia, Brasil)</i>
Denise Salles	<i>(Universidade Católica de Petrópolis, Brasil)</i>
Edgar Contreras	<i>(Universidad Jorge Tadeo Lozano, Colômbia)</i>
Eduardo Val	<i>(Universidade Federal Fluminense, Brasil)</i>
Felipe Asensi	<i>(Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil)</i>
Fernando Bentes	<i>(Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil)</i>
Gláucia Ribeiro	<i>(Universidade do Estado do Amazonas, Brasil)</i>
Gunter Frankenberg	<i>(Johann Wolfgang Goethe-Universität - Frankfurt am Main, Alemanha)</i>
João Mendes	<i>(Universidade de Coimbra, Portugal)</i>

Jose Buzanello	<i>(Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Brasil)</i>
Kleber Filpo	<i>(Universidade Católica de Petrópolis, Brasil)</i>
Luciana Souza	<i>(Faculdade Milton Campos, Brasil)</i>
Marcello Mello	<i>(Universidade Federal Fluminense, Brasil)</i>
Maria do Carmo Rebouças dos Santos	<i>(Universidade Federal do Sul da Bahia, Brasil)</i>
Nikolas Rose	<i>(King's College London, Reino Unido)</i>
Oton Vasconcelos	<i>(Universidade de Pernambuco, Brasil)</i>
Paula Arévalo Mutiz	<i>(Fundación Universitaria Los Libertadores, Colômbia)</i>
Pedro Ivo Sousa	<i>(Universidade Federal do Espírito Santo, Brasil)</i>
Santiago Polop	<i>(Universidad Nacional de Río Cuarto, Argentina)</i>
Siddharta Legale	<i>(Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil)</i>
Saul Tourinho Leal	<i>(Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasil)</i>
Sergio Salles	<i>(Universidade Católica de Petrópolis, Brasil)</i>
Susanna Pozzolo	<i>(Università degli Studi di Brescia, Itália)</i>
Thiago Pereira	<i>(Centro Universitário Lassale, Brasil)</i>
Tiago Gagliano	<i>(Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Brasil)</i>
Walkyria Chagas da Silva Santos	<i>(Universidade de Brasília, Brasil)</i>

SOBRE O CAED-Jus

O **Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus)** é iniciativa consolidada e reconhecida de uma rede de acadêmicos para o desenvolvimento de pesquisas jurídicas e reflexões interdisciplinares de alta qualidade.

O **CAED-Jus** desenvolve-se via internet, sendo a tecnologia parte importante para o sucesso das discussões e para a interação entre os participantes através de diversos recursos multimídia. O evento é um dos principais congressos acadêmicos do mundo e conta com os seguintes diferenciais:

- Abertura a uma visão multidisciplinar e multiprofissional sobre o direito, sendo bem-vindos os trabalhos de acadêmicos de diversas formações
- Democratização da divulgação e produção científica;
- Publicação dos artigos em livro impresso no Brasil (com ISBN), com envio da versão ebook aos participantes;
- Galeria com os selecionados do Prêmio **CAED-Jus** de cada edição;
- Interação efetiva entre os participantes através de ferramentas via internet;
- Exposição permanente do trabalho e do vídeo do autor no site para os participantes
- Coordenadores de GTs são organizadores dos livros publicados

O Conselho Científico do **CAED-Jus** é composto por acadêmicos de alta qualidade no campo do direito em nível nacional e internacional, tendo membros do Brasil, Estados Unidos, Colômbia, Argentina, Portugal, Reino Unido, Itália e Alemanha.

Em 2020, o **CAED-Jus** organizou o seu tradicional **Congresso Interdisciplinar de Direitos Humanos (INTERDH 2020)**, que ocorreu entre os dias 29 a 31 de julho de 2020 e contou com 63 Áreas Temáticas e mais de 1100 artigos e resumos expandidos de 73 universidades e 43 programas de pós-graduação stricto sensu. A seleção dos trabalhos apresentados ocorreu através do processo de *peer review* com *double blind*, o que resultou na publicação dos livros do evento.

Esta publicação é financiada por recursos da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ), do Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus), do Conselho Internacional de Altos Estudos em Educação (CAEduca) e da Editora Pembroke Collins e cumpre os diversos critérios de avaliação de livros com excelência acadêmica nacionais e internacionais.

ARTIGOS

O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A OPERAÇÃO ACOLHIDA: ANÁLISE ACERCA DO ACOLHIMENTO DOS REFUGIADOS VENEZUELANOS NO ESTADO DE RORAIMA

Bernardo Silva de Seixas

Isabelle Cristina Moura de Lima

INTRODUÇÃO

O cenário de crise política, social, humanitária e econômica que acontece na Venezuela resultou na saída de muitos refugiados venezuelanos do país. Desse modo, em razão da fronteira existente entre o Brasil e a Venezuela, esse se tornou uma opção e esperança de melhores condições de vida para os refugiados ao atravessarem a fronteira em direção a Roraima.

O estado de Roraima, em especial as cidades de Boa Vista e Paracaima, não estava preparado para receber tantos refugiados que chegavam de maneira súbita, tendo em vista que muitos imigrantes se encontravam vulneráveis, sem ter onde residir, sem recursos financeiros para compra de alimentos, de material de higiene pessoal.

Por esses motivos a Operação Acolhida foi criada, cujo intento era garantir que ao chegarem a Roraima, os refugiados fossem acolhidos de maneira digna, conforme assegurado nas leis nacionais e tratados

internacionais ratificados pelo Brasil. A missão acolhida foi executada pelo Exército Brasileiro, juntamente com os entes da União, entidades religiosas, filantrópicas.

O teor deste estudo é justificado pela situação emergente e imprecisa relacionada à ausência de estrutura em Roraima diante do fluxo de refugiados venezuelanos que chegam ao estado, muitos em condições vulneráveis, bem como, a concretização dos direitos garantidos à pessoa humana no Estado Constitucional, conforme as leis nacionais e internacionais que protegem os refugiados. Ademais, o reconhecimento de que o Estado Constitucional viabilizou a criação da Operação Acolhida e, por conseguinte, os efeitos positivos na vida de inúmeros imigrantes refugiados.

Sendo assim, os questionamentos a serem respondidos no decorrer do presente estudo são: Qual é a influência do Neoconstitucionalismo na promoção de direitos fundamentais aos venezuelanos em Roraima? Qual é o mecanismo utilizado pelo Estado Democrático de Direito para resguardar a entrada digna de refugiados venezuelanos que chegam ao estado de Roraima? De que maneira a ratificação do Brasil às legislações internacionais que versem sobre refugiados, contribuem na concretização da dignidade humana aos venezuelanos?

O objetivo geral deste estudo é demonstrar como a Operação Acolhida assegura a proteção da dignidade humana dos refugiados venezuelanos que chegam ao estado de Roraima diante da crise política, social, econômica e humanitária que ocorre na Venezuela.

Em relação aos objetivos específicos, aborda-se a respeito do conceito de refugiado e migrante; o contexto do estado de Roraima diante da chegada de refugiados, a compreensão do aumento do fluxo migratório dos venezuelanos neste estado; o estudo das legislações brasileiras referentes ao refugiado, bem como os tratados assinados pelo Brasil sobre o tema; a apresentação dos efeitos da operação acolhida e a definição da dignidade humana.

A metodologia adotada no estudo foi a hipotética-dedutiva. Dessa maneira, em sequência será apresentado à influência das ideias do Neoconstitucionalismo e posteriormente consolidadas na Constituição Federal de 1988, em especial a valorização da dignidade humana.

Outrossim, será exposto os fundamentos e mecanismos previstos pelo Estado Democrático de Direito na promoção de uma sociedade justa, igualitária e que visa o bem de todos.

Após a compreensão de que o Estado Constitucional possibilita a concretização de direitos indispensáveis à pessoa humana, será elucidado acerca das leis nacionais e internacionais que versam sobre a proteção e acolhimento digno dos refugiados venezuelanos que chegam a Roraima.

Para concluir o estudo, será explanado a respeito do movimento imigratório dos venezuelanos ao estado de Roraima e os alicerces atinentes ao comprometimento do Brasil na efetivação do acolhimento humanitário, como também, a matriz que desencadeou a criação da Operação Acolhida, seus desdobramentos e a satisfação com os trabalhos desempenhados.

1 NEOCONSTITUCIONALISMO

O Neoconstitucionalismo é oriundo de uma construção histórica, filosófica e teórica (BARROSO, 2005, p.11-12). Inicialmente surgiu na Europa ao longo da segunda metade do século XX e, no Brasil, com a Constituição de 1988 (BARROSO, 2005, p. 43). Segundo Barroso e Barcellos (2003, p.26) “a Constituição de 1988 foi o marco zero de um recomeço, da perspectiva de uma nova história”.

Nesse sentido, Barroso (2005, p.11-12):

O neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como *marco histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da

interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.

Salienta-se que apesar da previsão de alguns direitos considerados basilares para sobrevivência humana em constituições anteriores a de 1988, estas normas não possuíam efetividade. Em consequência, os direitos substanciais, como alimentação, educação, trabalho, moradia, saúde, vida digna, eram materialmente carentes de força normativa.

Em consonância com Streck *apud* Oliveira e Vaccaro (2018, p. 205):

[...] falar em neoconstitucionalismo implicava ir além de um constitucionalismo de feições liberais – que, no Brasil, sempre foi um simulacro em anos intercalados por regimes autoritários – em direção a um constitucionalismo compromissório, de feições dirigentes, que possibilitasse, em todos os níveis, a efetivação de um regime democrático em terrae brasilis.

Ademais:

A Carta Magna de 88 rompeu com o sistema autoritário que vigorou até o ano de 1987 e estabeleceu um novo pacto social fundado na promessa de construir um país para todos. A Constituição, que proporcionou a redemocratização do país, recepcionou uma diversidade imensa de interesses e anseios, desde um modelo de Estado Liberal até aspectos do Estado Social de Bem-Estar, tendo como centro axiológico na promoção da dignidade humana (OLIVEIRA; VACCARO, 2018, p. 193-194).

A constituição de 1988 (BRASIL, 1988) não só proporcionou assistência tangível aos desfavorecidos, como também, “esperança de melhor distribuição de rendas, de acesso a uma educação básica de qualidade, a um sistema de saúde pública eficiente e, sobretudo, de uma vida digna e civilizada” (OLIVEIRA; VACCARO, 2018, p. 193).

Desse modo, o direito no Brasil passou a ser interpretado com uma perspectiva mais humana. Além disso, em razão da nova hermenêutica constitucional vigente na Carta Magna de 1988, surgiu o reconhecimento a valorização da normatividade dos princípios, dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, como epicentros do Estado Democrático de Direito na aplicação das leis.

Mister destacar que a proteção da dignidade humana está prevista na Constituição Federal de 1988, no artigo 1º, inciso III, referindo-se a uma particularidade de natureza própria e intrínseca do ser humano e, por isto, deve ser resguardada contra qualquer ato que seja desumano e degradante, bem como, a promoção de condições tangíveis mínimas para que o ser humano viva de forma digna. (SARLET, 2007 p. 364-383).

Sendo assim, o Estado Constitucional transformou a maneira de pensar “ser humano”, tendo como núcleo a proteção da dignidade da pessoa humana, da valorização dos direitos essenciais aos seres humanos e dos princípios, assegurando a todos condições mínimas de sobrevivência.

1.1 Estado Democrático de Direito

A Carta Magna de 1988 é resultado de uma evolução iniciada com o Estado Liberal, que passou para o Estado Social e, por fim, chegou ao Estado Democrático de Direito, previsto no artigo 1º, inciso I da Constituição Federal de 1988, cujo teor nuclear é a promoção dos direitos fundamentais e preservação da dignidade humana.

Salienta-se que o Estado Liberal foi marcado pelas revoluções burguesas. Como consequência, a constituição criada nessa época se preocupava, tão somente, em garantir a liberdade dos indivíduos, para que pudessem praticar suas atividades, bem como, de proteger o individualismo, sem que houvesse limitação de determinado poder (ARAÚJO, 1997, p. 25).

Com relação ao Estado Social, a sociedade teve a percepção da necessidade de uma proteção material e ativa do Estado, para que a igualdade tangível entre as pessoas fosse concretizada. Nesse sentido, Silva (2005, p.222) “o elemento faltante, que deveria ir para além da igualdade jurídica, formal, do Estado Liberal era o encontro com

o igualitarismo democrático, a conquista de um ideal de equalização econômica e de oportunidades”.

No que tange ao Estado Democrático de Direito, surgiu com a Constituição de 1988, momento em que ocorreu a unificação e preservação dos direitos estabelecidos pelo Estado Liberal e Estado Social. Desse modo, conforme entendimento do Silva (2005, p. 228) “o Estado Democrático de Direito deve realizar a institucionalização do poder popular, num processo de convivência social pacífico, numa sociedade livre”.

Outrossim:

A configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do status Quo. E aí se encontra a extrema importância do art.1º da Constituição de 1988, quando afirma que a República Federativa do Brasil se constitui em estado democrático de direito, não como mera promessa de organizar tal Estado, pois, a Constituição aí já o está proclamando e fundando (SILVA, 2005, p.121).

Assim sendo, o constituinte originário da Constituição Federal de 1988, traçou meios para que o Estado Democrático de Direito exercesse uma postura mais ativa na concretização dos fins sociais, observando os objetivos estabelecidos no artigo 3º da Carta Magna, especialmente no que toca à construção de uma sociedade livre, justa, igualitária e de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

2. MECANISMOS DE PROTEÇÃO AOS REFUGIADOS NAS LEGISLAÇÕES NACIONAIS E INTERNACIONAIS

A igualdade é um dos núcleos indispensáveis que constitui o Estado Democrático de Direito. Desse modo, a Carta Magna estabelece, conforme o artigo 5º caput, que todos são iguais perante a lei, sem

distinção de qualquer natureza, assegurando aos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil, a inviolabilidade do direito à vida, igualdade, segurança e propriedade (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

Em consonância com o Brasil (2018, p. 760) o preâmbulo da Constituição Federal de 1988 estabelece que:

O Estado Democrático brasileiro instituído está destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais e, considerá-los, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, assim como a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, devendo ser fundada na harmonia social e comprometida com a solução pacífica das controvérsias, tanto na ordem interna como, também, na ordem internacional.

Nesse sentido, o Brasil atua efetivamente no acolhimento de muitos imigrantes venezuelanos que chegam a Roraima, em razão da crise política, social, econômica e humanitária que assola a Venezuela. Alguns refugiados necessitam de um abrigo, de assistência humanitária e financeira, outros se encontram desnutridos e com precisão médica.

Destaca-se que a fronteira existente entre o Brasil e a Venezuela facilita na vinda de venezuelanos para Roraima. A tutela destas pessoas refugiadas surgiu após a Liga das Nações, de maneira limitada, tendo sua proteção ampliada somente depois das crueldades realizadas com os seres humanos na Segunda Guerra Mundial.

Nesse contexto foram criados instrumentos para auferir proteção aos seres humanos, quais sejam: as Nações Unidas (1946), a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), simultaneamente com a Convenção das Nações sobre o Estatuto dos Refugiados (1951) (MARINUCCI; MILESE, 2003, p.13).

Salienta-se que o artigo 1º da Convenção de 1951 prevê o seguinte conceito de refugiado:

Que, em consequência de acontecimentos ocorridos antes de 1 de Janeiro de 1951, e temendo ser perseguida por motivos de

raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de que tem a nacionalidade e não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se de proteção desse país; ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha a sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele.

A Convenção de 1951 foi um progresso à proteção dos refugiados, mas passou a ser insuficiente, em razão de situações complexas que surgiram acerca dos refugiados e que precisavam ser reguladas. De acordo com Meira (2003, p. 104) “a Convenção só atribuía a um indivíduo a condição de refugiado quando o fato por ele praticado tivesse ocorrido antes de 1º de janeiro de 1951”.

Nessas circunstâncias, a Organização das Nações Unidas aprovou o Protocolo de 1967 sobre o status de Refugiados, eliminando, assim, a restrição que limitava a Convenção às situações ocorridas até 1º de janeiro de 1951 (DOLINGER, 1997, p.211 *apud* MEIRA, 2003, p. 104).

Na seara nacional, o dispositivo 4º da Constituição Federal prevê os princípios que deverão ser observados pelo Brasil no âmbito internacional, principalmente no que tange à prevalência dos direitos humanos, a defesa da paz, a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.

O reconhecimento e comprometimento do Brasil perante as legislações internacionais acerca dos refugiados realizaram-se com a promulgação da Lei 9. 474/97 (BRASIL, 1997), que trata exclusivamente do refugiado, cujo intuito é evidenciar aquele que se encontre nesta condição e, com isso, auferir a dignidade humana dessas pessoas.

A Lei 9. 474/97 (BRASIL, 1997) consolidou o conceito de refugiado com base na Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, no Protocolo de 1967 e pela Declaração de Cartagena sobre Refugiados de 1984. Sendo assim, o conceito de refugiado previsto nos incisos I, II e III do artigo 1º desta Lei prevê que:

Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que: devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião,

nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país; não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior; devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

Mister destacar que o artigo 48 da Lei nº 9.474/97 (BRASIL, 1997) trata do comprometimento do Governo brasileiro em relação à observância dos preceitos internacionais:

Os preceitos desta Lei deverão ser interpretados em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, com a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, com o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1967 e com todo dispositivo pertinente de instrumento internacional de proteção de direitos humanos com o qual o Governo brasileiro estiver comprometido.

Ademais, em harmonia com a Lei 9.474/97 (BRASIL, 1997), o Brasil criou a Lei 13.445/17 (BRASIL, 2017) - Lei de Migração, que revogou o Estatuto do Estrangeiro, tendo em vista que este não era eficiente, continha normas limitadas que dificultavam sua aplicação, principalmente quanto ao procedimento de entrada dos estrangeiros no Brasil.

A Lei 13.445/17 (BRASIL, 1997) concretiza, de maneira satisfatória, o que está previsto no artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), no que toca a garantia dos direitos fundamentais, a observância de princípios nacionais e internacionais de amparo aos direitos humanos e, notadamente, o fomento à igualdade entre brasileiros e não brasileiros.

Conforme menciona Mazzuoli (2015, p. 914), a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) prevê no § 2º do seu artigo 5º a existência de um sistema de direitos e garantias de dupla fonte normativa,

tendo em vista as normas oriundas do direito interno e provenientes do direito internacional.

Ressalta-se o entendimento do Min.Celso, no que toca a nova concepção de pessoa e a necessidade de proteção da dignidade humana, tanto no âmbito interno, como internacional:

O eixo de atuação do direito internacional público contemporâneo passou a concentrar-se, também, na dimensão subjetiva da pessoa humana, cuja essencial dignidade veio a ser reconhecida, em sucessivas declarações e pactos internacionais, como valor fundante do ordenamento jurídico sobre o qual repousa o edifício institucional dos Estados nacionais (Brasil, 2008).

Outrossim, Flávia Piovesan *apud* Souza (2019, p. 45-46):

[...] a proteção internacional dos refugiados se opera mediante uma estrutura de direitos individuais e responsabilidade estatal que deriva da mesma base filosófica que a proteção dos direitos humanos. O Direito Internacional dos Direitos Humanos é a fonte dos princípios de proteção dos refugiados e ao mesmo tempo complementa a tal proteção.

Assim sendo, o Estado Constitucional teve como sustentáculo não só a legislação nacional, como também, os tratados internacionais para resguardar e conferir aos refugiados venezuelanos que chegam a Roraima, a garantia dos direitos fundamentais, bem como a segurança de uma recepção digna.

3. A IMIGRAÇÃO DE REFUGIADOS VENEZUELANOS E A OPERAÇÃO ACOLHIDA NO ESTADO DE RORAIMA

Os deslocamentos migratórios sempre estiveram presentes durante toda história dos seres humanos. Há muito tempo essas pessoas migram, saem do ambiente onde habitam em busca de melhores condições de sobrevivência, sozinhos ou acompanhados por seus familiares e em pequenos grupos.

Inicialmente, os motivos pelos quais as pessoas se movimentavam eram limitados a procura de um ambiente mais favorável para colheita ou em busca de melhores situações climáticas. Após o surgimento da globalização, os indivíduos passaram a sair do lugar onde viviam em razão de guerras, de conflitos internos, perseguições, em busca de trabalho. Desse modo:

[...] o processo de migração é voluntário e os motivos pelos quais estas pessoas se deslocam podem ser vários, dentre eles, a procura por melhores situações de vida, de alívio de dificuldades ocasionadas por desastres naturais, pela pobreza (ACNUR, 2016).

É importante salientar que a confusão terminológica entre refugiados e migrantes pode ocasionar problemas, tendo em vista que os motivos e algumas leis que tratam de ambas as condições são diferentes. Em relação aos refugiados, de acordo com o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR, 2016):

Refugiados são pessoas que estão fora de seus países de origem por fundados temores de perseguição, conflito, violência ou outras circunstâncias que perturbam seriamente a ordem pública e que, como resultado, necessitam de “proteção internacional. As situações enfrentadas são frequentemente tão perigosas e intoleráveis que estas pessoas decidem cruzar as fronteiras nacionais para buscar segurança em outros países, sendo internacionalmente reconhecidos como “refugiados” e passando a ter acesso à assistência dos países, do ACNUR e de outras organizações relevantes. Eles são assim reconhecidos por ser extremamente perigoso retornar a seus países de origem e, portanto, precisam de refúgio em outro lugar. Essas são pessoas às quais a recusa de refúgio pode ter consequências potencialmente fatais à sua vida.

Com o passar dos tempos, percebeu-se a necessidade de criar um instrumento de proteção aos direitos humanos daqueles que se deslo-

cavam em busca de melhores condições de vida. Dessa maneira, segundo as Nações Unidas (2016), os “migrantes são protegidos pela lei internacional dos direitos humanos”. Na esfera nacional essas pessoas também passaram a ser protegidas pela Nova Lei de Migração – Lei nº 13.445/17 (BRASIL, 2017).

Em que pese haja terminologias distintas para proteger os direitos essenciais dos seres humanos, é consenso o entendimento de que no plano nacional, os “direitos fundamentais” estão relacionados aos direitos internos previstos em cada país. Já na seara internacional, a proteção ao ser humano é chamada de “direitos humanos”. Nesse sentido, o Doutrinador André de Carvalho Ramos (2017, p.52):

Os “direitos humanos” servem para definir os direitos estabelecidos pelo Direito Internacional em tratados e demais normas internacionais sobre a matéria, enquanto a expressão “direitos fundamentais” delimitaria aqueles direitos reconhecidos e positivados pelo Direito Constitucional de um Estado específico.

Portanto, observa-se que os indivíduos sempre se deslocaram ao longo da história em busca de melhores condições de vida e, no decorrer do tempo, os seus direitos passaram a ser assegurados pela Lei internacional, bem como, na seara nacional, pela Lei de Migração.

3.1 Imigração venezuelana

A imigração dos refugiados venezuelanos para o Brasil começou em 2015 e ganhou força em 2016, atingindo números surpreendentes em 2017. Esse fluxo de refugiados ocupou, em pouco tempo, a cidade de Boa Vista, capital do estado de Roraima, elevando em 10% a população da cidade em 2017 (SOUZA, 2019, p. 17).

A crise na Venezuela foi acentuada pelo regime de Nicolás Maduro e crise econômica (BOTELHO; SOUZA, 2020, p.161), em razão do autoritarismo e corrupção praticados, que ocasionou uma fragilidade na seara política, social, econômica e humanitária no país.

Nessa perspectiva, muitos refugiados chegaram ao Brasil buscando condições melhores de vida e, a porta de entrada é o Estado de Roraima, tendo em primeiro plano o município de Pacaraima e posteriormente a capital do estado, a cidade de Boa Vista (SOUZA, 2019, p. 59). De acordo com Júnior (2019, p. 433) a Venezuela:

[...] que se destaca por estar dentre os dez maiores produtores de petróleo do mundo, encontra-se imersa em uma crise humanitária, econômica, política e social sem fim, deixando de ser um território pacífico, impondo a muitas pessoas a obrigação de deixar o país para encontrar melhores condições mínimas de dignidade e de sobrevivência.

Dessa maneira, os venezuelanos saem de seu país por motivos de violências praticadas aos direitos humanos, principalmente no que toca a escassez de alimentos, de medicamentos, de alto desemprego, desnutridos, de agressões praticadas contra venezuelanos que protestam contra o governo. Sendo assim:

Estima-se que ao menos 30 mil venezuelanos já cruzaram a fronteira daquele país com o Brasil e, dentre estes, conforme informações do exército e da polícia federal, no estado de Roraima, entre janeiro e março de 2018, cerca de 28,8 mil pessoas atravessaram por meio do município fronteiriço de Pacaraima, distante 212 quilômetros da capital Boa Vista chegando ao Brasil (JÚNIOR, 2019, p.433).

Mister diferenciar o instituto do asilo e refúgio. O primeiro é oriundo de tratados multilaterais bastante específicos de âmbito regional, que nada mais fizeram do que expressar o costume até então aplicado no Continente Americano, tendo natureza política. Ademais, para concessão do asilo é necessário que haja temor de perseguição, sendo ainda uma medida discricionária por parte do Estado (MAZZUOLI, 2015, p.827 - 828).

Em contrapartida, o refúgio tem suas normas elaboradas pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, vinculado a ONU,

isto é, tem alcance global e natureza humanitária. A autorização do refúgio é efetivada quando há uma perseguição concreta, bem como, a presença dos pressupostos preenchidos para condição de refugiado, estabelecidos tanto pela ordem interna, como internacional (MAZZUOLI, 2015, p.827 - 828).

Nesse sentido, em conformidade com a Lei 9.474/97- Lei dos refugiados no Brasil, a Nova Lei de Migração observa situações que envolvam os refugiados e solicitantes de refúgio, conforme o artigo 121 desta Lei. Além disso, estabelece dispositivos que auxiliam na concretização do acolhimento dos refugiados no país, especialmente no que tange a condição de paridade com os nacionais e de acolhida humanitária.

A Lei nº 13.445/17 (BRASIL, 2017) ainda prevê no seu artigo 120, a Política Nacional de Migrações, Refúgio e Apatridia, com a finalidade de coordenar e articular ações setoriais implementadas pelo poder Executivo federal em regime de cooperação com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, com participação de organizações da sociedade civil, organismos internacionais e entidades privadas, conforme regulamento.

Outrossim, a Lei de Migração determina a não extradição ou rechaço de pessoas que se encontrem na condição de refugiado para fronteiras de territórios em que sua vida ou liberdade estejam ameaçadas-princípio do *non-refoulement* (RAMOS, 2017, p.174). Dessa maneira, a Lei nº 13.445/17 (BRASIL, 2017):

[...] significativas mudanças que fazem parte do enfoque da Nova Lei, aspectos compatíveis com o viés humanitário e em concordância com o que prega a Carta Magna, demonstrando assim, o avanço significativo que o Brasil teve no trato para com o imigrante que busca refúgio, no que se refere a amparo por leis (BOTELHO; SOUZA, 2020, p. 159).

Destarte, diante do movimento de imigração venezuelana no estado de Roraima, percebe-se o comprometimento do Brasil com as legislações de cunho protetivo aos refugiados, especialmente quanto ao acolhimento humanitário, à observância da situação de

paridade entre os refugiados e nacionais, bem como o princípio de não devolução dessas pessoas vulneráveis, que saíram de seu país e não podem retornar.

3.2. Operação Acolhida

Em virtude da inesperada quantidade de venezuelanos que chegaram a Roraima, bem como a falta de estrutura e preparo do estado, havia uma grande possibilidade de acontecer uma crise de cunho social e econômica, especialmente nas cidades de Pacaraima e Boa Vista (SOUZA, 2019, p.79), com grande concentração de venezuelanos.

Nesse contexto, o mínimo existencial garantido legalmente dos refugiados se encontrava ameaçado, tendo em vista que estes chegavam carentes de moradia, saúde, educação, segurança, alimentação, regulação quanto à solicitação de refúgio e, em contrapartida, não havia abrigos suficientes, como também, os serviços públicos estavam saturados em Roraima.

Com o objetivo de reduzir os efeitos da chegada dos refugiados venezuelanos em Roraima de forma desordenada, o Governo Federal editou a Medida Provisória nº 820, de 15 de fevereiro de 2018 e os decretos de nº 9.285 e 9.286, ambos de 15 de fevereiro de 2018 e, posteriormente, foram convertidas na Lei nº 13.684/18 (SOUZA, 2019, p.80).

A Lei 13.684/18 (BRASIL, 2018) reconheceu a crise humanitária emergencial, estabelecendo ações de assistência emergencial para acolhimento a pessoas em situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório provocado por crise humanitária, aplicando-se especialmente ao caso dos venezuelanos, também criou o Comitê Federal de Assistência Emergencial (GOV. BR), com representantes de diversos órgãos, como forma de concretizar os direitos traçados pelo Estado Constitucional.

Destaca-se que o Comitê Federal de Assistência Emergencial teve como Coordenador Operacional no estado de Roraima o General de Brigada Eduardo Pazuello. Após sua nomeação, o Ministro da Defesa expediu a Diretriz Ministerial nº 3, de 28 de fevereiro de 2018, em

que consentiu com a criação da Operação Acolhida (SOUZA, 2019, p.92). Dessa maneira:

A Força-Tarefa Logística Humanitária Roraima foi criada com a finalidade de planejar e executar a Operação Acolhida, sob coordenação do General de Divisão Eduardo Pazuello, do Exército Brasileiro, cabendo a essa Força-Tarefa cooperar com os governos federal, estadual e municipal no tocante às medidas de assistência emergencial para acolhimento de imigrantes provenientes da Venezuela, em “situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório provocado por crise humanitária”. Em termos práticos, isso significa recepcionar, identificar, triar, imunizar, abrigar e interiorizar os venezuelanos desassistidos. (SOUZA, 2019, p. 129).

A Operação Acolhida é humanitária, tendo em vista o intuito de acolher os venezuelanos em situações de vulnerabilidade; é conjunta, uma vez que está ligada aos profissionais da Marinha, do Exército e da Força Aérea e, é interagências, em razão da “interação das Forças Armadas com outras agências com o escopo de conciliar interesses e coordenar esforços”, visando acolher os refugiados desassistidos, de forma organizada, sistemática e eficiente (SOUZA, 2019, p.129).

A missão acolhida foi desenvolvida a partir do intuito de efetivar três pilares: organizar a fronteira, abrigar e interiorizar os refugiados imigrantes. O primeiro está relacionado com o ordenamento do deslocamento dos venezuelanos, eles são recepcionados e identificados. O segundo está ligado à assistência social, isto é, são oferecidas condições dignas de abrigo, ofertas de alimentos, possibilidade de assistência médica (MINISTÉRIO DA DEFESA, 2019). Em relação aos abrigos:

Os abrigos estão organizados para receber separadamente homens solteiros, mulheres solteiras, casais com e sem filhos, LGBT e indígenas da etnia Warao. Os abrigados recebem três refeições diárias e contam com lavanderia e atendimento médico, entre outros serviços prestados (MINISTÉRIO DA DEFESA, 2019).

Por último, acontece a interiorização, ou seja, momento em que os venezuelanos são enviados para outras Unidades da Federação e passam a contar com mais possibilidades de inclusão socioeconômica (GOV. BR). De acordo com Souza (2019, p.125):

Todos os esforços empreendidos pelas instituições e pessoas envolvidas, não seriam suficientes sem a conjunção de vontades e do sentimento do dever de ajudar ao próximo, em busca da manutenção da dignidade da pessoa humana. Desta forma, trabalhando de forma integrada, ajustando suas rotinas, refazendo procedimentos e, principalmente, buscando a sinergia necessária que fazem da Operação Acolhida um sucesso sem precedentes na história brasileira.

Portanto, observa-se o trabalho eficiente executado pelo Exército Brasileiro, juntamente com os entes da União, organismos internacionais, entidades religiosas, filantrópicas, organizações não governamentais e governamentais na missão acolhida. O desempenho dessas pessoas tornou possível a recepção de refugiados venezuelanos em Roraima, observando as leis nacionais e internacionais de cunho protetivo aos direitos fundamentais, direitos humanos e a dignidade humana.

CONCLUSÃO

O estudo em questão apresentou a situação emergente dos refugiados venezuelanos que chegam a Roraima em condições vulneráveis e o empenho do Brasil diante desta questão, principalmente de assegurar a proteção da dignidade humana dessas pessoas, tendo como base as legislações do país e ratificadas na seara internacional, oportunizadas pelo Estado Democrático de Direito.

As problemáticas do artigo foram limitadas a estas questões: Qual é a influência do Neoconstitucionalismo na promoção de direitos fundamentais aos venezuelanos em Roraima? Qual é o mecanismo utilizado pelo Estado Democrático de Direito para resguardar a entrada digna de refugiados venezuelanos que chegam ao estado de Roraima?

De que maneira a ratificação do Brasil às legislações internacionais, que versem sobre refugiados, contribuem na concretização da dignidade humana aos venezuelanos?

No decorrer do trabalho, observa-se inicialmente o movimento do Neoconstitucionalismo e sua influência na previsão de direitos fundamentais na Constituição de 1988, como também, os alicerces estabelecidos pelo Estado Democrático de Direito na efetivação da proteção da dignidade a qualquer pessoa humana.

Ademais, analisou-se acerca das leis nacionais e internacionais que embasam o acolhimento de pessoas refugiadas. Por último, verificou-se o movimento de refugiados venezuelanos, bem como a concretização dos direitos essenciais dessas pessoas por meio da criação da Operação Acolhida, sendo uma missão de sucesso, direcionada ao acolhimento digno dos imigrantes venezuelanos no estado de Roraima.

Conclui-se que o Estado Democrático de Direito, tendo como epicentro a dignidade da pessoa humana, viabilizou a recepção digna de refugiados venezuelanos em Roraima por meio da Operação Acolhida, observando as leis nacionais e internacionais de proteção aos refugiados, bem como as diretrizes traçadas pelo Estado Constitucional, de uma sociedade justa e sem discriminação.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso. O acesso à terra no Estado Democrático de Direito. Florianópolis: Repositório Institucional da UFSC. 1997. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/77222>>. Acesso em 23 abr.2020.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da História. A nova interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Revista da EMERJ, v.6, n.23, 2003. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45690>>. Acesso em: 25 abr. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, 240:1-42. Abr/Jun. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 24 abr.2020.

BOTELHO, Verônica Alves; SOUZA, Rafael Xavier de. A crise humanitária venezuelana: os direitos dos refugiados e a nova lei de migração - Lei 13.445/2017. Original Article: J Business Techn. 2020;13(1): 148-168. Disponível em: <https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_

CONSTITUIÇÃO CIDADÃ E A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

Thiago Augusto Lima Alves

INTRODUÇÃO

O significado jurídico do termo cidadão corresponde ao indivíduo no gozo dos direitos civis e políticos no Estado em que vive. No Brasil, essa terminologia é complexa, uma vez que o país detém um alto índice de desigualdade e não oferece condições justas para que todas as pessoas desfrutem de tais direitos. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 afirma em seu texto que todo o poder emana do povo, no entanto, essa soberania trazida pela CRFB/88 ainda é muito limitada e será tema deste trabalho.

O exercício da soberania é um assunto relevante e tem se destacado como um debate relevante para o Direito Constitucional brasileiro, uma vez que a soberania popular é exercida através do voto e se realiza por meio do Plebiscito, do Referendo e da Iniciativa Popular.

No final da década de 1980, após sair de uma Ditadura Militar (1964 – 1985), o Brasil movimentou-se rumo ao fortalecimento dos direitos civis. A CRFB/88 foi influenciada por movimentos de conquistas desses direitos, tais como o direito de votar e ser votado, e foi influenciada também pelos direitos das minorias, entre tantas outras lutas sociais. Nesse ambiente democrático, floresceu a ideia de soberania popular e, com ela, os mecanismos legítimos para sua efetivação.

Logo, o objetivo geral deste capítulo de livro é analisar a manifestação do conceito de Soberania Popular na Democracia Participati-

va Brasileira, trazida pela Constituição da República, e analisar como isso impacta a vida das pessoas. Especificamente, objetiva-se pesquisar a doutrina e o ordenamento jurídico sobre a Soberania Popular e seus mecanismos (Plebiscito, Referendo e Iniciativa Popular), estudar quais requisitos legais são necessários para a efetivação de tais mecanismos e averiguar se esses mecanismos estão de fato cumprindo seu objetivo.

O estudo será feito principalmente sobre a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, mais precisamente sobre o artigo 14, incisos I, II e III e os artigos 61, § 2º, artigo 27, § 4º e o artigo 29, XIII; também será estudada a Lei 9.709/98, que regulamenta a execução do disposto nos incisos I, II e III do artigo 14 da CRFB/88.

Este trabalho pretende contribuir para o debate de forma lúcida e eficaz, estudando o conceito de Democracia participativa e dessa forma, despertando atenção para os problemas da efetivação desses mecanismos na sociedade brasileira. É importante salientar que o método de abordagem é dedutivo; o método de procedimento é histórico-comparativo e, como técnica de pesquisa, para esta monografia, foram utilizados documentos e bibliografias. Esta pesquisa, portanto, foi orientada pelas discussões clássicas e atuais sobre a temática, sem perder do foco o ordenamento jurídico pátrio.

1 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado é uma criação humana e sua organização é feita por meio de lei. Esta lei é chamada de Constituição e sua responsabilidade é a de gerir a vida em sociedade daquele Estado. A lei em questão, dentro de um Estado Democrático de Direito, deve ter sido criada pelo povo, no exercício da soberania popular e sob o prisma democrático. Esse processo histórico de definir o conceito de Estado de Direito e o da democracia representativa emaranha-se com o constitucionalismo moderno.

Etimologicamente originária da Grécia Clássica, Democracia é conceituada como o “governo do povo”. Também pode ter seu conceito associado ao processo eleitoral como forma de escolha dos governantes. A característica principal é a realização de eleições periódicas, que não raro são influenciadas pelo poder econômico e midiático, o

que é prejudicial, mas não deslegitima o processo. Guarinello (2003, p. 40) argumenta que “o caso mais exemplar foi o de Atenas, modelo para muitas cidades-estado, onde a participação estendeu-se ao conjunto da população masculina cidadã e a democracia se manteve por quase dois séculos”, porém, continua o autor:

Em primeiro lugar, uma ressalva: a democracia ateniense nunca foi absolutamente incluyente: dizia respeito apenas aos cidadãos masculinos e excluía, de qualquer forma de participação política, as mulheres, os imigrantes e os escravos. Em contrapartida, no âmbito restrito dos cidadãos, representou uma experiência notável de participação direta no poder de todas as camadas sociais, independentemente da riqueza ou posição social.

A Democracia como é conhecida popularmente não corresponde à realidade e sim a uma fantasia, pois o tal “governo do povo” não é tão do povo assim. Sempre haverá uma minoria disposta e ávida pelo poder que dirigirá a maioria. É a grande característica do processo dito democrático.

A sociedade é constituída por várias hierarquias e, para o processo democrático vingar, essas hierarquias devem existir. A desigualdade é um fato natural, ajuda a reforçar o conceito democrático. Na democracia contemporânea, o povo exerce sua “soberania” de tempos em tempos, no ato de votar.

De acordo com a Teoria das Elites¹, essa desigualdade é fundamental para manter o regime democrático. Existe uma minoria organizada que comanda a maioria desorganizada. O processo eleitoral é feito periodicamente para não haver tempo de a maioria se organizar, assim sempre a minoria, detentora do poder econômico e midiático, encontra-se organizada e pode impor suas vontades. No processo democrático, é fundamental que a minoria mantenha seus privilégios e,

1 Os fundadores dessa corrente, Mosca, Pareto e Michels, não escondiam sua oposição aos movimentos democráticos e socialistas presentes na virada do século XIX para o XX. Suas obras revelam a apreensão com a atuação desses movimentos e buscam demonstrar que seus objetivos igualitários eram ilusórios (MIGUEL, 2002, p. 485).

por isso, alguns cuidados devem ser tomados, pois o excesso desse elitismo pode virar fascismo.

Ainda de acordo com a teoria em estudo, a dominação da minoria é inevitável e a democracia, como é compreendida de acordo com a perspectiva do senso comum, impossível. A massa é manobrada pela elite com o uso da força Estatal. Esse processo é legitimado quando a minoria se passa pela maioria e consegue eleger seus representantes, mantendo seus privilégios. É a nova forma de legitimar a força, uma vez que antes, na época do monarca, sua força era legitimada pela figura divina.

A Democracia no Brasil é resumida ao ato de votar, não é interessante que o povo participe da vida política do Estado. O indivíduo médio não sabe tratar do bem público, por isso a dificuldade em se organizar. Nas palavras de Schumpeter (1961, p. 313):

O cidadão típico, por conseguinte, desce para um nível inferior de rendimento mental logo que entra no campo político. Argumenta e analisa de uma maneira que ele mesmo imediatamente reconhecera como infantil na sua esfera de interesses reais. Torna-se primitivo novamente. O seu pensamento assume o caráter puramente associativo e afetivo.

Joseph Schumpeter (1984, p. 313 apud Miguel, 2002, p. 500) afirma que “o excesso de participação pode gerar movimentos extremistas, como aconteceu na Alemanha com o nazismo”. Acredita também que a massa é iludida pela propaganda e que, mesmo quando são diretamente afetadas, as massas são incapazes de se preocupar com os interesses coletivos. Schumpeter (1961, p. 308) afirma que:

Mas, por outro lado, não se deve esquecer que os fenômenos da psicologia das multidões não estão absolutamente limitados à turba enfurecida nas estreitas ruas de cidades latinas. Todos os parlamentos, todos os comitês, todos os conselhos de guerra formados de generais sexagenários revelam, por menor que seja o grau, alguns dos aspectos que surgem tão claramente no caso da rale, e, em particular, menor senso de

responsabilidade, grau mais baixo de energia mental e maior sensibilidade a influências não-lógicas. Ademais, esses fenômenos não estão limitados à multidão no sentido de aglomeração física de numerosas pessoas. Leitores de jornal, audiências de rádio, membros de partidos políticos, mesmo quando não fisicamente reunidos, podem ser facilmente transformados psicologicamente em multidão e levados a um estado de frenesi, no qual qualquer tentativa de se apresentar um argumento racional desperta apenas instintos animais.

É interessante observar que o regime democrático se fortalece quando não há muita participação popular. De acordo com Seymour Lipset (1963, p. 227 apud Miguel, 2002, p. 503), “em um sistema de voto facultativo, quanto maior a abstenção eleitoral, mais firme é a democracia, pois o excesso de participação aumenta os conflitos sociais, pondo em risco a continuidade dos sistemas e gerando demandas excessivas das quais o Estado é incapaz de dar conta”. As Democracias são complexas e, cada vez que o Estado atende uma demanda popular, incentiva a apresentação de novas e mais extravagantes exigências.

A forma representativa da democracia nasceu depois da Revolução Francesa, com a criação do Estado liberal, quando o povo passou a conceder um mandato político a alguns cidadãos para que estes os representem, para que tomem as decisões em nome do povo como se fosse o próprio que estivesse governando.

Já na democracia participativa, a população participa diretamente, utilizando mecanismos fornecidos pela legislação do Estado. De acordo com Soares (2008, p. 251), os Estados foram se organizando e em suas constituições “houve a inserção constitucional de certos procedimentos, ao ensejar participação jurídica do cidadão comum em questões políticas que lhe dizem respeito”. A democracia participativa tem relação direta com a emancipação social. Esse novo modelo de organização social teve consequências importantes, como disserta Luiz Carlos Bresser-Pereira (2005, p. 79-80):

À medida que as organizações da sociedade civil passaram a ser cada vez mais reconhecidas pelo sistema jurídico como inter-

locutores políticos válidos e a ganhar legitimidade política, o espaço público aumentou em densidade, criando as condições básicas para a democracia participativa. Nesse contexto, alguns países ou Estados federais começaram a fazer experiências com várias formas de democracia direta, assistindo até mesmo à destituição pelo voto de ocupantes de cargos públicos. Embora as elites políticas continuem poderosas, seu poder está sendo cada vez mais colocado em xeque por uma cidadania ativa, disposta a ter algum grau de participação no poder político.

O Estado Moderno de Direito acontece quando o cidadão ou o poder estatal se submetem ao Direito. Existe uma limitação de ações e os abusos desses limites são punidos em lei. Valorizam-se neste caso a supremacia e a igualdade, entre os habitantes daquele Estado, perante a lei. O poder é limitado para se evitar possíveis abusos e proteger direitos fundamentais.

Existe uma relação entre a formação do Brasil como país e seu processo de nascimento jurídico. A formação do país juridicamente sofre influências de Portugal, país responsável pela colonização do Brasil. Assim, é importante entender a sequência desses acontecimentos.

No Brasil colônia (1530 – 1822), a luta principal era pela posse de terra e pela exploração de recursos, mas também existiam reivindicações para participação da vida política. Era uma época em que a desigualdade reinava e o país estava mergulhado em várias tensões sociais. Participar da vida pública era para poucos e a grande massa da população não dispunha direitos básicos garantidos em lei e vivia à margem da sociedade. Leonardo Boff (2018, p. 21) argumenta que não era objetivo dos colonizadores fundar uma sociedade justa:

Não vieram para fundar aqui uma sociedade, mas, à base do trabalho escravo e da superexploração da natureza, montaram uma grande empresa internacional, verdadeira agroindústria de madeira, de açúcar e fumo e, posteriormente, de ouro e prata; tudo destinado a abastecer a coroa portuguesa e o mercado mundial.

Em seguida, houve a independência do Brasil (1822). Independência esta que ficou somente no plano da teoria, uma vez que a população permanecia carente de tudo e que a legislação ainda era distante dos anseios populares, não correspondendo à realidade. Continua Boff (2018, p. 22):

Com a independência política do Brasil, não se conseguiu diluir o caráter dependente e associado que resulta da natureza empresarial de nossa conformação social. A tendência do capital mundial global ainda hoje é tentar transformar nosso eventual futuro em nosso conhecido passado.

No período da República Velha (1889 – 1930) surgiram alguns movimentos populares que revelavam o objetivo principal de criar para a população uma participação na vida política do Estado. Naquela época, o voto não era direito de todos, estando excluídos menores de 21 anos, mulheres, analfabetos, mendigos, soldados rasos, indígenas e integrantes do clero.

Na década de 1930, nasce a legislação referente ao voto. Em 1932, foi aprovado o Código Eleitoral, garantindo às mulheres a conquista ao voto. Foi também nesta época que o voto passou a ser secreto. Segundo Canêdo (2003, p.536):

E o direito ao voto foi estendido às mulheres. O Brasil tornou-se o segundo país da América Latina, depois do Equador, a garanti-lo, antes mesmo de países europeus, como a França, a Itália e a Bélgica. ... O código introduziu também o sistema proporcional misto (proporcional e majoritário) para a eleição da Câmara dos Deputados, substituindo o sistema distrital com voto cumulativo.

No entanto, essas conquistas duraram pouco tempo, uma vez que, em 1937, após o golpe militar, Getúlio Vargas instituiu o Estado Novo, que se prolongou até 1945. Com a ditadura Varguista, o Congresso foi fechado e o povo brasileiro ficou sem participar de eleições. Depois de 1945, com a queda da ditadura, houve eleições. Na época, o sistema

eleitoral era muito frágil, o que ocasionou muitas fraudes e afastou o povo da participação política do Estado.

Com o golpe militar de 1964, o povo brasileiro teve seu direito de votar prejudicado. Várias decisões na época restringiram o direito de voto conquistado ao longo do século XX e, em ocasiões de protesto, houve resposta violenta do Estado. Foi um período negro para a história do Brasil. Não existia transparência nos atos do governo, o Legislativo funcionava apenas de fachada, com o objetivo de legitimar o golpe, e o cidadão era constantemente ameaçado na sua vida privada. Paulo Bonavides (2007, p. 303) sintetiza esse sentimento da seguinte forma:

O Estado de Direito é como a democracia, a liberdade e às vezes o próprio Direito: certas pessoas só os reconhecem e estimam depois de violados ou conculcados, ou seja, durante a repressão, a ditadura ou o terror. Fora daí parecem existir tão-somente no léxico dos idealistas, nos lábios dos sonhadores, na retórica dos demagogos.

A partir da abertura para a democracia, os direitos políticos foram restaurados e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 apresentou maior participação do povo na vida política do Estado e tentou garantir que o processo eleitoral fosse mais seguro, configurando mais legitimidade ao pleito. Canêdo (2003, p. 541) mostra:

Por tudo isso, a Constituição de 1988 trouxe a ideia de uma instituição eleitoral duramente conquistada. Trouxe o direito do voto para o analfabeto e o fim de uma série de discriminações; a econômica (voto censitário), a radical (escravos), a sexual (mulheres), a cultural (analfabetos).

A democracia é o regime político em que o poder se fundamenta na teoria da soberania popular, a vontade soberana do povo decide, de forma direta ou indiretamente, todas as questões do governo.

2 A SOBERANIA POPULAR NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

No Brasil, de acordo com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, os instrumentos de democracia participativa são o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular. Esses instrumentos estão positivados no artigo 14 da referida Constituição. Apesar de não estarem expressos no texto constitucional brasileiro, o *Recall* e o Veto Popular são formas de manifestação da Democracia Participativa.

O *Recall* permite que o mandato do parlamentar seja interrompido por não cumprir os programas firmados na campanha eleitoral. É um mecanismo que mantém o povo controlando mais diretamente os ocupantes dos cargos públicos. O princípio do recall assemelha-se ao do Impeachment, este previsto nos artigos 51, 52 e 85 da CRFB/88 e o procedimento definido pela Lei nº 1.079/1950.

Já o Veto Popular pode ser utilizado em leis que já foram aprovadas ou para revogar decisão judicial. É um instrumento posto à disposição da população para barrar leis que atentassem contra direitos, não dependendo da autorização do Congresso ou do Presidente da República.

O Brasil é um Estado Democrático, portanto, é natural que a CRFB/88 trouxesse mecanismos para que se exercesse a vontade popular. Bresser-Pereira (2005, p. 89) argumenta que:

Após o final dos anos 1970, a ideia de democracia participativa ganhou força na América Latina e na Europa oriental, enquanto o poder autoritário era desafiado pelas organizações da sociedade civil. Quando a democracia foi alcançada, essas organizações aumentaram seus papéis participativos e de responsabilidade política.

O constituinte originário consagrou a base da ordem da democracia brasileira – todo poder emana do povo – que o exerce na forma de seus representantes eleitos ou na forma direta, nos termos da Constituição. A Democracia Participativa é um modelo de exercício de poder no qual a população participa ativamente das tomadas de decisões. Segundo Dallari (2012, p. 156):

No final do século XX foi proposta, e teve grande repercussão prática, a intensificação da participação direta do povo nas decisões políticas, por meio de manifestações coletivas, aprovando proposições para a adoção de políticas públicas. Essa prática passou a ser identificada como *democracia participativa* e já vem sendo objeto de estudos teóricos, como nova possibilidade de efetivação das ideias e dos princípios contidos no conceito de democracia.

É de responsabilidade da Justiça Eleitoral a realização e fiscalização dos institutos e, de acordo com o artigo 49, inciso XV da CRFB/88, é de competência do Congresso Nacional convocar Plebiscito e autorizar Referendo.

O Brasil não apresenta um histórico muito favorável ao uso desses mecanismos de participação popular. Esta deve ter limitações que, se bem administradas, não prejudicam a sociedade. Essa participação é positiva, uma vez que ajuda a nortear os legisladores e governos sobre as vontades em comum dos cidadãos. Além dos mecanismos citados acima, há a formação de Conselhos especializados em setores da sociedade (saúde, educação, segurança etc), os quais têm a finalidade de aperfeiçoar cada vez mais cada setor. Tais Conselhos podem ser compreendidos dentro do conceito de democracia participativa. A natureza jurídica do Conselho é de consulta, não podendo vincular suas decisões. Cabe à autoridade responsável acolher ou não tal opinião.

É importante ressaltar que os elementos *povo*, *população* e *nação* não se confundem, uma vez que o primeiro se refere a um grupo sufragante de pessoas que se politizou, formando o corpo eleitoral, o segundo diz respeito a uma mera expressão numérica e o terceiro se refere a uma comunidade histórico-cultural.

Os direitos políticos são um conjunto de normas permanentes que viabilizam o direito democrático de participação popular no Estado, que ocorre por meio de seus representantes. Tais direitos fazem parte do conceito de direitos humanos e constam também na *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, como explica o artigo 23 do dispositivo:

Artigo 23. Direitos políticos

1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades: a. de participar na direção dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos; b. de votar e ser eleitos em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores; e c. de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.

A CRFB de 1988 apresenta o sufrágio universal, com o voto direto e secreto, de valor igual para todos os eleitores, personalíssimo, não pode haver voto por procuração, o que se configura como a forma mais democrática do exercício da soberania popular. Não existe diferença entre os votos dos cidadãos; é insignificante para o processo eleitoral o sexo, a renda, a idade, o papel que desempenha na sociedade ou qualquer outra diferença, ou seja, cada voto tem o mesmo peso político. Essa característica confere, na teoria, a segurança do ato, evitando possíveis intimidações aos eleitores, como acontecia na época do voto de cabresto.

2.1 PLEBISCITO

Por Plebiscito entende-se o ato anterior à propositura do projeto legislativo ou administrativo. Encontra-se fundamentado, além do artigo 14, inciso I, da CRFB/88, na Lei nº 9.709/1998, no artigo 2º, § 1º, que afirma: “O plebiscito é convocado com anterioridade a ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo, pelo voto, aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido”. Sua origem remonta à Roma Antiga (753 a.C. – 476) e sua utilidade é saber a opinião popular sobre uma futura iniciativa legislativa. Dallari (2012, p. 154) explica que:

Os que são mais apegados às fórmulas da democracia representativa argumentam com os riscos de uma “democracia plebiscitária”, afirmando que o povo poderá ser mais facilmente enganado e envolvido do que nos parlamentos, pois não é difícil direcionar o plebiscito, fazendo a consulta sem dar ao

povo todos os elementos necessários para uma decisão bem informada e consciente. Por outro lado, é generalizada, no mundo de hoje, a convicção de que o povo é mal representado nos Parlamentos, pois em muitos casos tem ficado evidente que os mandatários se orientam por interesses que não são os do povo ou que, mais grave ainda, são contrários aos legítimos e autênticos interesses do povo.

Claro que isso deve ser analisado cuidadosamente e sempre com o intuito de melhorar a representatividade, contribuindo assim para a organização da sociedade. O plebiscito tem efeito mandamental, quando aprovado, a norma é homologada pelo Poder Legislativo e promulgada. Nenhum mecanismo deve ser usado sem moderação; os mecanismos da Democracia Participativa devem ser associados para ajudar na representatividade e não devem se tornar banalizados, o que favoreceria o enfraquecimento da representatividade.

Em 1993, houve a realização de um Plebiscito que tinha como objetivo escolher a forma de governo (monarquia ou república) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo). Essa consulta cumpre o artigo 2º, *caput*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, que apresenta: “No dia 7 de setembro de 1993 o eleitorado definirá, através de plebiscito, a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que devem vigorar no País”. O Gráfico 1, em anexo, foi realizado pelo TSE e mostra o resultado da consulta, no qual foi escolhida a república como forma de governo e o presidencialismo como sistema de governo.

Em 2011, houve no estado do Pará um plebiscito para a população paraense decidir se o estado deveria ser dividido em dois, formando o estado de Carajás e o de Tapajós. O resultado da consulta foi uma rejeição à proposta, como mostra o resultado da votação, em anexo.

2.2 REFERENDO

O Referendo é um ato posterior ao projeto legislativo ou administrativo. Conforme diz a Lei nº 9.709/1998 no artigo 2º, § 2º: “O re-

ferendo é convocado com posterioridade a ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição”. Agra (2008, p. 272) argumenta que:

No ordenamento jurídico brasileiro, os limites oferecidos tanto para o plebiscito como para o referendo se referem aos mandamentos constitucionais, principalmente às cláusulas pétreas. Nenhuma delas pode ser alterada mediante uma legitimação por parte dos instrumentos da democracia participativa, de modo que as normas emanadas do plebiscito sofrem controle de constitucionalidade.

Dallari (2012, p.153, grifo do autor) explica que “a origem do *referendum* se encontra nas antigas Dietas das Confederações Germânicas e Helvéticas, quando todas as leis eram aprovadas *ad referendum* do povo”. O Referendo consiste, portanto, numa consulta que se faz à opinião pública depois de tomada a decisão, sendo esta aceita ou não. No referendo, a norma é obrigatoriamente revogada pelo Poder Legislativo.

O primeiro Referendo foi realizado em 1963, quando o povo foi convocado para votar sobre a manutenção ou não do sistema parlamentarista. Houve rejeição ao sistema de governo e o Brasil volta a ser presidencialista, como mostram os dados em anexo.

O Referendo de 2005 revelou para o povo brasileiro a chance de decidir sobre a proibição do uso de arma de fogo e de munições. Houve uma rejeição ao projeto, alterando o artigo 35 da Lei nº 10.826/2003 – Estatuto do Desarmamento. O resultado da votação encontra-se em anexo.

2.3 INICIATIVA POPULAR

Outra forma de participação da vida política do Estado é a Iniciativa Popular. Encontra-se positivada no artigo 14, inciso III, da CRFB/88. Agra (2008, p. 272) conceitua que “a iniciativa popular é a permissão ao povo para que proponha iniciativa de lei para o Congresso Nacional. O cidadão individualmente não tem iniciativa de propositura normativa, apenas de forma coletiva é que adquire tal prerrogativa”.

É uma prática estimulada e que, apesar das limitações práticas e da falta de técnica de preparo do projeto de lei, tem sido intensificada nos Estados. Por meio da Iniciativa Popular, é facultado aos eleitores apresentarem um projeto de lei sobre determinado assunto e encaminharem à Câmara. Para a apresentação de uma lei federal, alguns requisitos são necessários, como preceitua o artigo 61, § 2º da CRFB/88:

A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

É importante frisar que a CRFB/88 trouxe em seu texto o projeto de lei por iniciativa popular estadual e municipal. O artigo 27, § 4º afirma que “a lei disporá sobre a iniciativa popular no processo legislativo estadual”; e o artigo 29, inciso XIII declara que a “iniciativa popular de projetos de lei de interesse específico do Município, da cidade ou de bairros, através de manifestação de, pelo menos, cinco por cento do eleitorado”. O Brasil adotou a Iniciativa Popular apenas para projetos de lei ordinária ou complementar, sem a possibilidade de qualquer recurso se o legislativo rejeitar o projeto, como acontece nos Estados Unidos.

A Iniciativa Popular é um instituto pouco usado no Brasil, pois seus rígidos requisitos dificultam a sua utilização na criação de leis; também não contribuiu o fato de não haver uma explicação mais detalhada sobre o processo estadual e municipal. O primeiro requisito exigido é ser pessoa com seus direitos políticos em dia, ou seja, apta a votar. O segundo requisito, descrito acima, também enfrenta dificuldade para ser alcançado, ao considerar-se o tamanho do território brasileiro e também o número de seus eleitores. Ao se elaborar o projeto de Lei, em seguida, ele é levado à Câmara dos Deputados para passar por uma votação. Segundo Dallari (2012, p. 156):

Além da dificuldade relacionada com os aspectos formais relativos à elaboração dos projetos, existe ainda o problema da ob-

tenção de apoio nas Casas Legislativas para o acompanhamento da tramitação de um projeto e a discussão de eventuais propostas de emenda, uma vez que se trata de proposição de iniciativa popular, ou seja, de um conjunto de cidadãos reunidos para um objetivo determinado e não de um parlamentar ou de parlamentares filiados a partidos políticos, que atuem no Legislativo.

Em razão dos motivos elencados, é difícil efetivar o mecanismo da iniciativa popular no País. Em um país como o Brasil, onde grande parte da população desconhece seus direitos, a iniciativa de propor leis se torna mais distante ainda da realidade de muitas pessoas.

Entre projetos e leis oriundos da iniciativa popular, a Lei nº 8.930/1994, que incluiu o homicídio qualificado no rol dos crimes hediondos, foi o primeiro projeto elaborado pelo povo. Com apoio da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB e da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB, em 1997, foi lançado um projeto de combate à compra de votos. O movimento ganhou força e, em 1999, foi aprovada a Lei nº 9.840/1999.

A Lei nº 11.124/2005 foi outra lei aprovada através de iniciativa popular. Ela institui um fundo nacional de habitação e tem como objetivo a diminuição do déficit habitacional do Brasil. Outra lei oriunda da iniciativa popular foi a Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135/2010), que torna inelegíveis para todos os cargos eletivos pessoas que no passado tenham cometido algum crime de natureza eleitoral ou alguma outra infração relacionada ao seu mandato. A Lei veio complementar o texto do artigo 14, § 9º da CRFB/88.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se constatar que a soberania popular é um assunto muito importante, que impacta a forma como vivemos atualmente e que incita reflexões sobre como nossa sociedade é organizada e sobre quais as ferramentas que temos para melhorá-la. Então, será que os mecanismos garantidos pela CRFB/88 efetivam a participação popular no Brasil?

O Brasil, país que passou por regimes ditatoriais e democráticos, hoje segue a lógica da força do processo democrático, pois

quanto menos participação, mais forte é a democracia brasileira. Não podia ser diferente, já que os meios de se exercer a participação popular são pouco esclarecidos à maioria e muito menos incentivados, porque não encontram amparos nos objetivos de quem quer se manter no poder.

Preencher os requisitos para o uso desses mecanismos não é tarefa fácil. A legislação apresenta condições rígidas para que se possa usar essas formas de participação popular. Isso enfraquece o objetivo maior do instituto e torna cada vez mais difícil a participação do povo na vida política do Brasil.

Os mecanismos da democracia participativa devem ser considerados aliados da democracia representativa. É preciso haver cuidado em sua utilização para não existirem distorções. O uso sensato de tais mecanismos é importante para aproximar a população da vida política do Estado e também para haver o fortalecimento da sociedade, uma vez que os anseios do povo podem ser mais facilmente ouvidos.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BOFF, Leonardo. **Brasil: concluir a refundação ou prolongar a dependência?** Petrópolis: Vozes, 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2013.

_____, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2010.

_____, Paulo. **Teoria do Estado**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2007.

_____, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Democracia Republicana e Participativa**. 2005. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/papers/2004/04-85DemocraciaRepublicana_Participativa-CEBRAP.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2019.

CANÊDO, Letícia Bicalho. Aprendendo a Votar. IN: PINSKY, Jaime (Org.). **História da Cidadania**. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2003.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. **Convenção**. San José, Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm>. Acesso em: 29 jan. 2019.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ELEITORAL, Tribunal Superior. **Referendo 2005**. 2005. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/plebiscitos-e-referendos/referendo-2005/quadro-geral-referendo-2005>>. Acesso em: 31 jan. 2019.

_____, Tribunal Superior. **Plebiscitos e referendos**. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/plebiscitos-e-referendos/plebiscito-e-referendo>>. Acesso em: 15 maio 2018.

GUARINELLO, Norberto Luiz. Cidades–Estado na Antiguidade Clássica. IN: PINSKY, Jaime (Org.). **História da Cidadania**. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2003.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEI 9.709/98. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9709.htm>. Acesso em: 29 jan. 2019.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?**. Campinas, SP: Servanda Editora, 2015.

MIGUEL, Luis Felipe. A Democracia Domesticada: Bases Antidemocráticas do Pensamento Democrático Contemporâneo. **Dados —: Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 45, n. 3, p.483-511, 2002.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2012.

MPF. **Declaração Dos Direitos Do Homem E Do Cidadão De 1789**. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 28 maio 2018.

NOTÍCIAS, Agência Câmara. **Anos 60 e 70: ditadura e bipartidarismo**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camara-noticias/noticias/NAO-INFORMADO/126747-ANOS-60-E-70-DITADURA-E-BIPARTIDARISMO-.html>>. Acesso em: 30 maio 2018.

_____, Agência Câmara. **Conheça a história do voto no Brasil**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/93439-CONHECA-A-HISTORIA-DO-VOTO-NO-BRASIL.html>>. Acesso em: 29 maio 2018.

_____, Agência Câmara. **Década de 30: surgem os votos secreto e feminino**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camara-noticias/noticias/POLITICA/93438-DECADA-DE-30-SURGEM-OS-VOTOS-SECRETO-E-FEMININO.html>>. Acesso em: 29 maio 2018.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O Contrato Social**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SANTOS, Sergio Roberto Leal dos. **Manual de Teoria da Constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa: Qu' est-ce que le Tiers État?**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

SOARES, Gláucio Ary Dillon. **O Calcanhar Metodológico Da Ciência Política No Brasil**. Disponível em: <<http://www.scielo.gpeari.mctes.pt/pdf/spp/n48/n48a04.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

O PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE E SEU PASSADO TEÓRICO-CONSTITUCIONAL NO BRASIL

José Bruno Martins Leão

INTRODUÇÃO

Concebido como um dos mais robustos pilares do sistema processual penal deste jovem Estado Democrático de Direito, o princípio da presunção de inocência, ou princípio da não culpabilidade, tem ganhado grande espaço nos debates públicos em tempos recentes. E tal fenômeno se deve a duas realidades que são arremessadas à arena dos gladiadores em que os discursos empostados e sobrecarregados de emoções primitivas e as convicções políticas inarredáveis travam uma ferrenha batalha até o último resquício de uma argumentação minimamente lógica, razoável, e, por vezes, chegando-se a conclusões jurídicas afrontosas ao Direito, em especial à história da consolidação dos direitos humanos em suas formas clássicas de expressão em contextos nos quais o poder político dominante muito fez para que a discussão humanitária chegasse ao ponto do inadiável. Porém, nos dias atuais, tempo em que o discurso político-partidário feroz tenta conferir legitimidade e constitucionalidade a determinadas interpretações essencial e pretensamente restritivas de direitos, até mesmo alguns componentes do núcleo essencial dos direitos fundamentais se encontram sob iminente perigo, tal como o é o debate acerca do princípio da presunção de inocência.

Em momentos conturbados da vida pública, em que se busca cada vez mais a politização dos fenômenos e institutos jurídicos e se repudia o incremento da objetividade jurídica ao universo eminentemente flexível da política contemporânea, pugnar pela prevalência do texto constitucional pode ser uma atitude conscientemente mal compreendida e, de per si, justificadora de imposição de rótulos e de alocações em categorias políticas variadas. Ocorre que, em última instância de análise, independentemente de comungar das concepções político-partidárias de extrema esquerda, centro-esquerda, centro-direita ou extrema-direita, o que deve ser colocado à mesa de discussões é a natureza histórica e fulcral do princípio constitucional penal acima referido. Argumenta-se, com pesarosa frequência, que tutelar a preservação da exigência da garantia do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória para encarcerar titulares de direitos fundamentais equivale à exteriorização da aquiescência em relação à criminalidade endêmica e ao espectro da impunidade que reverbera no país. Todavia, a análise técnico-jurídico transcende, e muito, os discursos puramente políticos, sujeitos à maleabilidade dos interesses momentâneos.

Nesse sentido, a Constituição Federal/88 é suficientemente clara ao exigir o trânsito em julgado para a configuração da culpa, estabelecendo a configuração definitiva dessa como requisito condicionador ao encarceramento, por meio do qual se identifica uma zona limítrofe ao direito de punir de titularidade exclusiva do Estado. Porém, como se registra abaixo, tal regramento não é exclusivo da Constituição Cidadã, muito menos restrito ao direito doméstico, sendo, em verdade, tutelado a nível internacional e ao longo da história da humanidade, e, principalmente, da história da terra do pau-brasil. Por essa razão, é fundamental explicitar, por mais pontual que seja, um pouco da história jurídico-constitucional brasileira, com o objetivo circunscrito à identificação de registros anteriores do princípio da presunção de inocência no Texto Maior deste Estado, de modo a denotar a garantia da presunção de inocência como um produto obtido ao longo de décadas de aprimoramento do raciocínio jurídico basilar, excepcionado, tão somente, por cenários públicos de prevalência de poderes conduzidos de maneira arbitrária em períodos de exceção institucional.

2 O PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE E SEU PASSADO TEÓRICO-CONSTITUCIONAL

2.1 Direitos humanos versus Estado e sociedade

Os direitos humanos, “*inconteste*”, são o produto derivado de longa e árdua corrida histórica com o clarividente intuito de tutelar todos os aspectos e camadas possíveis da dignidade da pessoa humana; no entanto, à medida que as engrenagens do poder se movem na tentativa de atingir certo nível de correspondência com os anseios sociais momentaneamente emergentes, tem-se cada vez mais a certeza de que esse processo se encontra mui distante de uma eventual consumação de fato satisfativa e plenamente legitimada à luz das finalidades indissociáveis da natureza das políticas públicas realmente voltadas à promoção e proteção do ser humano, tanto na condição de sujeito participativo da vida estatal quanto na qualidade hierarquicamente sujeita aos mandos e desmandos provenientes de um poder soberano.

A sociedade, pois, exerce função indispensável ao participar do processo contínuo de fiscalização da legitimação das atividades oriundas das manifestações dos poderes públicos, visto que, conforme se observa nos registros historiográficos, não é novidade alguma a propensão do Estado de, na ausência controle, tender à prática de medidas comprometidas por indícios de arbitrariedade e autoritarismo. E essa participação social ativa se traduz na inadmissibilidade de qualquer espécie de involução no formato e na desenvoltura da concreção do direito vigente no território de um dado país. É cediço o fato de que o Estado é o ente composto por três elementos inseparáveis, a saber: povo, território e governo soberano. O povo, situado numa determinada limitação territorial, há de observar continuamente as linhas de atuação de seu governo, para que possa aferir a legalidade e legitimidade das expressões concretas de sua soberania; isto é, na aguerrida caminhada na busca pela crescente e eficaz proteção dos direitos do ser humano e da humanidade, não admitir-se-á sequer um passo para trás; o regresso há de ser prontamente repudiado pela sociedade que deve se resguardar das investidas carregadas de força e com roupagem benfazeja.

Nesta ótica, deve-se ter acirrada cautela, para que um determinado povo – ainda que seja uma fração da sociedade –, momentaneamente assombrado pelo atormentador fantasma da (sensação de) impunidade, não pugne por medidas precipitadas, que, na pressa de se vislumbrar a efetividade de alguma medida perpetrada pelo Poder Público no âmbito de suas funções domesticamente soberanas, possa, ainda que minimamente, desnaturar o arcabouço de direitos fundamentais e sua respectiva missão de acautelar todas as vertentes possíveis do princípio fulcral da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana, em verdade, concretiza a fundamentação política e jurídica sobre a qual se constrói e se desenvolve uma sociedade firmada no pacto social do resguardo de direitos e observância de inumeráveis direitos. Considera-se, pois, a lição de que

O princípio da dignidade da pessoa humana é um importante *fundamento da ordem jurídica e da comunidade política*. Esta ideia foi explicitamente consagrada pela Constituição brasileira em seu art. 1º, inciso III, que afirmou ser a dignidade da pessoa humana um dos fundamentos – o mais importante, diria eu – da República. Não por outra razão, Paulo Bonavides consignou que “nenhum outro princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição”. No Direito Internacional, tem-se igualmente reconhecido que a dignidade humana é o fundamento dos direitos humanos. É o que proclamam os preâmbulos dos dois mais importantes tratados sobre direitos humanos da ONU, o Pacto dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto dos Direitos Sociais Econômicos e Culturais, que afirmam, em textos idênticos, que tais direitos “decorrem da dignidade inerente à pessoa humana” (SARMENTO, 2016, pp. 77-78)

Frise-se, por oportuno, que o clamor público, embora, a princípio, legitimado pela garantia de liberdade de expressão e manifestação, deve passar necessariamente por uma espécie de pré-exame humanitário, a partir do qual há de se constatar seu alinhamento com as diretrizes fundamentais ou o seu infeliz desvirtuamento e pendor à ilegalidade e

à inconstitucionalidade, ao menos no que tange ao objeto sobre o qual se brada aos ares da República. Logo, o ensinamento que há prevalece é o de que os direitos humanos serão respeitados no território brasileiro, sob a égide da Constituição Federal/88 e das leis que a ela são submissas.

Aliás, tratando-se preliminarmente do Texto Maior, há que se anotar a previsão constitucional contida em seu art. 4º, II, segundo a qual a República Federativa do Brasil rege-se em suas relações internacionais pelo princípio da prevalência dos direitos humanos, dentre outros. Isto é, se os direitos humanos devem ser protegidos e concebidos como fundamentos de legitimação no campo das relações traçadas entre países soberanos no campo internacional, mais ainda deve ser estritamente observado no campo doméstico, no território de um Estado dotado de poder soberano, cuja legitimidade também se extrai da limitação às interferências na esfera privada de seus cidadãos. Assim,

Em verdade, todos os Estados ocidentais devem defender a temática dos direitos da pessoa humana nas suas relações internacionais. O ataque ao seu conteúdo destrói qualquer sociedade política que busque o bem. O Brasil não é diferente. Este inciso coloca para o Brasil a observância obrigatória dos direitos fundamentais e sua promoção e defesa nas relações políticas estabelecidas com outros Estados. Além disso, o inciso acentua a palavra “prevalência”. Prevalência quer dizer sobreposição a outros pontos de vista da mesma problemática, isto é, quando existir conflito entre direitos humanos e quaisquer outros benefícios que possam existir, sob algum ponto de vista, para o Brasil, a nação, em todos os níveis, esferas e poderes dará prevalência àqueles relativos aos direitos da pessoa humana (MACHADO, 2018, P. 10)

Percebe-se, de todo modo, que a proteção e promoção dos direitos humanos constituem verdadeiro norte ao Estado brasileiro, tanto em relação aos seus atos para com todos os que estão situados em seu território e sujeitos à sua soberania quanto no trato com os demais países soberanos, posto que a preservação dos direitos humanos é uma missão

universal a ser empreendida por todos os sujeitos envolvidos neste processo de aprimoramento dos ordenamentos e ramificação do senso de humanidade a ser incorporado pelas sociedades.

2.2 O postulado da vedação ao retrocesso em corroboração ao princípio da presunção de inocência

Está muito sedimentado na doutrina especializada os caracteres inerentes aos direitos humanos, numa visão conjunta de entendimento e classificação teórica. E dentre os seus elementos caracterizadores, o que ganha maior destaque neste contexto de discussão é a ideia da vedação ao retrocesso social. Ao se concluir que os direitos humanos são produto lapidado pela história e por lutas travadas por comunidades espalhadas pelo mundo, não se pode cogitar a mera possibilidade de retroceder no caminho vitorioso da conquista de tais direitos; ou seja, não há que se permitir, sob qualquer justificativa, a flexibilização de um direito humano sob o argumento de que novos tempos requerem nova perspectiva de ação e inédito direcionamento estatal nas políticas de encarceramento.

O magistério de Oliveira (2012, p. 30) confirma o aspecto, hoje indiscutível, da característica dos direitos humanos denominada de vedação do retrocesso, também conhecido pela doutrina especializada como “efeito *diquet*”, vedação do regresso ou efeito ampliativo dos direitos humanos, segundo o qual, estando os direitos humanos estabelecidos num ordenamento jurídico, não caberá qualquer retrocesso consistente em eventuais limitações ou diminuições do rol desses direitos já consagrados.

A sociedade brasileira, entretanto, em tempos recentes, inebriada pelos gritos das multidões em prol de maior celeridade na tramitação de processos penais a fim de se evitar a constatação de indícios de impunidade, levantou uma questionável bandeira popularmente denominada “Prisão em segunda instância!”, que, aos olhos do povo, direciona-se rumo a um país mais sério e comprometido com o combate à criminalidade, mas, na percepção jurídica, pode debandar para o terreno hostil da restrição e conseqüente violação de um direito humano, qual seja: o princípio constitucional da presunção de inocência, ou princípio da não culpabilidade.

Referido debate político-jurídico-social, reconheça-se, causa constantes arrepios ao corpo do texto constitucional, uma vez que, tenta-se insistentemente conferir interpretação diversiva – e pior, restritiva – à redação de um dispositivo de natureza hierárquica superior que, na mais ligeira tentativa de compreensão, pode-se perfeitamente captar o supra ideário embutido no sintético inciso protetor do princípio da presunção de inocência.

A questão envolve a redação do art. 5º, inc. LVII, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Em termos práticos, passa-se a seguinte lição: ninguém será considerado culpado até o esgotamento de todas as vias recursais, momento a partir do qual ocorrerá o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, e, doravante, ter-se-á a constituição definitiva da culpa, podendo, em razão do encerramento das instâncias, levar o apenado ao cárcere para fins de cumprimento/execução de pena.

Tentou-se, como observado, intimidar a amplidão de proteção conferida pelo recém-transcrito dispositivo constitucional, buscando, com isso, a execução antecipada ou provisória da pena, o que, de imediato, constata-se ser uma indevida flexibilização da presunção de não culpabilidade, posto que não há lógica, num sóbrio raciocínio jurídico, buscar-se a execução de uma pena que ainda não carrega o símbolo do trânsito em julgado. Isto é, não há qualquer melhoria qualitativa num sistema penal que pretende encarcerar uma pessoa antes mesmo de se perfazer o conceito definitivo de culpa mediante a apresentação de uma sentença penal condenatória transitada em julgado.

Diante disso, assentou-se, na Suprema Corte, o entendimento pela constitucionalidade do aludido dispositivo processual penal, reconhecendo ser imprescindível a presença do trânsito em julgado em sentença penal condenatória como condição para o cumprimento da pena. Assim, essa diretriz jurisprudencial é repetida em inúmeros julgados, com vista à manutenção do princípio da presunção da inocência, tal como dispõe a seguinte ementa², “*in verbis*”:

2 STF, Segunda Turma, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Julgamento: 06/12/2019, HC 152919 AgR/MG, DJe-282, DIVULG 17-12-2019, PUBLIC 18-12-2019.

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA. INCONSTITUCIONALIDADE. VIOLAÇÃO DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (ADCs 43/DF, 44/DF e 54/DF). RÉU QUE RESPONDEU AO PROCESSO EM LIBERDADE. AUSÊNCIA DE DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – A execução antecipada da pena, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, viola a garantia constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF/1988) II – O art. 283 do CPP foi declarado constitucional pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADCs 43, 44 e 54, de relatoria do Ministro Marco Aurélio. III – A decretação de prisão antes do trânsito em julgado somente se justifica na modalidade cautelar, quando preenchidos os requisitos do art. 312 do CPP. IV – O réu que respondeu ao processo em liberdade e que não teve prisão preventiva decretada em seu desfavor, deve iniciar a execução da pena após o trânsito em julgado da condenação. V – Agravo regimental a que se nega provimento.

Diante disso, é imperiosa a adoção da máxima cautela, visto que, por mais alto que soe o esbravejar das multidões, é incogitável apagar da memória todo o sangue derramado por cidadãos perseguidos e injustamente castigados por um Estado soberano, poderosíssimo e completamente arbitrário e desrespeitador dos direitos e das garantias individuais e coletivas. Muitas pessoas pagaram com a sua liberdade, e até a vida, para que limites fossem impostos às investidas ferozes de poderes corrompidos e desumanos. Não se pode, depois de tanto tempo e tanta luta, tampar os ouvidos para não mais ouvir os gritos dos mártires que se sacrificaram em busca

de maior liberdade. Para que, hoje, o direito à vida alcançasse o patamar de direito primeiro e inviolável, muitas vidas foram sumariamente ceifadas no transcorrer da história. E, também, para que a liberdade reinasse no seio das nações, muitos foram arbitrariamente privados do direito de ser livre.

E, na perspectiva histórica e em mecanismos primeiros de proteção global dos direitos humanos, desde 1789, a famosa Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão garantiu que “Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela Lei”. Consta-se, então, que, já na segunda metade do século XVIII, a inocência deveria ser presumida até o momento em que o acusado fosse considerado realmente culpado pelo ilícito que praticara.

E na primeira metade do século XX, a Declaração Universal dos Direitos Humanos muito bem delineou, em seu artigo XI, item 1, que

Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Outrossim, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1992, em seu artigo 14, 2, também consagra a garantia da presunção de inocência ao dispor com magistral clareza que “Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”.

O que imperiosamente deve ser enfatizado é que, na história recente de proteção dos direitos humanos, desde o início ficou muito claro que a culpabilidade do cidadão, ao ser submetido à jurisdição estatal, jamais seria uma condição presumida. Pelo contrário, a determinação é no sentido de se presumir a qualidade da inocência, restando a configuração da culpabilidade realizada num momento posterior, que a lei deveria se encarregar de delimitar.

2.3 A presunção de inocência nas constituições brasileiras

Ante o cenário político-social contemporânea, que, pesarosamente, propugna a desnecessidade do trânsito em julgado da sentença penal condenatória para o início da execução da pena, não raro ouve-se aqui e acolá o discurso equivocado de que a princípio da presunção de inocência, ou princípio da não culpabilidade, é produto da invencionice da mais recente Constituição Brasileira, mais especificamente, do Texto de 1.988. Então, faz-se necessária uma breve análise dos dispositivos constitucionais que trouxeram expressamente a exigência da formação da culpa como requisito para o encarceramento.

A Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824, no Título 8º, concernente ao tema “Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros”, previu os seguintes dizeres:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

(...)

VIII. Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei;

Constata-se, pois, que o Estado Brasileiro, já no ano de 1.824, asseverou, por meio de uma Constituição, embora outorgada, que, resguardadas as situações excepcionais, sem culpa formada, o cidadão brasileiro não poderia ser preso. Ou seja, a regra da não prisão sem culpa constituída não é uma mera invenção brasileira da contemporaneidade. Ao contrário, encontra-se nos registros constitucionais do tempo do Império, ainda que, logo em seguida, houvesse esta excepcionalidade:

O que fica disposto acerca da prisão antes de culpa formada, não compreende as Ordenanças Militares, estabelecidas como necessárias à disciplina, e recrutamento do Exército; nem os casos, que não são puramente criminais, e em que a Lei determina, todavia, a prisão de alguma pessoa, por desobedecer aos mandados da justiça, ou não cumprir alguma obrigação dentro do determinado prazo.

A Constituição da República dos Estados Unidos Do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, em seu Título IV (Dos Cidadãos Brasileiros), na SEÇÃO II (Declaração de Direitos), registrou o que se segue infra:

Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 14. Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, salvo as exceções especificadas em lei, nem levado a prisão, ou nela detido, si prestar fiança idônea, nos casos em que a lei a admitir.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, todavia, em seu Título III (Da Declaração de Direitos), no Capítulo II (Dos Direitos e das Garantias Individuais), embora não trouxesse a garantia da não prisão enquanto não houvesse culpa formada, também consignou o seguinte mandamento:

Art. 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

21) Ninguém será preso senão em flagrante delito, ou por ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937, de outra banda, na parte em que tratou da temática “Dos Direitos e Garantias Individuais”, registrou claramente que não poderia ser efetuada a prisão, com exceção dos casos de flagrante delito, antes de se configurar a formação da culpa. “*In verbis*”:

Art. 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

11) à exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei e mediante ordem escrita da autoridade competente. Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, senão pela autoridade competente, em virtude de lei e na forma por ela regulada; a instrução criminal será contraditória, asseguradas antes e depois da formação da culpa as necessárias garantias de defesa;

Entretanto, a redação supra fora suspensa por determinação emanada do Decreto nº 10.358/1942, que, por sinal, instituiu o estado de guerra em todo o território nacional, revogando pontualmente alguns dispositivos da Constituição então em vigor, conforme se depreende desta transcrição:

O Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o artigo 74, letra k, e o artigo 171 da Constituição, DECRETA:

Art. 1º É declarado o estado de guerra em todo o território nacional.

Art. 2º Na vigência do estado de guerra deixam de vigorar desde já as seguintes partes da Constituição:

Art. 122, nº 2, 6, 8, 9, 10, 11, 14 e 16;

Nessa mesma linha, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946, em seu Título IV (Da Declaração de Direitos), no Capítulo II (Dos Direitos e das Garantias individuais), apesar de não conter a proibição expressa de se efetuar prisão sem culpa formada, trouxe garantias muito contundentes nesse sentido, a partir das quais se pode perfeitamente depreender que a prisão continua sendo concebida em nível constitucional como medida de escancarada exceção. “*In verbis*”:

Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 20 - Ninguém será preso senão em flagrante delito ou, por ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei.

§ 21 - Ninguém será levado à prisão ou nela detido se prestar fiança permitida em lei.

Ademais, seguindo essa mesma diretriz, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1967, no Título II (Da declaração de direitos), em seu Capítulo IV (Dos direitos e garantias individuais), igualmente consolidou a excepcionalidade da medida privativa de liberdade, conforme se demonstra abaixo:

Art. 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 12 - Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita de autoridade competente. A lei disporá sobre a prestação de fiança. A prisão ou detenção de qualquer pessoa

será imediatamente comunicada ao Juiz competente, que a relaxará, se não for legal.

(...)

§ 35 - A especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.

Apenas para fins de registro e fidelidade textual, embora **por muitos considerada uma Constituição independente, haja vista a amplidão de suas reformas, a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, no Título II (Da Declaração de Direitos), em seu Capítulo IV (Dos Direitos e Garantias Individuais), trouxe garantias semelhantes às aquelas expostas acima, conforme se constata pela transcrição dos dispositivos:**

Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 12. Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita de autoridade competente. A lei disporá sobre a prestação de fiança. A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal.

(...)

§ 15. A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem tribunais de exceção.

E, por fim, está a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1.988, a Constituição Cidadã, que em seu Título II (Dos direitos e garantias fundamentais), Capítulo I (Dos direitos e deveres individuais e coletivos), com clareza majestosa, traz um dos maiores pilares

do Direito Constitucional Processual Penal, traduzido pela doutrina especializada como princípio da presunção de inocência, ou princípio da não culpabilidade.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

A respeito do inciso (princípio) supratranscrito, a doutrina é bastante esclarecedora:

A condenação de alguém acarretará para esse alguém a privação de algum direito, de liberdade ou de propriedade material. Pois bem. Não pode ninguém ser privado de algum desses direitos só pelo fato de ser indiciado ou de estar sendo processado, sem que a sentença proferida nesse processo tenha transitado em julgado. Isto é, sem que tenham sido esgotados todos os recursos disponíveis à parte processada. O inciso é claro. Se não há trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não há culpado e, se não há culpado, impossível qualquer restrição de liberdade, a não ser nos casos previstos em lei. São os casos de *prisão preventiva* (CPP, art. 312, “como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal”); de *prisão temporária* (Lei n. 7.960/89), cabível em situações especiais, como quando é imprescindível para o inquérito policial, quando o indiciado não tiver residência fixa, ou quando houver fundadas razões de autoria ou participação em certos crimes, entre os quais homicídio doloso, sequestro ou cárcere privado, roubo etc.; e prisão do responsável por depósito ou por dívida alimentícia (inciso LXVII do art. 5º da CF) (MACHADO, 2018, pp. 39-40)

Constata-se, desse modo, que privar alguém da liberdade antes de ter a culpa do encarcerado ter sido cabalmente comprovada e consolidada pela declaração do trânsito em julgado em sede de sentença penal condenatória é afrontar não apenas o Texto Maior da República, o que, por si só, seria um ato de extrema gravidade, mas, também, desrespeitar amargamente todo o passado constitucional do Estado brasileiro e sua contínua busca pela consecução e manutenção das liberdades públicas, com exceção, por óbvias razões, dos períodos em que prevaleceram os regimes de exceção, marcados pelo viés autoritário com que eram dirigidas as políticas de Estado.

Não há como se admitir, pois, ainda que camuflado com a justificativa da necessidade de adoção de políticas de segurança públicas emergenciais e/ou de medidas semelhantes com vistas ao combate à impunidade, qualquer iniciativa de algum dos poderes da República, seja ele qual for, no sentido de reduzir o alcance de um direito fundamental amparado pela Lei Maior com clareza cristalina, de modo que essa seja flagrantemente violada caso medida contrária seja levada a cabo. Frise-se que, por igual forma e razão, essas informações consubstanciam um contundente argumento que obstaculiza até mesmo alguma pretensa reforma por motivo de mutação constitucional, visto que, tal proposta esbarra em duas realidades inarredáveis, a saber, a inteligibilidade clarividente do texto constitucional verificada por interpretação literal/gramatical, e, por outro lado, a depravação histórico-jurídica que tal empreitada revelaria, tendo-se em vista a história da diretriz da presunção de inocência no Direito Brasileiro.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De antemão, urge salientar que o raciocínio supra trabalhado parte da premissa de que os direitos humanos são as condições mínimas que, uma vez asseguradas pelo Estado, seja mediante ação – resultado de prestações estatais – ou omissão – produto de abstenção institucional –, possibilitam ao cidadão uma existência minimamente digna, baseada, num primeiro momento, nas ideias de liberdade e igualdade. Logo, entende-se que “os direitos humanos correspondem à somatória de

valores, de atos e de normas que possibilitam a todos uma vida digna” (OLIVEIRA, 2012, p. 19).

Dito isso, conclui-se que a flexibilização de direitos humanos, por limitação ou diminuição, acarreta numa afronta à própria noção de vida digna e de todas as condições dela decorrentes, principalmente quando tais medidas ferem o núcleo dos direitos fundamentais e, por conseguinte, intimida o alcance de direitos, dentre eles o direito à liberdade, o direito de somente ser preso em situação de flagrância delitiva ou em razão de sentença penal condenatória transitada em julgado.

Nesta esteira, depreende-se que o princípio da presunção de inocência, ou presunção de não culpabilidade, é um dos direitos mais importantes dentre outros inúmeros que se encontram insculpidos no Texto Fundamental, em especial por estar situado no rol dos “Direito e deveres individuais e coletivos” (Capítulo I), abarcado pela categoria “Dos direitos e garantias fundamentais” (Título II), fato esse que imprime sua missão histórica e política de preservação do direito à liberdade, instrumento obstrução às eventuais ingerências indevidas do Estado no âmbito das liberdades públicas.

A culpa, pois, enquanto não estiver sedimentada e inapelavelmente estabelecida no bojo de sentença penal condenatória com trânsito em julgado, não há de ser presumida em momento diverso daquele esclarecido expressa e indubitavelmente pela literalidade textual da Constituição Federal/88. Ante essa realidade, qualquer medida legislativa, decisão judicial ou até mesmo discurso de cunho puramente político, respectivamente, proposta, proferida ou entoado aos ares da República é uma afronta à história das lutas pela proteção e promoção dos direitos humanos, à história das constituições brasileiras e a todas as políticas de preservação dos direitos humanos, que buscam incessantemente a manutenção das disposições constitucionais e legais responsáveis pela garantia da dignidade humana, na medida em que se tem como objetivo impedir, após tantas ações, lutas, derrotas e vitórias, que caia sobre o ser humano a sombra do iminente retrocesso social e o retorno à arbitrariedade.

Desde o ano de 1.824, com a Constituição do Império, até 1.988, com a Constituição Cidadã, o Estado Brasileiro se incumbiu de resguardar a liberdade, prevendo a prisão penal como medida excepcional, cuja

imposição somente era admitida após a formação da culpa, ou, no mínimo, por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente. Isto é, se a primeira Constituição Brasileira, a Imperial, e a mais recente, a Lei Maior/88, garantiram a formação da culpa como condição a ser preenchida antes de se privar alguém da liberdade, qualquer entendimento contrário no sentido de aviltar a constituição do elemento culpa é algo que deve ser pronta e expressamente repudiado, para fins de se conservar a conquista humanitária e o legado democrático.

4 REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Brasília: Senado, 1824.
- _____. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos Do Brasil**. Brasília: Senado, 1891.
- _____. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos Do Brasil**. Brasília: Senado, 1934.
- _____. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos Do Brasil**. Brasília: Senado, 1937.
- _____. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos Do Brasil**. Brasília: Senado, 1946.
- _____. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1967.
- _____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.
- _____. **Decreto nº 10.358, de 31 de agosto de 1942. Declara o estado de guerra em todo o território nacional. Rio de Janeiro, 1942.**
- _____. **Emenda constitucional nº 1, de 1969**. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Brasília: Senado, 1969.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal**: volume único. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

MACHADO, Costa (org). **Constituição federal interpretada**: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 9. ed. Barueri/SP: Manole, 2018.

NOVELINO, Marcelo; JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Constituição federal interpretada para concursos**: doutrina, jurisprudência e questões de concursos. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

OLIVEIRA, Erival da Silva. **Direitos humanos**. 3. Ed. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais (RT), 2012.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA NAS ATIVIDADES DE STREAMING

Larissa Pimentel Gonçalves Villar

Rafaela Gonçalves De Souza

INTRODUÇÃO

O crescimento exponencial das atividades relacionadas às tecnologias promoveu profundas mudanças na sociedade e nas relações de consumo. Devido ao avanço tecnológico e à simplicidade que o ambiente virtual foi adquirindo ao longo dos anos, as atividades ligadas à internet e às mídias audiovisuais estão cada vez mais presentes no nosso dia-a-dia.

Com a expansão de novos modelos de transmissão de conteúdo de áudio e vídeo, o consumo de entretenimento que antes era concentrado nas atividades das emissoras de TV, rádio e cinema, foi progressivamente se adaptando ao ambiente virtual. Dessa forma, a exibição de programadas audiovisuais online deixou de ser uma tendência para se tornar uma realidade, sobretudo, após o advento da tecnologia *streaming*, que revolucionou a forma como as pessoas consumiam tais conteúdos.

Isto porque, essa tecnologia, além de permitir a transmissão de mídias em “tempo real”, permite ao usuário acessar o conteúdo online por ele desejado no momento e quando quiser, possuindo maior autonomia, livrando-se não só das programações pré-propagandas, mas também das propagandas comerciais. Essa maior discricionariedade e flexibilidade do *streaming* em comparação aos meios de comunicação tradicionais de distribuição de conteúdo audiovisual, acabou atraindo

usuários que buscavam por relações cada vez mais dinâmicas que se adéquem ao modelo de vida da sociedade globalizada.

Acompanhando a tendência mundial, no Brasil os serviços das atividades de *streaming* são cada vez mais adquiridos pela população brasileira em razão da praticidade, qualidade e popularidade que esses aplicativos fornecem. A *Netflix*, que chegou ao país em 2011, é considerada a plataforma de filmes mais famosa do mundo.

Seguindo o mesmo sucesso, porém no ramo fonográfico, podemos citar o *Spotify*. É uma plataforma que também fornece serviços *streaming*, fazendo a transmissão de forma imediata – *online* – de reprodução musical. A empresa informa que já ultrapassou a casa dos 60 milhões de assinantes em todo o mundo.

Não há dúvidas que essas empresas são populares no país. Contudo, não poderemos deixar de mencionar a pioneira nos serviços de *streaming*, o *YouTube*, que certamente foi o responsável por trazer ao Brasil essa tecnologia de serviço. Sem fortes concorrentes, a empresa fornece no mercado, através de seu sítio virtual, compartilhamento de vídeos online, permitindo que seus usuários hospedem e divulguem suas gravações audiovisuais, que no geral se resumem em filmes, videoclipes e materiais didáticos, desde que, por óbvio, não esteja protegido por direitos autorais.

Dessa forma, observa-se que as atividades de *streaming* promoveram, inclusive um novo nicho de desenvolvimento econômico baseado em um novo modelo de consumo de filmes e músicas. Nesse sentido, os Municípios manifestaram interesse em regulamentar a incidência de tributos de sua competência sobre essa nova atividade tecnológica – os serviços de *streaming* –, com o objetivo de aumentar sua arrecadação.

O que pretendemos questionar aqui nesta pesquisa é no tocante a um dos serviços que está elencado na lista da Lei Complementar 116/2003 que assim dispõe “1.09 - Disponibilização, sem cessão definitiva, de conteúdo de áudio, vídeo, imagem e texto por meio da internet, respeitada a imunidade de livros, jornais e periódicos(...)”

Nesse sentido, a questão é: os serviços de *streaming* se encaixariam no fato gerador do Imposto Sobre Serviços previsto na Constituição Federal? Isto é, essa atividade se resume em obrigação de fazer? Está

embarcado no esforço humano, seja físico ou intelectual, para a prestação do “serviço”? A evidente semelhança do instituto com a locação de CDs e DVDs não atrairia a vedação expressa na Súmula Vinculante n. 31 do Supremo Tribunal Federal? Tais questionamentos incentivaram o presente estudo.

A abordagem da problemática apresentada desenvolver-se-á pelo método dedutivo, uma vez que necessariamente teremos que expor a controvérsia da natureza jurídica dos serviços de *streaming* em relação a definição de serviços trazida pela Constituição Federal de 1998 para fins de tributação do Imposto Sobre Serviços.

Nessa pesquisa serão usadas legislações brasileiras pertinentes ao assunto, artigos abordando o tema sob o viés da inconstitucionalidade da incidência do ISS sobre as atividades de *streaming* no ordenamento jurídico brasileiro, utilizaremos também jurisprudências e doutrinas que possam enriquecer a fundamentação jurídica desse posicionamento.

O presente artigo versará sobre a violação Constitucional na tributação nos serviços de *streaming*.

DESENVOLVIMENTO:

CONCEITO DE STREAMING:

Para entender o mecanismo e a definição do termo *Streaming* é imprescindível ter em mente que com a universalidade da internet, rapidamente popularizaram-se também os *downloads*, que são operações que consistem basicamente em uma transferência de dados virtuais – comumente documentos, áudios, vídeos e imagens – de um sistema computadorizado a outro.

Observa-se que seria inevitável a competição entre os modelos tradicionais de reprodução de mídias, como por exemplo, a televisão paga e salas de cinema ou até mesmo download de arquivos, com os novos modelos de reprodução de mídias, de forma acirrada, conhecidos como vídeos *on demand* – por demanda.

No meio audiovisual, esses últimos apresentam semelhanças com os vídeos domésticos (antigos DVD's), na medida em que o consumi-

dor final dispõe dos produtos no horário em que lhe convier, devido a ampla oferta de filmes, acessíveis à um toque no computador ou celular, com evidente praticidade.

Formalmente, o conceito de vídeo *on demand* pode ser é previsto na instrução normativa nº 104/2012, da Agência Nacional do Cinema, em seu artigo 1º, “L”, a qual seja:

[...] L. Segmento de Mercado Audiovisual – Vídeo por Demanda: conjunto de atividades encadeadas, realizadas por um ou vários agentes econômicos, necessárias à prestação dos serviços de oferta de um conjunto de obras audiovisuais na forma de catálogo, com linha editorial própria, para fruição por difusão não-linear, em horário determinado pelo consumidor final, de forma onerosa; [...]

Nesse contexto surgiu o *streaming*, sendo uma ferramenta relevante de distribuição de conteúdo de áudio e vídeo através da internet. Uma tecnologia relativamente nova, que permite a transmissão de informações de multimídia entre rede de computadores, sem que para isso seja necessário realizar o *download*. Uma das técnicas utilizadas para esse fim é a tecnologia de *streaming*. Nas palavras de Clodoaldo Tschöke, na tecnologia de *streaming*:

[...] o sinal de vídeo é transmitido ao cliente e sua apresentação inicia-se após uma momentânea espera para armazenamento dos dados em um buffer. Nesta forma de transmitir vídeo não é preciso fazer o download prévio do arquivo, o micro vai recebendo as informações continuamente enquanto mostra ao usuário. Esta técnica reduz o tempo de início de exibição e também elimina a necessidade de armazenamento local do arquivo [...] (TSCHÖKE, 2001, p.17).

Streaming é o nome dado à tecnologia que permite que ao usuário assistir vídeos ou ouvir músicas “tempo real”, sem a necessidade de realizar o *download* para visualização de mídia, isto é, transferir e armazenar integralmente os arquivos para a plataforma escolhida para a

reprodução do arquivo no computador. O *download* é um mecanismo que transfere de dados virtuais, geralmente são documentos, músicas, vídeos e imagens de um sistema computadorizado a outro, permitindo a manipulação e o consumo do arquivo apenas após a integral transferência dos dados).

Com a popularização da ferramenta de *streaming*, começaram a surgir uma diversidade de empresas buscando a exploração deste novo nicho econômico, que, no Brasil, são empresas conhecidas como “plataforma de fornecimento de serviços por *streaming*”.

Tendo em vista o sucesso econômico dessas atividades, o Congresso Nacional promulgou a Lei Complementar nº 157/2016, que modifica a Lei Complementar nº 116/2003 (Lei Complementar do ISS). Dentre as alterações, houve o acréscimo de um tipo específico de “serviço” na lista taxativa de serviços que podem ser tributados pelos Municípios:

[...] 1 – Serviços de informática e congêneres. [...] 1.09 – Disponibilização, sem cessão definitiva, de conteúdo de áudio, vídeo, imagem e texto por meio da internet, respeitada a imunidade de livros, jornais e periódicos (exceto a distribuição de conteúdo pelas prestadoras de Serviço de Acesso Condicionado, de que trata a Lei no 12.485, de 12 de setembro de 2011, sujeita ao ICMS)

Dessa forma, a inclusão deste item autoriza os Municípios a tributarem esse tipo de “serviço”, fornecidos predominantemente pelas empresas Netflix, Youtube, Spotify, HBOGo, GloboPlay, AmazonPrime, Deezer, entre outros, aplicando alíquota de 2% a 5% sobre o valor das assinaturas.

DESENVOLVIMENTO:

HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO ISS: CONCEITO DE “SERVIÇO”

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 156, inciso III, outorgou aos Municípios e ao Distrito Federal a

competência para instituir o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS nas atividades elencadas na Lei Complementar 116/2003, nos seguintes ditames: ‘Compete aos Municípios instituir impostos sobre: III- serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar. ‘

Em vista disso, ao definir o verbete “serviço” como o núcleo da materialidade para a cobrança do ISS, a Constituição Federal de 1988 delineou certos fatos que poderiam ser encaixados como hipótese de incidência pelo legislador, tornando, portanto, indispensável analisar o sentido e o alcance desse verbete para delimitar com clareza a área sobre a qual poderá ser criada o referido imposto municipal.

Entretanto, antes de analisar o conceito de serviço para fins de incidência tributária do ISS, faz-se necessário esclarecer que a própria Constituição Federal de 1988 limitou aos Municípios e o Distrito Federal a cobrança do ISS, nos seguintes termos: a) Não incide ISS sobre os serviços de transporte intermunicipal e interestadual e de comunicações; (b) Somente é possível a instituição do imposto os serviços definidos na Lei Complementar 116/2003; e (c) condicionou suas alíquotas máxima e mínima ao fixado em lei complementar, também a 116/2003.

Em outras palavras, embora legislador municipal tenha autonomia para escolher os quais serviços serão tributáveis pelo imposto, ele fica limitado a obedecer a margem fixada pelo legislador federal, que enumerou os serviços relevantes para o Imposto Sobre Serviços na lista anexa à lei complementar nº 116/03, bem como suas alíquotas máxima e mínima.

Contudo, deve-se observar que a limitação não está somente para o legislador municipal, visto que o legislador federal, embora tenha a prerrogativa de enumerar em lei complementar os serviços tributáveis pelo ISS, também está limitado pela própria Constituição Federal, visto que de acordo com a hierarquia de normas, uma lei complementar não pode se sobrepor a Constituição Federal, que é o topo de todo ordenamento jurídico brasileiro. A título de exemplo, não pode o legislador federal alterar a materialidade do ISS, sob pena de inconstitucionalidade material.

Dessa maneira, evidencia-se a necessidade de definir o conceito de serviço para fins de tributação, em razão de que somente as atividades classificadas como tal poderão ser cobradas a pagar o ISS. Observa-se, por fim, que a definição de serviço é imprescindível para este trabalho, visto que somente ultrapassada essa questão é que podemos analisar a inconstitucionalidade ou constitucionalidade da incidência do ISS nas atividades de *streaming*.

CONCEITO JURÍDICO DE “SERVIÇO” PARA O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Aqui, para a definição jurídica de serviço, é preciso ter em mente quando se fala em ISS, que o termo “serviço” trazido pela Constituição Federal de 1988, embora o vocábulo aceite interpretações mais extensas em determinados âmbitos, como no da economia, por exemplo, deve ter sua definição focada em uma análise jurídica.

O conceito de serviço não se encontra na Constituição Federal de 1988 e tampouco no CTN. Para isto, nos remetemos ao Direito Civil. Isso porque, conforme preconiza FABRETTI (2008) “O CTN não permite a alteração pela legislação tributária dos institutos de direito privado”, complementando que “Portanto, a definição, o conteúdo e o alcance dos contratos, conceitos e formas de direito privado que foram utilizados, de forma expressa ou implícita, para definir ou limitar competências tributárias [...] não podem ser alterados pela legislação tributária”

Os artigos. 109 e 110 do CTN são positivism este entendimento, conforme segue:

Art. 109. Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Consti-

tuição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

Assim, buscando o conceito de serviço no Direito Civil, Aires (BARRETO, 2012, p. 337) esclarece que: “[...] serviço é a prestação de esforço humano a terceiros, com conteúdo econômico, em caráter negocial, sob regime de direito privado, mas sem subordinação, tendente à obtenção de um bem material ou imaterial”

Disso podemos concluir que o conceito de serviço, para fins de incidência do ISS, encerra uma obrigação de fazer, ou seja, uma prestação em favor de outrem mediante remuneração, afirmando Aires Barreto que “o aspecto material da hipótese de incidência do ISS é a conduta humana (prestação de serviço) consistente em desenvolver um esforço visando a adimplir uma obrigação de fazer” (BARRETO, 2012, p. 339).

Ultrapassado o entendimento do conceito jurídico de serviço como sendo uma prestação humana pertinente a uma obrigação de fazer, aduz a distinguir a materialidade do ISS de outras que lhe sejam semelhantes, mas que na verdade estejam ligadas a uma obrigação de dar, cuja essência consista na entrega de um bem móvel ou imóvel a terceiro, tributadas pelos Estados.

O Supremo Tribunal Federal, em consonância com o entendimento exposto acima, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 116.121-3/SP, declarou a inconstitucionalidade da incidência do ISS sobre a locação de bens móveis, contido no item 79 da lista de serviços a que se referia o Decreto-Lei nº 406/68. Nesse sentido, segue trecho do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello:

[...] Cabe advertir, neste ponto, que a locação de bens móveis não se identifica e nem se qualifica, para efeitos constitucionais, como serviço, pois esse negócio jurídico - considerados os elementos essenciais que lhe compõem a estrutura material - não envolve a prática de atos que consubstanciam um praestare ou um facere. Na realidade, a locação de bens móveis configura verdadeira obrigação de dar, como resulta claro do art. 1.188 do

Código Civil: “Na locação de coisas, uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado, ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição” [...] Cumpre assinalar, por necessário, especialmente em face das considerações expostas, que a legislação tributária, emanada de qualquer das pessoas políticas, não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, para definir ou limitar competências tributárias (BRASIL, RE nº 116121-3/SP, fls. 708-710).

A presunção de que os conceitos do Direito Privado, quando utilizados pela Constituição, conservam seu sentido originário, em outras palavras, a definição de serviço conceituada no Direito Civil como sendo uma obrigação de fazer, sendo um esforço desenvolvido em prol do destinatário mediante remuneração, também foi adotada pelo STF no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 446.003-3, conforme segue ementa:

E M E N T A: IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS (ISS) – LOCAÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR – INADMISSIBILIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DA INCIDÊNCIA DESSE TRIBUTU MUNICIPAL – DISTINÇÃO NECESSÁRIA ENTRE LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS (OBRIGAÇÃO DE DAR OU DE ENTREGAR) E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS (OBRIGAÇÃO DE FAZER) – IMPOSSIBILIDADE DE A LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA MUNICIPAL ALTERAR A DEFINIÇÃO E O ALCANCE DE CONCEITOS DE DIREITO PRIVADO (CTN, ART. 110) - INCONSTITUCIONALIDADE DO ITEM 79 DA ANTIGA LISTA DE SERVIÇOS ANEXA AO DECRETO-LEI Nº 406/68 – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – RECURSO IMPROVIDO. Não se revela tributável, mediante ISS, a locação de veículos automotores (que consubstancia obrigação de dar ou de entregar), eis que esse tributo municipal somente pode incidir sobre obrigações de fa-

zer, a cuja matriz conceitual não se ajusta a figura contratual da locação de bens móveis. Precedentes (STF). Doutrina. (BRASIL, RE nº 446.003-3 AgR).

As decisões do Supremo Tribunal Federal foram embasadas como precedentes para a edição da Súmula 31, que sedimentou o entendimento da inconstitucionalidade da incidência do ISS sobre operações de locação de bens móveis, presumindo, assim, o posicionamento acolhido pelo STF no sentido de considerar o serviço como uma obrigação de fazer, em conformidade com o conceito trazido pelo Direito Civil.

Consoante ao exposto, analisamos o Imposto Sobre Serviços e sua hipótese de incidência, bem como os aspectos Constitucionais que para prosseguir com a nossa pesquisa, faz-se necessário, esclarecer a definição de *streaming* e seus aspectos gerais.

COMPREENSÃO DE STREAMING:

Para entender o mecanismo e a definição do termo *Streaming* é imprescindível ter em mente que com a universalidade da internet, rapidamente popularizaram-se também os *downloads*, que são operações que consistem basicamente em uma transferência de dados virtuais – comumente documentos, áudios, vídeos e imagens – de um sistema computadorizado a outro.

Observa-se que seria inevitável a competição entre os modelos tradicionais de reprodução de mídias, como por exemplo, a televisão paga e salas de cinema ou até mesmo download de arquivos, com os novos modelos de reprodução de mídias, de forma acirrada, conhecidos como vídeos *on demand* – por demanda.

No meio audiovisual, esses últimos apresentam semelhanças com os vídeos domésticos (antigos DVD's), na medida em que o consumidor final dispõe dos produtos no horário em que lhe convier, devido a ampla oferta de filmes, acessíveis à um toque no computador ou celular, com evidente praticidade.

Formalmente, o conceito de vídeo *on demand* pode ser previsto na instrução normativa nº 104/2012, da Agência Nacional do Cinema, em seu artigo 1º, “L”, a qual seja:

[...] L. Segmento de Mercado Audiovisual – Vídeo por Demanda: conjunto de atividades encadeadas, realizadas por um ou vários agentes econômicos, necessárias à prestação dos serviços de oferta de um conjunto de obras audiovisuais na forma de catálogo, com linha editorial própria, para fruição por difusão não-linear, em horário determinado pelo consumidor final, de forma onerosa; [...]

Streaming é o nome dado à tecnologia que permite que ao usuário assistir vídeos ou ouvir músicas “tempo real”, sem a necessidade de realizar o *download* para visualização de mídia, isto é, transferir e armazenar integralmente os arquivos para a plataforma escolhida para a reprodução do arquivo no computador. O *download* é um mecanismo que transfere de dados virtuais, geralmente são documentos, músicas, vídeos e imagens de um sistema computadorizado a outro, permitindo a manipulação e o consumo do arquivo apenas após a integral transferência dos dados).

Em razão da especificidade técnica do tema, traz-se ilustração como complemento à conceituação do funcionamento *streaming*:

Figura 1 – Funcionamento do streaming



Fonte: HowStuffWorks (2017)

Nesse diapasão, o *streaming* se difere do *download* em razão de proporcionar um fluxo contínuo de transmissão de dados, que não se armazena com o receptor do sinal e pode ser consumida no mesmo momento da solicitação de transferência, sendo o conteúdo transferido apenas remontado, convertido em som ou imagem, e consumido imediatamente pelo usuário, sem a necessidade de ficar salvo no computador ou celular para visualização de mídia.

Com a popularização da ferramenta de *streaming*, começaram a surgir uma diversidade de empresas buscando a exploração deste novo nicho econômico, que, no Brasil, são empresas conhecidas como “plataforma de fornecimento de serviços por *streaming*”.

Tendo em vista o sucesso econômico dessas atividades, o Congresso Nacional promulgou a Lei Complementar nº 157/2016, que modifica a Lei Complementar nº 116/2003 (Lei Complementar do ISS). Dentre as alterações, houve o acréscimo de um tipo específico de “serviço” na lista taxativa de serviços que podem ser tributados pelos Municípios:

[...] 1 – Serviços de informática e congêneres. [...] 1.09 – Disponibilização, sem cessão definitiva, de conteúdos de áudio, vídeo, imagem e texto por meio da internet, respeitada a imunidade de livros, jornais e periódicos (exceto a distribuição de conteúdos pelas prestadoras de Serviço de Acesso Condicionado, de que trata a Lei no 12.485, de 12 de setembro de 2011, sujeita ao ICMS)

Dessa forma, a inclusão deste item autoriza os Municípios a tributarem esse tipo de “serviço”, fornecidos predominantemente pelas empresas Netflix, Youtube, Spotify, HBOGo, GloboPlay, AmazonPrime, Deezer, entre outros, aplicando alíquota de 2% a 5% sobre o valor das assinaturas.

A INCONSTITUCIONALIDADE DA COBRANÇA

No julgamento da ADI nº 1.945, em que se analisou a possibilidade de incidência do ICMS sobre a circulação de mercadoria virtual,

o Ministro Nelson Jobim ressaltou que a principal diferença entre a comercialização de um software, por intermédio de um suporte físico (sistema de disco rígido), e a sua aquisição via download, é a forma como ele será transferido, o que não desnatura sua essência mercantil.

Embora a discussão da ADI nº 1.945 versasse sobre a aquisição de software, não sendo tema do nosso trabalho, esse entendimento pode perfeitamente ser estendido ao nosso caso, à mídia consumida via *streaming*, reforçando a noção de que a forma como ela é disponibilizada, sendo digital ou não, não afasta a sua essência.

Desta forma, tendo em vista a semelhança com as videolocadoras, em um primeiro momento já seria possível qualificar a disponibilização onerosa de mídia online via *streaming* como uma espécie de locação de coisas móveis.

Contudo, para fins de melhor entendimento, faz-se necessário analisar, também, se nessa operação estão presentes todos os requisitos exigidos pelo art. 565 do CC:

Art. 565. Na locação de coisas, uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição.

Note-se que, para que determinada atividade se caracterize como locação, é necessário haver a cessão de uso e gozo de coisa não fungível, por tempo determinado ou não, mediante retribuição pela cessão, ou seja, de forma onerosa.

Dessa forma, ao confrontar essa definição com a atividade de *streaming*, objeto desse trabalho, vamos utilizar a plataforma Netflix como exemplo de análise. Primeiramente, verificamos que a cessão por tempo determinado fica evidente nessa atividade, haja vista que sua essência consiste em conceder, durante o período da assinatura, um login e senha que permite o acesso do usuário às mídias disponibilizadas no servidor da empresa, mediante uma contraprestação financeira.

Observe que o fato da operação *streaming* resultar no armazenamento da mídia acessada no dispositivo receptor, sem a realização de download, denota que o manuseio desse arquivo pelo usuário ocorre apenas de maneira temporária, enquanto está ocorrendo sua reprodução.

Ressalte-se que o fornecimento de login e senha para acesso às mídias digitais condicionado ao pagamento de uma mensalidade, sem a qual o assinante não conseguirá consumir o conteúdo disponibilizado pela plataforma, conforme se depreende dos Termos de Uso da Netflix:

Para utilizar o serviço Netflix, você precisa ter acesso à internet e um aparelho compatível com a Netflix, bem como fornecer uma forma de pagamento atual, válida e aceita, que poderá ser atualizada ocasionalmente (“Forma de Pagamento”). [...] Se o pagamento não for bem-sucedido, seja por motivo de expiração, fundos insuficientes ou outro, e você não alterar sua Forma de pagamento nem cancelar sua conta, poderemos suspender seu acesso ao serviço até obtermos uma forma de pagamento válida (NETFLIX, 2017)

Em segundo momento, já em relação à exigência de que o bem objeto da locação caracterize-se pela sua “não fungibilidade”, ou seja, não podendo ser substituído por outro da mesma espécie, qualidade e quantidade faz-se mister uma analogia ao serviço de locação de mídia física.

Isso porque, assim como ocorre com o objeto de disponibilização nas locadoras físicas, que também possui a característica de poder ser replicado, o que se loca nesses casos é a mídia, bem incorpóreo, e não a unidade física que serve como meio para que a mídia chegue até o seu consumidor. Não só isso. As próprias locadoras físicas disponibilizam, normalmente, mais de um exemplar de um mesmo filme a fim de alugar para diversos clientes, o que não descaracteriza sua fungibilidade, na medida em que essa atividade permanece sendo considerada uma locação.

Nesse diapasão, é possível concluir que as mídias disponibilizadas para uso temporário pelas plataformas de *streaming*, em especial a Netflix, exemplo de *streaming* deste trabalho, assumem a mesma natureza jurídica dos filmes anteriormente disponibilizados pelas locadoras físicas e, por conseguinte, podem ser considerados bens infungíveis, na medida em que o seu conteúdo (independente da forma como é transportado ao destinatário, se em DVD’s físicos ou mídias digitais) é único e não pode ser substituído por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade.

Ademais, ainda que os bens disponibilizados via *streaming* fossem considerados fungíveis, como defendem alguns autores, o fato é que a “infungibilidade” pode vir a ser convencionalizada pelas partes, o que torna viável a caracterização da atividade como locação. Conforme leciona Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 279):

A fungibilidade é o resultado da comparação entre duas coisas, que se consideram equivalentes. Os bens fungíveis são substituíveis porque são idênticos, econômica, social e juridicamente. A característica advém pois, da natureza das coisas. Todavia, pode resultar também da vontade das partes. A moeda é um bem fungível. Determinada moeda, porém, pode tornar-se infungível, para um colecionador. Um boi é infungível e, se emprestado a um vizinho para serviços de lavoura, deve ser devolvido. Se, porém, foi destinado ao corte, poderá ser substituído por outro. Uma cesta de frutas e uma garrafa de vinho nobre são bens fungíveis, não podendo ser substituídos por outros da mesma espécie, configurando-se, na hipótese, o comodato as pompam vel ostentationem, segundo a linguagem dos romanos.

A título de exemplo, ao limitar a forma como o assinante pode usufruir das mídias por ela compartilhadas, a Netflix já estaria convencionalizando a infungibilidade do material, uma vez em que veda expressamente o arquivamento, a reprodução, modificação dos conteúdos e informações contidas ou obtidas por intermédio da sua plataforma.

Dessa forma, considerar que a disponibilização de mídia online via *streaming* caracteriza a locação de bem móvel, segundo o conceito de serviço extraído do Direito Civil, nos leva à conclusão de que a incidência do Imposto Sobre Serviços sobre tais operações estaria incorrendo em inconstitucionalidade, em razão de tratar-se de uma obrigação de dar, o que, em conformidade com o disposto na Súmula Vinculante nº 31 do Supremo Tribunal Federal afasta a cobrança do referido imposto municipal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É evidente que o processo legislativo brasileiro não consegue acompanhar o rápido desenvolvimento tecnológico. A quinta geração/dimensão dos Direitos Fundamentais, que engloba a cibernética, o acesso à informação e a dignidade virtual, traz diversos desafios aos operadores do ramo jurídico. No âmbito do Direito Tributário, os avanços científico-tecnológicos vêm criando uma espécie de “zona de incertezas”, onde se destaca a insegurança acerca do que pode e o que não pode vir a ser objeto de tributação, conforme os ditames da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, o presente trabalho teve como finalidade fazer uma análise do tratamento tributário dispensado pela legislação brasileira às plataformas de *streaming*, em razão do rápido crescimento na utilização dessa forma de transmissão de mídias digitais e a vantagem econômica das empresas que exploram essa tecnologia.

Após a análise técnica da funcionalidade da Netflix, concluiu-se que a natureza jurídica da disponibilização de mídia online via *streaming* caracteriza uma “obrigação de dar”, uma vez que essa atividade se resume em fornecer ao seu usuário, mediante contraprestação pecuniária, uma chave de acesso virtual que permite o consumo das mídias disponibilizadas em sua plataforma.

Contribuindo para o mesmo entendimento, ainda sob essa acepção, com a possibilidade de qualificar a disponibilização de mídia online via *streaming* como locação, à semelhança do que ocorre com as videolocadoras físicas, sedimenta o entendimento de que referida incidência tributária é inconstitucional. Isso porque, as características das atividades realizadas pelas plataformas de *streaming* se compatibilizam com as razões que levaram o STF a editar a Súmula Vinculante nº 31, consagrando a inconstitucionalidade da incidência do ISS sobre a locação de bens móveis.

Desta forma, conclui-se que complexidade existente na tributação da tecnologia *streaming* decorre não tão somente da determinação da sua natureza jurídica, mas, sobretudo, das peculiaridades encontradas na doutrina e jurisprudência acerca do alcance do conceito de “serviço” utilizado pela Constituição na delimitação do campo de compe-

tência do ISS, uma vez que a adoção de um ou outro conceito leva a conclusões divergentes.

Consoante ao exposto, restou claro, pelos diversos argumentos abordados neste trabalho, que a tributação, por meio de ISS, sobre atividades de disponibilização de conteúdo online via *streaming* não observa os pressupostos constitucionais, uma vez que configuram uma obrigação de dar e não de fazer, o que torna, portanto, o item 1.09 da Lei 116/2003 inconstitucional.

REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. Hipóteses de Incidência Tributária. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARRETO, Aires F. ISS na Constituição e na Lei. São Paulo: Dialética, 2009.

CARRAZZA, Roque Antônio. Curso de Direito Constitucional Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011. COUTINHO, Mariana. Portal do site TechTudo. Saiba mais sobre streaming, a tecnologia que se popularizou na web 2.0. Disponível em: Acesso em 28 de abril de 2020

CLEMENTE, Ricardo Gomes. Uma Solução de Streaming de Vídeo para Celulares: Conceitos, Protocolos e Aplicativo. 2006. 57f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Engenharia Eletrônica) – Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: Acesso em: 28 de abril de 2020.

DIAS, José Carlos; SANTOS, Bernardo. A Incidência do ISS sobre a Locação de Bens Móveis: Repercussões Jurídicas da Decisão do Supremo Tribunal Federal em RE 116.121-3 sobre o licenciamento dos direitos da propriedade industrial e o franchising.

FABRETTI, Láudio Camargo. Código Tributário Nacional Comentado. São Paulo: Atlas, 2008. FOROUZAN, Behrouz A. Comunicação de dados e redes de computadores. São Paulo: McGraw-Hill, 2008. FORTES, Maurício Cezar Araújo. A Regra-matriz

de Incidência do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza. 2009. 219f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: Acesso em 24 de abril de 2020

FREIRE, Bianca Reis. Análise da Tributação do Streaming à Luz da Legislação Tributária Brasileira. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Lavras, Minas Gerais, 2018. Disponível em: < <http://repositorio.ufla.br/bitstream/1/31395/1/Bianca%20Reis%20Freire%20-%20TCC.pdf> >. Acesso em 28 de abril de 2020

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 3: parte geral. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LUNELLI, Reinaldo Luiz. A Tributação de Serviços pelo ISS. 2014. MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Tributário, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

PEREIRA, Edígio. Pesquisa Aponta o Aumento no Consumo de Streaming de Vídeo e Queda em TV por Assinatura. 2018.

Cosmonerd. Disponível em: . Acesso em 28 de abril de 2020 PISCITELLI, Tathiane; VASCONCELLOS, Roberto. Desafios da Tributação de Bens Digitais. 2017-c. JOTA. Disponível em: Acesso em: 28 de abril de 2020

PISCITELLI, Tathiane. Os desafios da Tributação do Comércio Eletrônico. Revista de Direito Tributário Contemporâneo. Ano 3, nº 1, 2017. Disponível em: . Acesso em: 28 de abril de 2020

PISCITELLI, Tathiane. Tributação do Streaming pelo ISS e o Potencial Conflito de Competência com o ICMS. 2017-a. Portal Valor Econômico. Disponível em: . Acesso em: 28 de abril de 2020 Portal Diário de Pernambuco. Câmara aprova cobrança de impostos sobre serviços como o Netflix. Disponível em: Acesso em 28 de abril de 2020

Portal Dicas Bamboobox. O que significa streaming. Disponível em: Acesso em 28 de abril de 2020.

A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE E A METAMORFOSE DOS SISTEMAS JURÍDICOS

Ricardo Patrick Alvarenga de Melo

Francesca Odetta Santos Ribeiro Cosenza

INTRODUÇÃO

Para adentrar no mérito da discussão, é necessário captarmos o entendimento de 2 (dois) assuntos, quais sejam: os modelos jurídicos supracitados (*Common Law e Civil Law*) e o que vem a ser o controle de constitucionalidade, suas espécies (difuso e concentrado) e em que consiste a abstrativização do controle difuso.

Torna-se necessária a avaliação do exposto pelo fato do método de precedentes se mostrar como uma solução para o problema que o Brasil vem enfrentando de superlotação de processos no Poder Judiciário. Dessa forma, acredita-se que tendo uma manifestação da Suprema Corte em determinado sentido, casos parecidos não precisariam ser ajuizados, uma vez que a última instância de julgamento seria exatamente a Corte que se manifestou em tal sentido.

De acordo com o CNJ, no ano de 2017, estavam em tramitação 80 milhões de processos no Brasil. A despesa total do Poder Judiciário é de R\$ 90, 8 bilhões, registrando aumento de 4,4% em relação ao ano anterior. Todo esse gasto representa 1,4% do Produto Interno

Bruto. O desembolso geral com recursos humanos configura 90,5% do gasto total.

Vale ressaltar que este método implica consequências um pouco polêmicas no que concerne à segurança jurídica e à estabilidade das jurisprudências. A atividade legislativa não está vinculada por essas decisões, o que também se torna um problema tendo em vista a atmosfera política vivida no Brasil atualmente, onde não há um consenso ou equilíbrio entre os Poderes em função da ascensão social na esfera política.

1. SISTEMAS JURÍDICOS

1.1 Da Tradição Civil Law

A tradição jurídica de *Civil Law* que tem suas origens no período do Renascimento da Europa Continental, no século XII e XIII e tem a lei escrita como fonte imediata do direito. Neste momento da história européia, os centros comerciais incorporaram nova organização, onde se identificou a máxima de que “somente o direito pode assegurar a ordem e segurança necessárias ao progresso.” (DAVID, 2002, p. 39).

Tendo como base a convicção renascentista, as Universidades ganharam notoriedade no ensino do direito, a priori, na Universidade de Bolonha, situada na Itália, cuja influência chegou até o direito aplicado pelos tribunais europeus. Vale frisar que os direitos próprios de cada nação ficaram em segundo plano, tendo em vista a intervenção e o domínio da Igreja à época, deixando, portanto, o direito canônico formando a base de ensino, juntamente com o direito romano, o que veio a ser modificado pelas codificações nacionais posteriormente, no século XIX e XX. (DAVID, 2002, p. 43-44).

Os romano-germânicos foram os primeiros a sistematizar o direito, extraindo a regra jurídica dos casos concretos cotidianos, identificando sua classificação e, logo após, aplicando aos novos casos. No direito romano clássico a jurisprudência ocorre como fato meramente interpretativo e constitui atividade criadora, contudo, sempre em sentido derivado e nunca em sentido originário. A ordem legal se apresen-

ta como um limite externo do direito desenvolvido jurisprudencialmente. (BARREIRO; PARICIO, 2010, p. 40).

Contudo, os episódios ocorridos na França no século XIX, relacionados aos abusos excessivos de privilégios dos nobres, do clero e também dos magistrados (1º e 2º estados), acarretaram a Revolução Francesa, que foi o grande marco histórico responsável pela consolidação do novo modelo jurídico.

O pós-revolução restou quedar a monarquia absolutista e ascender a burguesia e o parlamentarismo. Tal acontecimento resultou no surgimento de um novo direito, alheio aos antigos dogmas da monarquia e que contrapunha os magistrados aliados ao antigo regime. Neste diapasão, surgiu a necessidade de controlar a atuação judicial, limitando o trabalho dos juízes apenas à aplicação literal do texto legal.

Percebe-se que a ruptura com o antigo regime e incorporação de um novo ideal para o direito é o coração deste novo modelo europeu, determinado a fazer a passagem de sua tradição corrompida para satisfazer as necessidades da sociedade na época.

1.2 Da Aplicação da Lei pelo Magistrado

Como a lei era o foco central do direito a ser aplicado, grandes modificações aconteceram no judiciário. Por conseguinte, após a Revolução, ganha forças a teoria de Montesquieu para evitar a concentração de poderes nas mãos de uma só pessoa, que foi fundida com os ideais de Rousseau, para afirmar que a lei escrita deveria ser a expressão da vontade da Nação francesa (WAMBIER, 2009, p. 55).

Deste modo, o *Civil Law* registra suas origens no direito romano, sendo posteriormente corroborado pela Revolução Francesa, procurou criar um novo modelo jurídico, negando as instituições que antes existiam, calcando-se rigorosamente na separação dos poderes e na vedação à interpretação da lei pelo magistrado, como combinação indispensável à concretização da liberdade, igualdade e segurança jurídica.

A igualdade no *Civil Law* foi diretamente correlacionada à estrita aplicação da lei, cuja origem foi um intenso processo de codificação

do direito, restringindo o papel do juiz, visando garantir a tão sonhada igualdade entre todos (igualdade formal).

1.3 O Fenômeno da Codificação das Leis na *Civil Law*

A codificação constitui a realização natural da concepção mantida e de toda obra empreendida por séculos nas universidades. Contudo, como todo acontecimento social, essa codificação trouxe profundas alterações no estudo do direito, apresentando consequências tanto positivas quanto negativas. O movimento de codificação embalou a expansão do direito romano-germânico na Europa e fora dela, contribuindo também para a unidade do sistema (DAVID, 2002, p. 65).

O direito demonstrou ser história viva, por isso, consiste em ato de pura presunção a ideia de aprisioná-lo em textos, ainda que bem escritos. Além do mais, Paolo Grossi esclarece que a codificação exerce função de controle e vinculação ao poder político, inclusive para o direito privado caracterizado pela liberdade das partes, pois traz de maneira declara a estabilidade do direito. Logo, o Estado firmou-se como único ente capaz de “transformar em jurídica uma norma estatal”, situando o direito unicamente como voz do Estado (GROSSI, 2006, p. 52).

1.4 O Sistema de *Civil Law* no Direito Brasileiro

O sistema adotado pelo Brasil prevê que a lei por si só já é suficiente e plenamente aplicável, limitando qualquer interpretação do juiz no seu processo de aplicação aos casos concretos. Este caráter “legicêntrico” foi positivado na organização jurídica pela Constituição Federal, artigo 5º, II, ao estabelecer que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei”. Conclui-se, portanto, que o modelo brasileiro inserido na tradição do *Civil Law*, tem seu direito vinculado à produção legislativa, mesmo tendo divergências com o positivismo jurídico proposto por Hans Kelsen, em sua Teoria Pura do Direito e tendo empatia com movimentos pós-positivistas que afirmam que o juiz pode sim ter como base convicções e crenças pessoais para julgar, desde que, respaldado em lei.

A singularidade do sistema brasileiro está no controle de constitucionalidade, que pode ser realizado por qualquer juiz ou tribunal e não somente por um tribunal constitucional. No Brasil é concedido ao magistrado, inclusive de primeiro grau, o poder de negar a aplicação de uma lei. Isto ocorre quando o juiz se depara com o caso concreto, no qual a lei está em desacordo com a Constituição Federal.

1.5 Da Tradição *Common Law*

Já o *Common Law* enriqueceu e se aperfeiçoou na Inglaterra e foi transpassada às colônias britânicas, mais especificamente aos Estados Unidos, que será o parâmetro de comparação deste trabalho. Este sistema tem como fonte direta do direito o costume e os precedentes, pois neste caso, diante do litígio de duas partes haveria a necessidade de um juiz determinar o costume aplicável ao caso, razão pela qual é fruto de uma grande evolução sem interrupções (WAMBIER, 2009, p, 54).

Desta forma, salienta-se a distinção entre os dois sistemas, haja vista que na Europa ocidental a segurança se deu através da lei, forma a restringir a atuação do juiz, o que aconteceu de forma diferente na Inglaterra. Sendo assim, torna-se compreensível que no sistema norte-americano o Poder Judiciário tenha destaque em relação aos demais, pelo fato da jurisdição ser poder e equiparar-se à legislação.

1.6 O Sistema de *Equity Law*

No decorrer do processo de consolidação dos preceitos do *Common Law*, vale ressaltar que houve outro tipo de jurisdição que concorria com os Tribunais Reais de Justiça. Devido ao excesso de formalismos adotados pelo sistema inglês, não era incomum deixar casos sem solução, o excesso de rigidez dificultava o acesso à justiça (RAMIRES, 2010, p. 61).

Desta maneira, o sistema de *Equity Law* desencadeou doutrinas equitativas em decisões jurídicas cada vez mais sistemáticas, fundadas na teoria da “equidade do caso particular”, que muito se aproxima da lógica do direito romano, que consistia em extrair a regra do caso concreto para aplicá-la aos casos análogos seguintes. Tal jurisdição tornou-

-se popular, chegando perto de ser o modelo jurídico oficial, ocupando o lugar da *Common Law*. Neste sentido está a lição do pesquisador René David:

O direito inglês, assim, no século XVI, quase reuniu-se à família dos direitos do continente europeu, pelo triunfo da jurisdição de equidade do Chanceler e pela decadência da *Common Law*. Existiu o risco de serem abandonados pelos pleiteantes os tribunais da *Common Law* e, conseqüentemente, caírem em desuso, como três séculos antes caíram as Hundred e as County Courts, quando os tribunais de Westminster, então com todo seu brilho, ofereciam aos seus pleiteantes uma justiça mais moderna, administrada segundo um processo superior aos processos tradicionais (DAVID, 2006. P. 373).

Contudo, a *equity* deixou seu legado no *Common Law*, atribuindo ao direito a forma de instrumentalização da justiça, baseado na igualdade e tratamento isonômico dos casos iguais (MANCUSO, 1999, p. 162).

1.7 *Stare Decisis* e a Vinculação de Precedentes

O termo *stare decisis* tem sua origem na expressão latina “*stare decisis et non quieta movere*”, ou seja, “mantenha aquilo que já foi decidido e não altere aquilo que já foi estabelecido” e é responsável pela definição de uma máxima de precedentes vinculantes. Neste sentido, as decisões dos tribunais em casos anteriores vinculavam a aplicação do direito lá constituído, a fim de manter a análise já realizada pelo Judiciário como precedente para futuras decisões (SABINO, 2010, p. 55).

Desarte, aplica-se o *stare decisis* a todos os casos em que houver identificação entre as demandas (vinculante e posterior), a partir da ideia de que causas iguais merecem soluções semelhantes. Portanto, havendo identidade entre as causas, haverá vinculação ao precedente, como forma de garantir isonomia jurisdicional.

Contudo, Marioni explica que não se deve confundir a doutrina de *stare decisis* com o próprio sistema de *common Law*, uma vez que o *common Law* fora formado pelos costumes gerais e existira por vários

séculos antes de surgirem os precedentes vinculantes. Logo, o *stare decisis* é apenas um elemento caracterizador do modelo jurídico de *Common Law*.

2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

2.1 Pirâmide de Kelsen

Para a total compreensão do tema, é necessário entender o que é a Pirâmide de Kelsen. Hans Kelsen foi um positivista alemão e acreditava que as normas inferiores encontram seu fundamento de validade nas imediatamente superiores. Almejando explicar esta teoria, usava uma pirâmide jurídica para explicar a hierarquia das normas, inserindo a Constituição no topo da pirâmide; As leis imediatamente abaixo, portanto, subordinadas à Constituição; Os decretos e os demais atos do poder executivo abaixo das leis, portanto, subordinados a elas.

Desta maneira, atos infralegais têm seu fundamento de validade nas leis e estas, por sua vez, têm seu fundamento de validade na Constituição. O que se pode observar é que esta pirâmide transmite a ideia de hierarquia das normas e, a partir desta premissa, faz total sentido falar em controle de constitucionalidade.

A constituição é a normal fundamental e suprema de um Estado. Todas as outras normas precisam ser compatíveis com a Constituição, sob pena de serem invalidadas. Essa estrutura foi adotada no Brasil e podemos confirmar isso a partir do princípio da Supremacia da Constituição.

2.2 Supremacia da Constituição

O princípio da Supremacia da Constituição traz a ideia de que todas as normas do ordenamento jurídico têm que ser verticalmente compatíveis com o texto constitucional. Este princípio se subdivide em supremacia material e supremacia formal da constituição.

Na supremacia material, trata-se do que está contido na constituição. O conteúdo da Constituição é mais importante do que o restante do ordenamento jurídico. Encontra-se na Constituição a organização do Estado, organização dos Poderes, direitos e garantias fundamen-

tais, limitações do próprio Estado para com o indivíduo (limitações ao poder de tributar) e outros. Logo, o conteúdo da constituição é axiologicamente mais importante do que o resto do ordenamento, pois tem uma carga valorativa maior. Todo o ordenamento jurídico deve ser interpretado conforme a constituição.

A supremacia formal, por sua vez, só existe em um sistema que adota a constituição rígida, como é o caso do Brasil. Esta característica faz a Constituição se mostrar um conjunto de normas difíceis de ser alterada, tendo em vista seu processo de alteração.

É importante ressaltar que a Supremacia da Constituição não põe a Constituição acima apenas das normas, mas também do Poder Público. Essa subordinação do poder público é, inclusive, o que legitima o termo “Estado Democrático de Direito”. A atmosfera cognitiva envolvida no presente princípio leva os cidadãos a, lendo a Constituição, interpretá-la não da mesma forma a se interpretar uma lei comum, mas de modo específico e singular para que sejam garantidos a todos, direitos fundamentais.

2.3 Constituições Rígidas e Escritas

Essas são duas características atribuídas à Constituição Brasileira. Ter uma Constituição rígida significa que o processo para a alteração desta é mais difícil do que o processo de elaboração das leis. Este processo está positivado no art. 60, §2º, da Constituição da República.

Nota-se que é um número elevado de parlamentares votando a favor da emenda, o que torna muito difícil sua aprovação.

O conceito de constituição escrita baseia-se no fato de haver um documento escrito e único representando a Constituição, como acontece no Brasil. Existem países (a Inglaterra, por exemplo) que os valores constitucionais não são extraídos de um único documento, mas sim de vários documentos importantes para a cultura e a história daquele país.

2.4 Separação de Poderes e Sistema de “Freios e Contrapesos”

O pensador francês *Charles-Louis de Secondat, Baron de La Brède et de Montesquieu*, em sua obra “O Espírito das leis”, inspirado pelas obras

de Aristóteles (Política) e John Locke (Segundo Tratado do Governo Civil), no cenário político à época de monarquias absolutistas, pensou na separação dos poderes com o objetivo de limitar a autoridade do soberano, ou seja, de modo que os poderes concentrados na mão de um governante não fossem absolutos e que não pudessem ser feitas normas tirânicas. O exercício desses poderes pela mesma pessoa acarretaria, eventualmente, em um mal-estar social visto que a prática dos atos políticos seria em interesse pessoal e não em interesse comum.

Dividindo os poderes em “legislativo”, “executivo” e “judiciário”, retira-se da mão de um indivíduo o controle total das forças públicas e traz maior organização federativa ao Estado. Entretanto, essa divisão por si só não impede o abuso de poder por qualquer uma das esferas e daí que surge o sistema de “checks and balances”, ou, sistema de freios e contrapesos.

Essa concepção surge da ideia do “poder controlando o próprio poder”, que consiste em fazer com que um poder do Estado controle o outro poder, de forma que no fim, eles se equilibrem, de tal sorte que o Poder Executivo pode vetar um projeto de lei do Poder Legislativo. O Poder Legislativo, deve fiscalizar o Poder Executivo, no que diz respeito a prestação de contas. O Poder Judiciário pode declarar leis e atos infralegais expedidos pelo Poder Executivo como inconstitucionais, invalidando-os.

Cabe ressaltar a existência de funções atípicas dos Poderes. O Poder Judiciário tem função jurisdicional típica, exercendo atipicamente função administrativa e legislativa, por exemplo, quando edita uma súmula vinculante. O Poder Legislativo tem função típica de legislar e atípica de administrar e julgar, por exemplo, quando julga um Presidente da República por incorrer em crime de responsabilidade. O Poder Executivo tem função típica de administrar, mas exerce função atípica legislativa quando edita uma Medida Provisória ou uma Lei Delegada e exerce função atípica jurisdicional quando usa o seu poder de veto legislativo.

2.5 Teoria da Nulidade VS Teoria da Anulabilidade

Essas duas teorias explicam os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de uma lei. A teoria da nulidade é adotada no Brasil por

influência do modelo norte-americano de controle de constitucionalidade. Quando o Supremo Tribunal Federal, por exemplo, declara a inconstitucionalidade de uma norma, isso significa que a norma é nula e, portanto, inválida desde a sua origem. Em outras palavras ela “nasceu morta”. Se ela é nula e incompatível com o ordenamento jurídico, ela jamais produziu algum efeito.

Para a teoria da nulidade, portanto, a declaração de inconstitucionalidade tem efeitos retroativos “EX TUNC”, ou seja, ela alcança o passado. A sentença que declara a inconstitucionalidade tem natureza declaratória e não constitutiva, visto que, reconhece algo pré-existente. Ela declara algo que já existia desde a origem, a nulidade da norma.

A teoria da anulabilidade, por sua vez, advém do modelo austríaco de controle de constitucionalidade. Para esta teoria, a declaração de inconstitucionalidade significa que a norma é anulável e que os efeitos desta declaração são “EX NUNC”. São efeitos prospectivos e começam a vigorar a partir da declaração de inconstitucionalidade, não afetando o passado como na outra teoria.

Portanto, para esta teoria a sentença que declara a inconstitucionalidade tem natureza constitutiva, pois constitui algo que não existia antes. Constitui uma situação jurídica que antes não existia, atingindo assim, o plano da eficácia e não o da validade, como a teoria anterior.

2.6 Definição de Controle de Constitucionalidade

Quando se fala em controle, pressupõe-se a existência de algo que vai ser controlado face a outra coisa, portanto, existe um objeto e um parâmetro. Logo quando se fala em controle de constitucionalidade existe uma norma objeto e uma norma parâmetro.

O controle de constitucionalidade significa, então, uma aferição de validade das normas tendo como parâmetro uma Constituição. *A priori*, esta definição revela o controle de constitucionalidade como uma forte característica do sistema de *Civil Law*, uma vez que usa uma lei escrita como fundamento ou razão da validade de outras normas (escritas ou não).

Existem alguns pressupostos para que seja realizado o controle de constitucionalidade, quais sejam a existência de uma constituição escrita e rígida e a existência de um mecanismo de fiscalização das leis.

No primeiro caso, sabendo-se que constituição rígida é aquela que para ser alterada exige um processo legislativo mais difícil do que o processo de elaboração das leis, não seria possível exercer esse controle se a constituição brasileira fosse flexível, uma vez que esta pode ser alterada pelo mesmo processo legislativo que uma lei, logo, qualquer lei promulgada poderia alterar o texto constitucional. Não há, em sistema de constituição flexível, o princípio da supremacia formal da constituição, não havendo, portanto, que se falar em controle de constitucionalidade.

A segunda condição explica que de nada adianta existir uma Constituição com supremacia formal se esta Constituição não for respeitada. Em outras palavras, as leis precisam ter alguém que as fiscalize, sob pena do legislador poder escrever o que quiser, característica presente em catástrofes contra a humanidade, como por exemplo, na Alemanha nazista. Normalmente, quem faz este controle das leis é o Poder Judiciário, podendo excepcionalmente acontecer em países de constituição flexível, exclusivamente no caso de algum vício formal na elaboração da norma, isto é, quando houver um desrespeito ao processo legislativo.

Não se confunde a definição de controle de constitucionalidade com a de controle de legalidade e a de controle de convencionalidade. A aferição de validade da lei perante a Constituição Federal torna a lei um ato normativo primário. Da mesma forma, a aferição de validade dos atos infralegais perante as leis os tornam atos normativos secundários.

Tomando o exposto acima como base, pode-se afirmar que não há inconstitucionalidade indireta no Brasil, em outras palavras, um decreto não é inconstitucional por ter violado a Constituição de 88, pois entre os dois existe as leis. Conclui-se que apenas os atos primários são inconstitucionais, e que a aferição de validade destes perante a Constituição é o controle de constitucionalidade.

Um decreto não pode ser inconstitucional, mas sim ilegal ou incompatível com a lei e indiretamente seria incompatível com a Constituição. Outrossim, a aferição de compatibilidade dos atos infralegais tendo com parâmetro as leis, chama-se controle de legalidade.

No que se refere ao controle de convencionalidade, a ideia trazida é a de convenções e tratados internacionais. O controle de convencionalidade é uma ideia trazida para o Brasil pela primeira vez pelo professor de direito internacional Valério Mazeioli. Este controle consiste na aferição das normas em face aos tratados internacionais de direitos humanos.

Os tratados internacionais de direitos humanos, no Brasil, têm nível constitucional (são equivalentes às emendas), quando são aprovados em dois turnos de cada casa do Congresso, por 3/5 dos membros em ambas. Ocorre que eles também podem ter status supralegal (acima das leis e abaixo da Constituição). Qualquer que seja a posição hierárquica dos tratados de direitos humanos, eles serão parâmetro para o controle de convencionalidade.

O que se pode entender nesta dinâmica é que hoje no Brasil, a validade de uma lei não se afere apenas tendo como parâmetro a Constituição da República, mas precisa passar por um duplo processo de compatibilização vertical. A lei precisa ser compatível com a Constituição e precisa também ser compatível com os tratados internacionais de direitos humanos, quer eles tenham sido aprovados na forma do art. 5º, §3º, da Constituição ou não.

2.7 Modelos de Controle

A partir deste ponto, compreende-se a diferença entre os modelos de controle de constitucionalidade existentes e qual (ou quais) são aplicados no ordenamento jurídico brasileiro. Existem três modelos de controle, quais sejam, o controle difuso, o controle concentrado e o controle misto.

No controle difuso de constitucionalidade tem suas origens no modelo americano. É adotado no Brasil e sua característica central consiste na possibilidade de ser feito por qualquer juiz ou tribunal do país. Todos os órgãos do Poder Judiciário podem fazer o controle difuso de constitucionalidade.

Normalmente o controle difuso é exercido quando há uma lide, ou seja, um caso concreto sendo discutido pelo Judiciário com direitos

subjetivos sendo analisados, o que o torna incidental, pois ocorre como um incidente no curso do processo.

Já no controle concentrado, há um único órgão ou alguns poucos órgãos que realizam o controle de constitucionalidade. O Brasil também aplica este modelo, tendo como os órgãos controladores o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais de Justiça dos Estados, cada qual na sua competência, de modo que o Supremo faz o controle de constitucionalidade tendo como parâmetro a Constituição Federal e os Tribunais de Justiça dos Estados fazem o controle de constitucionalidade tendo como parâmetro a Constituição Estadual.

Normalmente, neste modelo de controle não há um caso concreto com direitos subjetivos sendo discutidos, em outras palavras, não há lide. Nesta situação o que é discutido é a constitucionalidade de uma lei em tese. Olha-se apenas para a lei, isoladamente, porém, em comparação com a Constituição. Com esta definição, define-se que o controle concentrado é abstrato.

Há ainda o controle misto, que consiste na definição de locais que aplicam as duas modalidades anteriores, como é o caso do Brasil.

2.8 Efeitos das Decisões nos Dois Modelos de Controle

Existem dois efeitos da decisão no controle difuso. O primeiro deles é que a declaração não tem eficácia “*erga omnes*”, mas sim “*inter partis*”. Se aplica, portanto, essa decisão apenas entre as partes litigantes e, como consequência, esses efeitos não são vinculantes, de modo que não obriga a Administração Pública e nem os demais órgãos do Poder Judiciário.

O segundo efeito tem a ver com o aspecto temporal, onde a declaração de inconstitucionalidade gera efeitos retroativos “EX TUNC”. A norma é inválida desde a sua origem.

Há ainda a possibilidade de modulação dos efeitos. Embora o Brasil adote a teoria da nulidade, há algumas exceções por razão de segurança jurídica. Por exemplo, em virtude excepcional ao interesse social, admite-se a modulação dos efeitos temporais de uma decisão no controle difuso de constitucionalidade.

No controle concentrado de constitucionalidade, há quatro efeitos. O primeiro diz respeito ao aspecto temporal, onde a sentença que declara a inconstitucionalidade tem efeitos retroativos “EX TUNC”, tal qual no controle difuso, pela teoria da nulidade, invalidando a norma desde sua origem. Em função de problemas de segurança jurídica que isto poderia causar, admite-se a modulação dos efeitos, onde o Supremo poderá fixar um momento a partir do qual aquela declaração produzirá seus efeitos.

Essa modulação dos efeitos temporais depende do quórum de 2/3 dos membros do Supremo Tribunal Federal e poderá ser feita em virtude de segurança jurídica ou excepcional interesse social.

Um segundo efeito seria a eficácia *erga omnes* da decisão, que, curiosamente, também pode sofrer a modulação dos efeitos, onde o Supremo determinara a quem se aplicará ou quem ficará desonerado de vinculação. Neste caso, também é necessário o quórum de 2/3 dos ministros.

Em terceiro plano, os efeitos da decisão são vinculantes, isto é, todos os órgãos do Poder Judiciário e toda a Administração Pública em todos os níveis federativos estão vinculados aos termos da decisão. Apenas o STF e o Poder Legislativo não estão vinculados pelos efeitos vinculantes da decisão no controle concentrado. Vale frisar que se algum tribunal decidir de maneira diferente de uma decisão do STF em sede de controle concentrado, cabe reclamação constitucional ao Supremo.

Por fim, há o efeito repristinatório, que consiste em trazer de volta à vigência a legislação anterior àquela que foi impugnada e declarada inconstitucional no controle concentrado. Este efeito, em alguns casos, pode ser indesejado, então é possível que o Supremo afaste este efeito, desde que o autor tenha requerido isso expressamente na inicial.

2.9 A Atuação do Senado Federal nos Efeitos da Decisão em Controle Difuso

Sabe-se que a decisão em sede de controle difuso de constitucionalidade tem apenas efeitos *inter partis* e não vinculantes. Todavia, a atuação do Senado Federal permite ampliar os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal, quando em controle difuso. O Senado Fe-

deral vai atribuir à decisão definitiva do STF de efeitos *inter partis*, eficácia geral *erga omnes*.

Esta competência do Senado Federal encontra-se no artigo 52, X da Constituição Federal.

Nota-se que, quando o STF julga definitivamente, por exemplo, algum artigo de alguma lei inconstitucional no curso de um Recurso Extraordinário, os efeitos serão *inter partis*. No entanto, se o Senado suspende a execução deste artigo, o Senado está dando eficácia *erga omnes* à decisão do Supremo.

Este ato de suspensão da execução da lei tem natureza política e é um ato discricionário do Senado Federal, isto é, ele suspende se quiser, não estando obrigado a fazer isso. Neste ínterim, vale destacar que essa atuação não tem prazo para acontecer, podendo acontecer a qualquer tempo.

É irretratável esta manifestação do Senado e não pode ampliar ou restringir o que o STF disse. Se o Supremo declarou a inconstitucionalidade, por exemplo, do art. 4º e do art. 5º de alguma lei, o Senado não pode suspender apenas a execução do art. 4º, ele tem que seguir fielmente a decisão do STF.

Não se deve confundir a não divergência exposta acima com a expressão “no todo ou em parte” presente no artigo. Esta expressão refere-se a quando o Supremo declara a inconstitucionalidade de uma lei como um todo, onde o Senado poderá suspender a execução da lei toda e a quando o STF declara a inconstitucionalidade de apenas artigos (em parte), caso em que, o Senado suspenderá a execução apenas desses artigos.

Tal atuação tem efeitos “EX NUNC”, segundo a doutrina. Cabe destacar, entretanto, que existe um decreto na atmosfera federal da administração, onde essa resolução do Senado terá efeitos “EX TUNC”.

Por fim, vale destacar que esta resolução do Senado é passível de controle de constitucionalidade, uma vez que sua natureza também é de ato normativo primário, segundo o art. 59 da Constituição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Afinal, a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade e a sua admitida teoria da transcendência dos motivos determinantes descaracterizam o sistema de *Civil Law* no Brasil?

Considerando a decisão torna-se de observância obrigatória, devido à atribuição dos efeitos do controle concentrado; Considerando que há outros mecanismos de igual observância, como as Súmulas Vinculantes; Considerando que a produção legislativa incentiva o respeito aos precedentes, porém levando não deixando de analisar que a fonte primária e essencial do direito é a lei e não a vinculação de casos antecedentes e que não há apenas a aproximação do Civil Law com o Common Law, mas também o inverso, a conclusão que se chega é que o sistema não é descaracterizado pela objetivação.

O que ocorre é uma mera aproximação com o outro sistema, formando um sistema híbrido, mas que não perde sua essência, tanto como o outro não se descaracteriza por instrumentalizar princípios e instrumentos peculiares do sistema romano-germânico.

REFERÊNCIAS

ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil**: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. Tradução por Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro – São Paulo, Saraiva, 2016**.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Uma novidade: o Código de Processo Civil inglês. **Revista de Processo**: RePro, São Paulo, n. 99, v. 25, jul/set 2000. p. 74-84.

BARREIRO, A. Fernández; PARICIO, Javier. **Historia del derecho romano y su recepción europea**. Madrid: Marcial Pons, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabres Editor, 1993.

CRETELLA JUNIOR, José. **Direito Romano Moderno**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

CROCETTI, Priscila Soares; DRUMMOND, Paulo Henrique Dias. Formação Histórica, Aspectos do Desenvolvimento e Perspectivas de Convergência das Tradições de Common Law e de Civil Law. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **A Força dos Precedentes**: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. Salvador: Juspodium, 2010. p. 11-51.

DAVID, René. **O direito inglês**. Tradução por Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre o direito**. Tradução por Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GROSSI, Paolo. Globalização, Direito, Ciência Jurídica. Traduzido por Arno Dal Ri Júnior **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 10, n. 1, p. 153-176, jan./jun. 2009. Disponível em: <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/viewFile/442/191> Acesso em: 15 agosto 2011.

KELSEN, HANS. **Teoria Pura do Direito, 1934**.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARCATO, Antonio Carlos. **Algumas Considerações sobre a Crise da Justiça**. Disponível em: <http://www.marcatoadvogados.com.br/sdi/paginas/imagens/arquivo_66.pdf> Acesso em: 30 ago 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. A Transformação do Civil Law e a Oportunidade de um Sistema Precedentalista para o Brasil. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, ano 57, n. 380, p. 45-50, junho 2009.

- MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MARTINS DE ARAUJO, Luis Claudio. **A Jurisdição Constitucional no Sistema da Commonwealth: A Conformação de uma Nova Alternativa institucional à Supremacia Judicial**. RJLB – REVISTA JURÍDICA LUSO-BRASILEIRA, v. 4, p. 853-857, 2015.
- MENDES, GILMAR. **Estado de Direito e Jurisdição Constitucional, Saraiva, 2011**.
- MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Baron de La Brède et de. **O espírito das leis, 1748**.
- PORTO, Sérgio Gilberto. Sobre a Common Law, Civil Law e o Precedente Judicial. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de Direito Processual Civil** – homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SABINO, Marco Antonio da Costa. O Precedente Judicial Vinculante e sua Força no Brasil. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 85, p. 51-72, abril 2010.
- TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law. **Revista de Processo: RePro**, São Paulo, n. 110, v. 28, abr/jun 2003. p. 141-158.
- TARUFFO, Michele. Icebergs do common law e civil law?: macro-comparação e microcomparação processual e o problema da verificação da verdade. **Revista de Processo: RePro**, São Paulo, n. 181, v. 35, p. 167-172, março 2010.
- TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. **Revista de Processo: RePro**, São Paulo, n. 199, v. 36, p. 139-155, setembro 2011.

VIEIRA, Andréia Costa. **Civil Law e Common Law**: os dois grandes sistemas legais comparados. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito - Civil law e common law. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 57, n. 384, p. 53-62, out, 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da Lei e de Precedentes: civil law e common law. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 99, v. 893, p.33-45, março 2010.

POSSÍVEIS AVANÇOS E RETROCESSOS DA LEGALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Taynara Santos Barreto

1 INTRODUÇÃO

O artigo trata sobre a possível legalização do aborto, tão discutida no Brasil, cuja prática é considerada crime tipificado pelo Código Penal Brasileiro em seus artigos 124 a 127, sendo este último qualificador. Contudo, muitas mulheres abortam de forma clandestina, submetendo-se a procedimentos que resultam em sequelas ou até mesmo em morte, e em razão destas situações, há uma ampla discussão sobre a possibilidade de legalização do aborto em qualquer circunstância, e não apenas nas excludentes aceitas pela legislação (gravidez proveniente de estupro e quando há risco à vida da gestante) ou a excludente aceita pelo Supremo Tribunal Federal (feto anencefálico), com a finalidade de preservar a dignidade da pessoa humana da gestante.

Como não há ainda uma posição legislativa sobre a possibilidade de o aborto ser legalizado sob qualquer circunstância, mas há uma ampla discussão social em prol disto, a autora se propôs a pesquisar sobre os possíveis avanços e retrocessos jurídicos e sociais que legalização implicaria. As fontes utilizadas para a construção do trabalho serão

doutrinárias, sendo os autores escolhidos: Dr. José Afonso da Silva, Dr. Alexandre de Moraes, Dr. Guilherme Nucci, Dr. Rogério Greco, Dr. Fernando Capez, Prof. Damásio de Jesus e o ex-ministro do STF, Nélson Hungria, Dr^a Maria Helena Diniz, a Mestra Maria Berenice Dias, Dr^a. Flávia Piovesan e Dr. Barchifontaine

O artigo tem como objetivo geral analisar os avanços e retrocessos da possível legalização do aborto no Brasil, nos dias atuais, investigando assim uma questão que vem sendo amplamente discutida nas circunstâncias atuais e seus fundamentos contrários e favoráveis.

A abordagem será qualitativa, pois a conclusão se dará através de interpretação das teses e dados adquiridos com a pesquisa. Entretanto, a questão não poderá ser alcançada com dados estatísticos do Brasil, devido a sua complexidade, em razão da criminalização do aborto no Brasil e muitos dos casos não serem registrados.

O meio utilizado para realizar a pesquisa será bibliográfico, pois o estudo da questão será desenvolvido por material anteriormente publicado, como livros, artigos científicos e materiais que disponibilizados em bibliotecas e na internet.

Quanto ao fim, este será descritivo, pois é o meio utilizado para descrever fenômenos ou estabelecer relações entre variáveis, a partir de observações, registros, análise e interpretação dos fenômenos, buscando explicar a razão e o porquê das coisas.

A análise de dados será feita a partir da análise de dados de países estrangeiros que legalizaram o aborto em qualquer situação, conforme bibliografia do pesquisador Marlon Derosa.

A importância da pesquisa encontra-se na finalidade de ampliar os debates, que em sua maioria são realizados em redes sociais, em especial, por grupos que lutam em favor dos direitos das mulheres e que defendem o posicionamento de a mulher decidir sobre o seu próprio corpo, e trazê-los para a academia, sob um diferente ponto de vista e com discussão de dados atualizados.

O presente artigo está dividido da seguinte maneira: contextualização histórica, apresentação de posições doutrinárias de diferentes ramos do Direito, a interpretação da legislação vigente no país, a real situação dos países que legalizaram o aborto com base em pesquisas bibliográficas realizadas e, por fim, as considerações finais.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA LEGAL DO ABORTO

O ex-ministro e doutrinador Hungria (1979) traz grande parte da contextualização histórica utilizada na pesquisa em sua obra, muito embora não seja esta a única utilizada, como poderá ser observado.

Para os Assírios, a prática do aborto exigia uma punição severa, aplicando-se a pena de morte caso o aborto fosse praticado em mulher que ainda não tivesse filhos. Também puniam as mulheres submetiam-se às manobras abortivas, sem o consentimento de seus maridos, consistindo a referida punição na empalação, a qual resultava sempre em morte (Matielo, 1996).

Na Pérsia, o código de conduta da população encarava a questão do aborto do seguinte modo: se a jovem, por vergonha do mundo, destrói seu gérmen, pai e mãe são culpados. Ambos partilharam do delito e serão punidos com morte infamante (Matielo, 1996).

Na sociedade hebraica, o aborto não era penalizado, a exceção de violência exercida contra gestante, na qual ferimentos eram punidos com multa, porém a morte dela costumava ser punida com a própria vida de quem a tirou. Esta prática, inclusive, somente foi considerada ilícita muito após a lei mosaica. (Hungria, 1979).

Na Grécia, por sua vez, o aborto era uma prática comum, tendo como principais defensores Aristóteles e Platão, entretanto, sob a égide de certas condições. Segundo o primeiro, o aborto poderia ser praticado desde que o feto ainda não tivesse adquirido alma, com o objetivo de manter o equilíbrio entre a população e os meios de subsistência. Quanto ao segundo, ele declarava que o aborto poderia ser concedido quando a mulher concebesse com mais de quarenta anos. A partir daí, deu-se grande propagação do procedimento de aborto em diversas camadas sociais, inclusive, vale lembrar Aspásia, conselheira política, que indicou uma abundante lista para Aetius com substâncias abortivas e anticoncepcionais. (Hungria, 1979).

Em Roma, o produto da concepção era considerado parte do corpo da gestante, e não um ser autônomo, podendo ela dispor do próprio corpo. Desta forma, o aborto nesta sociedade foi uma prática permiti-

da, independentemente das classes sociais. Entretanto, posteriormente, o aborto foi considerado uma lesão ao direito do marido à prole, sendo punido com penas gravíssimas e, posteriormente, com o advento do cristianismo, repellido não apenas pela sociedade, mas também por alguns imperadores romanos que assimilaram o aborto criminoso ao crime de homicídio. (Hungria, 1979)

Na Idade Média, Santo Agostinho, baseando-se em Aristóteles, considerava que o aborto somente deveria ser tratado como crime quando o feto recebeu a alma, sendo quarenta dias após a concepção de homens, e oitenta dias após a concepção de mulheres. São Basílio, por outro lado, não julgava o aborto como correto, independentemente de distinção, de modo que o aborto provocado era sempre criminoso. (Hungria, 1979). No Brasil, o Código Criminal do Império de 1830 não previu o crime praticado pela gestante. Contudo, criminalizou a prática quando um terceiro a auxiliava com ou sem o seu consentimento. O Código Penal de 1890 passou a prever o auto aborto, e por fim, o Código Penal de 1940, o aborto provocado (Art.124, CP), o aborto sofrido (Art.125, CP), e o aborto consentido (Art. 126, CP). (Capez, 2012)

Segundo a elucidação de Maria Carneiro da Cunha, na obra de Barchifontaine (1999), sobre a legalização do aborto em países do Ocidente, “as leis mais liberais datam do final da década de 60 como a lei inglesa de 1967, e a década de 70, quando o aborto se tornou uma questão política, popularizando as opiniões, com partidos conservadores e democratas-cristãos se opondo nos parlamentos e partidos socialistas, social-democratas e comunistas, a favor”.

Para Barchifontaine, sobre a legalização do aborto na Itália, as manifestações por parte da sociedade influenciaram “ao ponto de conseguirem mudar a legislação da Itália sobre o aborto, lugar onde a Igreja Católica tem sua sede e seu representante máximo.” Segundo o autor, “essa luta política é consequência da evolução dos costumes sexuais e do novo papel que as mulheres vieram adquirindo a partir dos anos 60 na sociedade, na qual passaram a ter uma participação mais ampla e a brigar por seus direitos, dentre eles o de controle sobre seu próprio corpo”. (Barchifontaine, 1999).

3 POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS SOBRE ABORTO E INTERPRETAÇÃO DA LEGISLAÇÃO VIGENTE NO PAÍS.

O presente capítulo estará dividido em dois pontos, de modo que o primeiro, trata da posição dos doutrinadores citados na introdução do artigo e o segundo sobre a legislação vigente no país.

3.1 POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS SOBRE ABORTO

Para Rogério Greco (2009), o aborto econômico, que é aquele no qual a gestante interrompe a gravidez por não ter condição financeira, apesar de ter certo apelo de determinados movimentos sociais para que a culpa da gestante seja excluída, é crime e não há justificativa para o ato. Entretanto, é importante esclarecer que ele considera que a conduta abortiva somente poderá ser tipificada, após a nidação³, não sendo cabível, portanto, o entendimento de que a utilização de dispositivos ou substâncias consideradas “abortivas” merece ser punida, pois não haveria a implantação do óvulo fecundado no útero.

Consoante a doutrina de Damásio de Jesus (2015), “não importa o momento da provocação durante a evolução fetal. A proteção penal ocorre desde a fase em que as células germinais se fundem, com a resultante constituição do ovo, até aquela em que se inicia o processo de parto.”

Sobre o aborto econômico, Néelson Hungria (1979) defende que “O recurso contra esse mal não é o preconício do aborto, senão uma eficiente proteção do Estado às famílias numerosas sem recursos suficientes”. E acrescenta “aborto traz um sério dano às funções próprias da mulher, refletindo-se sobre o seu psiquismo, sobre a sua faculdade procriadora, sobre a sua capacidade de rendimento social, e propicia aparecimento de enfermidades que diminuem sua expectativa de vida.”

Na visão de José Afonso da Silva (2016) o direito à existência “é o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável”.

3 Nidação – momento em que o óvulo é fecundado.

Para Alexandre de Moraes (2005), o aborto poderá ser penalizado quando estiver tutelando o direito à vida. Entretanto, em virtude da relatividade dos direitos fundamentais, deverá ser despenalizado quando houver grave risco para a vida da gestante ou quando atentar contra a liberdade sexual da mulher, situações estas que inclusive constam como excludente de ilicitude no próprio Código Penal Brasileiro.

E continua:

A Constituição Federal garante que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos. A Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência. (Moraes, 2005, p.)

Consoante Maria Helena Diniz (2002), não há consenso em se afastar a punição do aborto, pois se a vida humana é um bem indisponível, e se dela não pode dispor livremente nem mesmo o seu titular para consentir que outrem o mate, não há conformidade em se admitir o aborto, caso este em que a vítima não é capaz de defender-se ou clamar por seus direitos.

Além disso, a doutrinadora acrescenta que o verdadeiro conceito jurídico do aborto é o assassinato de um ser humano inocente e indefeso, e que sua legalização seria uma incoerência do sistema jurídico, pois toda vida humana goza da mesma inviolabilidade constitucional, não podendo ser admissível a edição de uma lei contra ela. Ilógico seria ainda, continua, se falar em direitos humanos, quando há um impedimento no direito de nascer.

Para Maria Berenice Dias (2010), entretanto, “hoje, não é mais crime abortar, criminoso é ignorar o aborto como fato social existente, clamando por regramento jurídico atual e adequado”. Em sua opinião,

a sociedade atual já não enxerga o aborto como um crime, exceto por algumas minorias religiosas radicais.

Já para Luiz Rodrigues Wambier (2010), jurista processual civil “o nascituro tem direitos hereditários. Vale dizer, se uma pessoa de quem ele seria herdeiro vier a falecer antes do nascimento do nascituro, ele fará jus à sua parte da herança como faria se já houvesse nascido”.

Barchifontaine (2010) traz alguns entendimentos acerca do início da vida humana. Entre eles, a visão genética, que dispõe o seguinte:

Visão genética: a vida humana começa na fertilização, quando espermatozoide e óvulo se encontram e combinam seus genes para formar um indivíduo com um conjunto genético único. Assim é criado um novo indivíduo, um ser humano com direitos iguais aos de qualquer outro. (De Barchifontaine, 2010)

3.2 INTERPRETAÇÃO DA LEGISLAÇÃO VIGENTE

O Código Civil de 2002, em seu art. 2º dispõe que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”, assegurando assim, direitos ao nascituro, que se findam apenas com a morte natural, pois embora não tenha ainda todos os requisitos da personalidade, o nascituro poderá ser sujeito de direito, a depender somente do seu nascimento com vida.

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, dispõe em seu art. 5º, que vale a ressalva, é cláusula pétrea e, portanto, não pode ser alterado, salvo pelo poder constituinte originário, sobre o direito à vida, além de acrescentar em seu inciso II que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Assim, no que se refere à questão do aborto, além de ser considerado crime segundo o Código Penal, a conduta típica em questão tem apoio jurídico da Constituição Federal, norma suprema e vigente no país. Vejamos referido artigo, no verbo:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros resi-

dentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

A Convenção Americana de Direitos Humanos – também conhecida como Pacto San José Da Costa Rica – de 1969, instrumento de maior importância no sistema interamericano, conforme leciona a Flávia Piovesan e do qual o Brasil passou a fazer parte desde 1992, dispõe em seu art. 4º sobre o direito à vida, no sentido de que toda pessoa tem direito de que sua vida seja respeitada, e que esse direito deve ser protegido por lei desde o momento de sua concepção, não podendo assim, nenhum ser humano ser privado da vida de modo arbitrário.

Acerca da Convenção Americana de Direitos Humanos, Thomas Buergenthal atenta, em sua obra intitulada *The-inter-american system for the protection of human rights* que “Os Estados-partes na Convenção Americana têm a obrigação não apenas de ‘respeitar’ esses direitos garantidos na Convenção, mas também de assegurar o seu livre e pleno exercício”.

Da mesma forma, enfatiza o referido autor em seu livro intitulado *Internacional Human Rights*:

Os Estados têm, conseqüentemente, deveres positivos e negativos, ou seja, eles têm obrigação de não violar os direitos garantidos pela Convenção e têm o dever de adotar as medidas necessárias e razoáveis para assegurar o pleno exercício destes direitos. (BUERGENTHAL, 1988)

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, discorre em seu art. 7º que o Estado deve prover, mediante a efetivação de políticas sociais públicas, a proteção do direito à vida e a saúde, de modo a permitir o nascimento e o desenvolvimento sadio da criança, além de assegurar em seu art. 8º garantias no atendimento à gestante. No verbo:

Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmônico, em condições dignas de existência.

Art. 8º É assegurado a todas as mulheres o acesso aos programas e às políticas de saúde da mulher e de planejamento reprodutivo e, às gestantes, nutrição adequada, atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério e atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal integral no âmbito do Sistema Único de Saúde.

Não obstante, no mesmo sentido, dispõe a Declaração Universal de Direitos Humanos em seu artigo 3º que “Todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”. Assim, se todo indivíduo possui o direito à vida, sem distinção de fase de desenvolvimento, pode-se compreender a partir disto que a vida intrauterina também tem o seu direito à vida assegurado.

4 DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (DA MULHER)

Um dos maiores argumentos utilizados em prol da legalização do aborto é o de que mulheres pobres realizam procedimentos abortivos em clínicas clandestinas, muitas vezes sem estrutura material, profissional e física adequadas, submetendo-se a procedimentos desumanos e que, por vezes, levam a morte, pois não têm condições financeiras para pagar o procedimento abortivo seguro, em clínicas particulares, como fazem pessoas de alto poder aquisitivo, na prática, em nossa sociedade, de modo que tal situação fere a dignidade da pessoa humana, assegurada por nossa Carta Magna.

Deste argumento, não há o que se discordar, visto que se trata de fato público e conhecido. Entretanto, a legalização do aborto em nada diminuiria o impacto causado da afronta a este princípio. As gestantes que não possuem finanças suficientes para realizar o procedimento abortivo em clínicas particulares continuariam sem condições de arcar com as custas do procedimento, e o Sistema Único de Saúde (SUS) não

poderia fazê-lo em seu lugar, visto que os procedimentos mais simples deixam de ser realizados por falta de materiais, profissionais e até mesmo por falta de estrutura física, quiçá, um procedimento abortivo.

Para se ter uma mera ideia da problemática que o SUS tem enfrentado, nem mesmo o valor que o Ministério da Saúde reserva para ele vem sendo totalmente aplicado. A dívida atual, em verdade, se encontra em R\$20,9 bilhões.⁴

Ademais, é preciso lembrar da Emenda Constitucional 95/2016, que estabelece o congelamento de gastos públicos até o ano de 2036. Desta forma, investir em mais uma política pública, sem manter as que existem atualmente, além do abalo econômico que será sentido pelo país, visto que a atual conjuntura não terá como sustentar, seria criar outra política ineficaz e que em nada garantirá a dignidade da pessoa humana para a gestante.

5 REAL SITUAÇÃO DOS PAÍSES QUE LEGALIZARAM O ABORTO

No Brasil, determinados grupos sociais demonstram cada vez mais interesse na legalização do aborto, sob qualquer circunstância, e não apenas nos casos de anencefalia, gravidez proveniente de estupro ou quando há risco à saúde da gestante, apesar das posições anteriormente apresentadas. Entretanto, os argumentos utilizados para que haja a descriminalização do aborto se mostram equívocos.

Entre as alegações utilizadas a favor da legalização do aborto, estão as de que a legalização do aborto faz com que o número de ocorrências diminua e que os países nos quais o aborto é legalizado possuem menor número de casos que o Brasil, onde é ilegal. Contudo, não é o que fica evidente quando se analisa as estatísticas destes países. (Derosa, 2018).

Segundo Marlon Derosa, em seu livro intitulado “Precisamos falar sobre aborto: mitos e verdades”, que contém um levantamento das estatísticas oficiais de (19) dezenove países que legalizaram o aborto, o número de abortos nesses países **umentou** consideravelmente.

4 Disponível em: <https://www.uol/noticias/especiais/divida-do-governo-federal-com-o-sus-dispara-e-bate-r-209-bilhoes.htm#governo-deve-r-21-bi-ao-sus>. Acessado em 28 de junho de 2020.

Observe:

Região / País		Número de abortos		
País	População do país (em milhões)	Número de abortos no 1 ano de aborto legal	Último valor disponível	Percentual de aumento desde a legalização
África do Sul	55,9	1.600	89.126	5.470%
Alemanha	82,67	17.800	99.237	457%
Austrália	21,6	1.140	84.500	7.312%
Canadá	36,3	11.000	100.000	809%
China	1370	3.910.110	6.690.027	71%
Escócia	5,9	1.544	12.063	681%
Espanha	46,15	17.766	108.690	512%
EUA	323	170.000	926.200	445%
França	66,9	33.454	203.463	508%
Grécia	10,75	7.184	17.632	145%
Índia	1300	380.000	701.415	85%
México (DF)	8,85	10.134	132.609	1.209%
Nepal	26,4	10.561	323.000	2.958%
Nova Zelândia	5	2.700	13.155	387%
Paquistão	210	890.000	2.250.000	152%
Portugal	10,32	6.107	16.454	169%
Reino Unido	65,5	27.200	190.000	599%
Suécia	9,9	500	38.071	7.514%
Uruguai	3,4	7.171	9.719	36%
População total	3.658,54			

Fonte: DEROSA, Marlon. **Precisamos falar sobre aborto: mitos e verdades**. Ed. Estudos Nacionais, 2018. ⁵

Desta forma, tendo em vista a análise realizada em outros 19 países, conclui-se que a legalização do aborto aumentaria o número de casos no Brasil. Todavia, o Sistema Único de Saúde (SUS) não possui condições de garantir a saúde **efetiva** ou de assegurar a dignidade da pessoa hu-

⁵ O percentual de aumento sofreu alterações pela autora do artigo, visto que o original possui possíveis erros de digitação.

mana na realização de tais procedimentos nas circunstâncias atuais, de modo que legalizar o aborto, visando resguardar a dignidade da pessoa humana, é, na verdade, antes disso, uma ofensa ao próprio princípio.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Tendo em vista as posições de variados doutrinadores de áreas distintas do direito e também da área médica, os dados coletados em bibliografia atualizada e as análises efetuadas, pode-se concluir que a legalização do aborto seria um retrocesso, visto que não diminuiria o número de ocorrências e tampouco diminuiria o número de mortes pela prática, pois sendo legalizada, os procedimentos seriam realizados pelo Sistema Único de Saúde (SUS), e é de conhecimento público que os procedimentos mais simples não são efetuados, seja em razão da falta de material, de profissionais ou até de estrutura, quiçá um procedimento abortivo, de modo que a dignidade humana da gestante também não estaria efetivamente tutelada.

REFERÊNCIAS:

- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. V.2 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRASIL. Lei 10. 406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acessado em 28 de junho de 2020.
- BRASIL. Lei 8.069 de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acessado em 28 de junho de 2020.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em 28 de junho de 2020.
- BUERGENTHAL, Thomas. **International Human Rights**. Minnesota: West Publishing, 1988.

- BUERGENTHAL, Thomas. NORRIS, Robert. **Human Rights: the inter-american system**. New York: Oceana Publications, 1982.
- COSTA RICA, **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acessado em 28 de junho de 2020.
- DE BARCHIFONTAINE. Christian de Paul. **Em defesa da vida humana**. Ed. Loyola. ed. 15^a. 1999.
- DE BARCHIFONTAINE. Christian de Paul. **Bioética no início da vida**. In: Periódicos Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/pistispraxis/article/viewFile/13499/12917>. Acessado em 28 de junho de 2020.
- DEROSA, Marlon. **Precisamos falar sobre aborto: mitos e verdades**. Ed. Estudos Nacionais, 2018.
- DIAS, Maria Berenice. **O aborto como direito humano**. In: Maria Berenice Dias. Artigos sobre aborto, nº 1, julho de 2010. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_483\)11_o_aborto_como_direito_humano.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_483)11_o_aborto_como_direito_humano.pdf). Acessado em 28 de junho de 2020.
- DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2. ed. aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-01-2002) São Paulo: Saraiva, 2002.
- FRANCE. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acessado em 14 de maio de 2018.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa**. 9. ed. Niterói: Impetus, 2012.

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal**, 5.ed., v. 5, Rio de Janeiro: Forense, 1979.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal Vol. 2 - Parte Especial**. 35ª Ed. São Paulo:Saraiva, 2015.

MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Aborto e o Direito Penal**. 3ª edição. Porto Alegre: Sagra-DC Luzzatto editores. 1996.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada**. São Paulo: Atlas, 2005.

PIOVESAN. Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 3ª Ed. - São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 40. Ed., ver, e atual. / até a Emenda Constitucional n. 55, de 15.12.2016 – São Paulo: Malheiros, 2017.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil, volume 3: processo cautelar e procedimentos especiais** / Luiz Rodrigues Wambier, Eduardo Talamini. 10ª ed. - rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.175.

O PROCESSO DE REEDUCAÇÃO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO SISTEMA PRISIONAL ASSOCIAÇÃO DE PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA AOS CONDENADOS – APC SEGUNDO A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Elcinei Alves Pereira

INTRODUÇÃO

O presente trabalho, sob a forma de pesquisa explicativa, baseada em análise documental e bibliográfica, trata da Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC, apresentada como novo modelo penitenciário, explorando aspectos do comportamento de um indivíduo recolhido ao cárcere, em que se lhe possibilita uma política de reeducação com tratamento mais humanizador no sistema prisional. Pretende-se, por meio da pesquisa, demonstrar como esse sistema tem influenciado positivamente o processo de reinserção do indivíduo na sociedade.

Sempre que refletimos sobre o sistema prisional, é certo que nossos pensamentos se voltam para o ato do crime, vindo-nos lembranças de um ser humano cruel e sem amor, sem escrúpulo nenhum, perigoso, que deve ser encarcerado, punido, castigado e, muitas vezes, pensamos que este deve receber um castigo com o rigor de nossa própria ira.

Esta visão imediatista, a qual a sociedade tem em relação ao sistema prisional, que a cada dia ganha espaço nas mídias, retira a possibilidade que a população teria de conhecer o ser trancafiado atrás das grades. Remete-nos ao pensamento de que destes não são capazes, sequer, de viver o sonho de se tornar alguém reinserido para o meio social. A situação dos recolhidos ao cárcere dentro desse novo modelo de sistema penitenciário – APAC – será objeto desta pesquisa.

Consoantemente, o trabalho terá como objetivos, descrever os procedimentos das práticas de reeducação no sistema prisional APAC de São João del Rei, através da análise de dados qualitativa sobre os métodos de reeducação adotados pela instituição, como forma de ressocialização, discutir a influência das práticas humanizadoras, respeitando a dignidade da pessoa humana no sistema APAC nos resultados do comportamento do reeducando no convívio social.

Da ótica da concepção do princípio da dignidade da pessoa humana, a reeducação é vista como troca de experiências e vivências, as quais se agregam ao desenvolvimento do reeducando. Nessa abordagem, em forma de análise documental, demonstraremos que a ressocialização do reeducando, para ser eficaz, necessita de um processo ativo, progressivo e humanizador, devendo, ainda, proporcionar-lhe uma reeducação de qualidade, admitindo um significado de cooperação.

O entendimento de uma recuperação em âmbito penitenciário comum merece deferência, visto que a sociedade evolui a cada dia, e a compreensão de nossos educadores tende a acompanhar a evolução. Contudo, considera-se que ainda existem comportamentos errôneos em relação ao atual sistema carcerário brasileiro, no que se relaciona ao reeducando, motivo pelo qual a discussão empreendida neste texto se justifica.

1. JUSTIFICATIVA

O processo de reeducação com o indivíduo dentro do sistema prisional brasileiro tem por intuito a correção para reintegrá-lo à sociedade. Analisaremos aspectos de precariedade do sistema, demonstrando o desrespeito do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como o surgimento em seu contexto histórico, como forma de ressocializa-

ção. O sistema prisional surgiu desde os primórdios da Idade Média. Objetivava-se, na época, punir os monges e os clérigos, que não cumpriam com as funções que exerciam; quando eles faltavam com suas atividades, eram punidos com a prisão.

Entendia-se, naquele tempo, que o monge ou clérigo indisciplinado deveria ser recolhido em sua prisão, para que ali pudesse dedicar-se aos estudos espirituais como forma de chegar ao arrependimento e se aproximar mais de Deus. Com o passar dos anos, o cárcere foi estendido a diversas classes de pessoas, sendo o primeiro destinado à prisão de criminosos, construído pelos ingleses na cidade de Londres. Chamado de *House of Correction*, foi erigida no período de 1550 a 1552. Esse sistema de punição adotado expandiu-se no século XVIII.

Com o passar do tempo, o crescimento vertiginoso da população prisional e do déficit de vagas, a despeito dos esforços dos governos dos estados e da federação para a geração de novas celas, é por sua vez um elemento revelador de que a construção de novas unidades não pode mais ser o componente fundamental das políticas penitenciárias, senão que, apenas mais um componente, dentro de um mosaico bem mais amplo.

No sentido contrário, surge a Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC – um modelo experimental que pode solucionar os problemas atuais no cumprimento da pena do indivíduo. Passando do simples depósito de pessoas para uma reinserção dos indivíduos na sociedade alcançando resultados significativos.

O objetivo desse novo método era gerar humanização nas prisões, sem deixar de lado a pretensão punitiva da pena. Inaugurada Em 1972, na cidade de São José dos campos – SP. Liderada pelo advogado Mário Ottoboni, somado aos esforços de um grupo de cristãos, surgiu a primeira unidade prisional APAC. Ganhando personalidade jurídica em 1974, a APAC passou a atuar como órgão parceiro da Justiça na execução da pena. Constitui uma organização não governamental, sem fins lucrativos e seu estatuto-padrão é adotado em todas as unidades. Cada uma delas tem gestão própria e todas são filiadas à Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados, a FBAC. (p.49. A face humana da prisão).

Os resultados positivos do projeto da nova metodologia de sistema prisional deram ensejo a outras unidades e em 27 de junho de 2007 foi inaugurada uma nova unidade da APAC em São João Del-Rei, pelo fundador e atual presidente Antônio Carlos de Jesus Fuzatto. Entende-se que “[...] a educação é um dos principais diferenciais na APAC” (Andrade Ângelo Durval, 2016, p. 81).

É evidente que o zelo pelo correto cumprimento da pena não implica somente exigir o respeito à dignidade do condenado como pessoa humana, mas, acima de tudo, requer o empenho pelo trabalho de socialização, sem o qual haverá apenas a punição do infrator, de pouco significado para a sociedade e para o sentenciado. Não se legou ao Estado tão somente o direito de punir, mas, prioritariamente, o dever de recuperar o condenado, preparando-o convenientemente para voltar ao convívio social. (OTTOBONI, 2001, p. 47.)

Investir na reeducação do indivíduo com mais humanização durante o cumprimento de sua pena disponibiliza à sociedade condições favoráveis de desenvolvimento, gerando menor crescimento dos índices de violência, crescimento econômico com mais mão de obra especializada, contribuindo com a sociedade de forma geral.

2. ASPECTOS METODOLÓGICOS

Em se tratando dos aspectos metodológicos, este trabalho é classificado como uma pesquisa explicativa, já que se pretendeu levantar aspectos gerais sobre a APAC. Buscou-se discorrer a respeito da importância, bem como da relevância desse novo modelo de sistema penitenciário, no qual aplica-se um tratamento diferenciado do sistema prisional comum, demonstrando que a APAC é caracterizada também pela aplicação de uma disciplina rígida, porém, alicerçada no respeito, na ordem, no trabalho, na aplicação profissional, no estudo e no envolvimento da família do recuperando.

Quanto ao objeto, foi realizado uma pesquisa documental e também de cunho bibliográfico. Contamos com informações colhidas nos

sites das APACs e FBAC e tivemos, ainda, dados fornecidos pela secretária da unidade de São João del-Rei. Acesso a documentos, livros, revistas, dados em sites do CNJ bem como do TJMG. Informações sobre as quais acrescentamos observações e comentários de possíveis relações com as questões dessa pesquisa.

3. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Visto que a reeducação do indivíduo é um direito social, alicerçado também no princípio da dignidade da pessoa humana art. 1º inc. III, ao qual todos devem ter acesso, a mesma é assegurada pela Constituição Federal de 1988 e consagrado na legislação internacional. No Brasil, temos visto que muitas instituições penais demonstram que os serviços de reeducação dentro delas são inexistentes, insuficientes, não incentivando ou inviabilizando as pessoas recolhidas ao cárcere em processos de reeducação.

Há um nível baixo de escolarização das pessoas que entram no sistema carcerário, com poucas chances para o mercado de trabalho. Após o ingresso ao cárcere, o atrativo para esse mercado é reduzido a quase zero, devolvendo o indivíduo à sociedade sem muitas expectativas de nova vida, com possibilidade de retorno ao crime. Considerando essas dificuldades, surgiu um método experimental APAC, possibilitando o reingresso do indivíduo ao meio social. Esse novo método, configura o objeto do presente estudo.

Na esteira dos modelos prisionais alternativos, encontram-se as gestões compartilhadas dos presídios. Nesse sistema, mais do que o aspecto físico da prisão, o foco é a forma de execução da pena. Busca-se a humanização da pena e da prisão, com uma proposta de Justiça Restaurativa. Ou seja, o Estado deve proporcionar ao condenado durante o cumprimento da pena o que deixou de proporcionar ao cidadão na época oportuna. (p.47. A face humana da prisão).

O Estado não se atém apenas ao direito de punir, mas prioritariamente, ao dever de recuperar o indivíduo condenado, pre-

parando-o para reintegrá-lo ao convívio social. No Brasil, temos a Lei de Execução Penal – LEP. Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984. Esta lei vem regulamentando os deveres, direitos e disciplina do condenado.

Nesse sentido, temos inovação da LEP que se baseia na ideia de que “a execução da pena privativa de liberdade” tem por sua base os princípios da humanização, ou seja, qualquer modalidade de punição degradante, cruel, desnecessária, será considerada de natureza desumana, contrariando o princípio da legalidade.

A esse despeito, a LEP prevê assistência material, à saúde, jurídica, religiosa, social e educacional, que deve ser cumprida na íntegra, para reintegração e convivência na sociedade. Entretanto, essa lei não é cumprida integralmente.

3.1. SOBRE AS PRISÕES

As prisões são constituídas com base nos princípios legais, bem como funcionais. Ao indivíduo culpado de causar distúrbio à ordem social cabe-lhe a pena do cárcere, ou seja, deve ficar retido, cumprindo pena privativa de liberdade. No Pentateuco, em seu livro de Gênesis, encontramos menção às prisões. (A psicologia e o trabalho na APAC, 2019, p. 15).

A primeira ideia de prisão no pentateuco, se dá no livro de Gênesis, capítulos 39: 1-23; 40: 1-23, quando faz menção a história de José filho de Jacó, que foi vendido por seus irmãos. Tinha José, idade de 17 anos quando foi levado ao Egito e vendido a um homem chamado Potifar. Potifar era oficial do rei do Egito chamado de Faraó. José foi privado de sua liberdade, passou a viver em cárcere na condição de escravo do rei.

Nos primórdios do séc. XVII a.C., o faraó, para manter a custódia de seus cativos, mandava construir alojamentos para evitar a fuga dos escravos egípcios, que deveriam dedicar as construções de obras públicas. Apesar da clausura existir desde longínquos tempos, a detenção de liberdade ainda não era conhecida como sanção penal, era apenas um meio pelo qual se mantinha a custódia das pessoas.

A igreja católica tem um papel fundamental neste modelo de coima. Os religiosos da época que se furtavam em cumprir com suas obrigações religiosas, ou incorriam em erros, eram recolhidos em celas, sendo mantidos ali para meditar e arrepender-se de faltas cometidas pelos mesmos. (A psicologia e o trabalho na APAC, 2019, p. 15).

No decorrer da história das civilizações, foram desenvolvidas diferentes formas de realizar soluções de conflitos e, por conseguinte, a punição, saindo da esfera privada em que famílias inteiras combatiam, se enfraqueciam e, na maioria das vezes, se extinguíam. “Com o passar dos tempos, foi-se evoluindo para um sistema social de normas e condutas” (FOUCAULT, 1987, p. 172).

Na Idade Média, não muito diferente dos períodos anteriores, as penas tinham um caráter físico, quando a pessoa incorria em erro, o castigo aplicado na época era diretamente no corpo da pessoa condenada. Eram utilizadas técnicas planejadas para causar sofrimento no indivíduo que havia cometido o delito, além da punição de marcar o corpo, o suplício tinha um segundo objetivo, que era aterrorizar a população demonstrando poder e soberania.

Na Idade Moderna, a Europa, abalada por uma forte crise socioeconômica, teve sua parcela de contribuição para o fortalecimento da ideia de construção de instituições prisionais. Ali, eram recolhidas as pessoas consideradas vadias, os ladrões, entre outros pequenos delitos cometidos para sobrevivência da pessoa. Já no período absolutista, o rei era a religião, era o Estado a lei. A arbitrariedade e a tirania do soberano prevaleciam, tendo em seu favor leis imprecisas e lacunosas. Nesse período, o teatralismo, ostentação seguindo-se de um ritual de horror que deveriam perdurar na memória dos seus súditos na figura do martírio.

No Brasil, seguindo tendência histórica, surge a punição pelo Estado: a pena privativa de liberdade consistia em alojamento construído para escravos e ex-escravos, para encerrar inimigos de guerra, servindo de abrigo para pessoas com problemas mentais e asilo para menores. Somente em 1824, diante das ideias iluministas e o rumo tomado por outros países em relação à pena com cárcere privativa de liberdade, se fez necessária a implantação de um sistema prisional no Brasil.

A Constituição de 1824 estipulou que as prisões deveriam ser adaptadas ao trabalho e a separação de réus e, somente com a instituição do código penal de 1830, foi diferenciado e estabelecido para os sistemas de prisão simples, e prisão com trabalho em forma de pena. A partir do ano de 1834, as Províncias passaram a ter o direito de construir suas próprias casas de detenção ou correção.

3.2 - SOBRE REEDUCAÇÃO E HUMANIZAÇÃO NAS PRISÕES BRASILEIRAS

No ano 1824, com a instituição da primeira Carta Magna no Brasil, foram estipulados alguns direitos dos condenados. O documento já estabelecia abolição de penas cruéis, como tortura; previa segurança das casas de detenções, o local da prisão deveria ser arejado, limpo, havendo separação entre os condenados conforme a natureza dos seus crimes.

No entanto, o Código Penal de 1830 manteve as punições, como açoites, trabalho forçado, pena de morte para escravos, entre outras penas cruéis e degradantes. Desde essa época, até os dias atuais, não é difícil encontrar disparidades entre a prática e a previsão legal da Constituição Federal brasileira.

O cenário dessa realidade, mais de um século depois, pouco se altera. O Brasil tem inúmeras construções designadas ao cumprimento de pena privativa de liberdade, mas nem por isso as condições de sobrevivência dentro das atuais prisões brasileiras encontram-se distintas ou melhoradas. A Lei de Execução Penal – LEP, prevê, a despeito de assistência material, saúde, assistência jurídica, educacional, religiosa e social, embora a lei tenha previsão de forma explícita, não é cumprida integralmente.

Com o não cumprimento da promessa de reeducação para melhor ressocialização, o indivíduo continua carregando o estigma de “ex-presidiário”, retornando ao crime e contribuindo para que a violência transforme em um fenômeno de massa. Conforme Barros (2008, p. 4),

A máquina da tortura continua seu firme compasso, mas não mais atinge a objetividade da carne do corpo humano, mas de forma requintada atinge a alma, lá onde não deixa marcas

visíveis, lá onde opera uma mortificação, o massacre da subjetividade.

Vale ressaltar o descaso do Estado com o não cumprimento integral do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, art. 1º inciso III da CF/88, bem como da LEP: os encarcerados continuam sendo submetidos a castigos físicos, sem terem uma legitimidade institucional. Ademais, o não cumprimento da lei, em sua íntegra, ignorando os fatores de educação e de humanização, torna a reeducação do apenado precária, por conseguinte, veículo condutor de retorno do sujeito as práticas delituosas.

4. O HISTÓRICO E ATUAÇÃO DA APAC

A Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC é uma entidade civil, de direito privado, sem fins lucrativos, com personalidade jurídica própria, organização destinada a desenvolver trabalho de reeducação e reintegração do sentenciado a penas privativas de liberdade, por meio da educação, valorização humana, vinculada a evangelização. A APAC ainda dispõe de uma “perspectiva mais ampla, a proteção da sociedade, o socorro às vítimas e a promoção de Justiça Restaurativa” (Ferreira, Valdeci Antônio, 2016, p. 33).

A Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados – FBAC é uma associação civil de direito privado sem fins lucrativos que tem a missão de congregar e manter a unidade de propósitos das suas filiadas e assessorar as APACs do exterior. Mantém ainda a tarefa de orientar, zelar e fiscalizar a correta aplicação da metodologia e ministrar cursos e treinamentos para funcionários, voluntários, recuperandos e autoridades de modo a consolidar as APACs existentes e contribuir para a expansão e multiplicação de novas APACs. Na presente obra foram definidos os principais processos e os respectivos indicadores, objetivando assim a padronização e a melhoria contínua do Método APAC. (P, 1º. P. 21. Consulta realizada dia onze de novembro de 2019).

Surge na cidade de São José dos Campos – SP, no ano de 1972. Com o significado “Amando o Próximo Amarás a Cristo” um grupo de religiosos voluntários, pertencentes à pastoral Carcerária, tendo por líder o advogado, com naturalidade paulista, Mário Ottoboni, que frequentava o presídio de Humaitá na cidade de São José dos Campos/SP. O advogado fazia trabalhos de evangelização, dando apoio moral aos recolhidos naquele cárcere.

Considerando o resultado positivo do trabalho realizado pelo grupo de voluntários, o juiz da Vara de Execuções Criminais daquela Comarca, decide, então, confiar à equipe a gerência da instituição, tornando-se uma entidade parceira do Poder Judiciário, administrando os regimes fechados, semiaberto, bem como o livramento condicional da pena.

Sem a presença de agentes carcerários e policiais, com a colaboração dos próprios recolhidos, contando com apoio de voluntários e funcionários, devendo ser a segurança alicerçada na ordem, no respeito e no trabalho. “O amor, a confiança, a valorização do ser humano e a crença na sua capacidade de recuperação” (Ferreira, Valdeci Antônio, 2016, p.33). Foram fatores determinantes para diferenciação do método APAC para o sistema penitenciário comum.

Em 1995, é criada a entidade FRATERNIDADE BRASILEIRA DE ASSISTÊNCIA AOS CONDENADOS (FBAC) que visa a fiscalizar, instruir e prestar assessoria à APAC. A criação da agremiação, visa a zelar pela unidade bem como pela uniformidade e aplicação do método APAC.

Com a aplicação do método no Brasil e logo no exterior, já conquistou reconhecimento pelo *Prison Fellowship International* (PFI), “organização não governamental que atua como órgão consultivo da Organização das Nações Unidas (ONU) em assuntos penitenciários. (A psicologia e o trabalho na APAC, 2019, p. 38).

Com o crescimento positivo da APC, logo foi adotada em outros estados. No ano de 1986, foi implantada a primeira unidade apaquiana em Minas Gerais, sediada na cidade de Itaúna, tornando -se referência nacional e internacionalmente do método.

Com o sucesso da implantação do método no Estado de Minas, a partir do ano de 2001, instituíram-se como políticas públicas de execu-

ção penal, impulsionado pelo “Programa Novos Rumos” do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) – que tem por finalidade a coordenação e implantação do método APAC. Em 2004, com a criação da Lei nº 15.299 de 9 de agosto, fica autorizado ao Poder Executivo de Minas Gerais realizar convênios com as APACs criadas do âmbito do Estado, com finalidade de gerenciar unidades prisionais destinada ao cumprimento de penas privativas de liberdade.

Sendo conclamada pelo TJMG, a APAC é considerada um método eficaz de aplicabilidade da lei de execução penal. Destacando excelentes resultados, bem como redução de reincidência criminal daqueles que cumpriram suas penas com supervisão do novo método. Baseada em rígida disciplina, porém alicerçada na humanização respeitadora do **princípio da dignidade da pessoa humana**. Com baixo índice de reincidência entre os egressos, fica caracterizada a efetividade do método, enquanto que os oriundos do sistema comum experimentam ineficiência, demonstrada, dentre outros fatores, pela superlotação.

3.1 - SOBRE APAC DE SÃO JOÃO DEL-REI

Em 27 de junho de 2007, nasce a Associação de Proteção e Assistência aos Condenados - APAC de João del-Rei. Inspirada no bom desempenho da APAC de Itaúna, a nova unidade contou com um terreno doado pela prefeitura local. Após seis anos de sua fundação, com o trabalho desenvolvido em prol da recuperação dos condenados, com quatro mil metros quadrados, foi edificado o primeiro prédio da unidade masculina, que foi construído com a força do trabalho dos próprios sentenciados, contando com o apoio da sociedade local, bem como auxílio de diversas instituições, públicas e privadas.

“E foi sob essa inspiração e exemplo que a APAC de São João Del Rei iniciou as suas atividades, em 2007, recebendo inicialmente 57 recuperandos no antigo prédio da cadeia pública da cidade, que fora adaptada para recebê-los. Hoje, a primeira unidade da APAC projetada e construída à medida certa para

garantir o bem-estar dos recuperandos e a segurança, abriga nada menos do que 180 detentos”. (p. 79, § 2º. APAC A Face Humana da Prisão).

Com uma administração empenhada, é evidente o cuidado com as dependências da instituição, começando pela pintura dos prédios; tudo parece muito novo, limpo e organizado. A alimentação é adequada. Dentro da gestão administrativa, os detentos executam toda a parte de limpeza e manutenção do ambiente em que vivem.

Atualmente, a unidade encontra-se com dois pavilhões, sendo o primeiro masculino, com 329 (trezentos e vinte e nove) detentos. Já o pavilhão feminino, encontra-se com 68 (sessenta e oito) detentas, perfazendo um total de 397 (trezentos e noventa e sete) recolhidos. Os homens são distribuídos nos três regimes: 80 (oitenta) cumprindo pena no regime fechado, 102 (cento e dois) no regime semiaberto e 147 (cento e quarenta e sete) no regime aberto.

Quanto às ações para qualificar a mão de obra, são oferecidas aos recolhidos na APAC–SJDR diversos cursos profissionalizantes, entre eles, oficinas de serralheria, marcenaria, jardinagem, padaria, cozinha, horta, pocilga, galinheiro, fabricação de blocos (artefatos de cimento), lava-jato e laborterapia.

5. CONCLUSÃO

Após nos debruçarmos sobre os documentos e a bibliografia acerca da APAC – incluindo análise sobre os dados da APAC de São João del-Rei – foi possível perceber a importância do preparo para uma melhor reeducação do indivíduo encarcerado, disponibilizando à população condições favoráveis de desenvolvimento, gerando menor crescimento dos índices de violência e promovendo crescimento econômico com mais mão de obra especializada, contribuindo com a sociedade de forma geral.

É razoável dizer que vale a pena incentivar a reabilitação no sistema prisional como ato ressocializador, de forma a estimular o desenvolvimento democrático, juntamente com a organização do trabalho de reeducação e aprendizagem efetiva dos sentenciados, de modo a incidir, progressivamente, uma mais adequada reintegração

do recuperado à vida social. E, por conseguinte, a redução de reincidência criminal.

No decorrer dessa pesquisa, pode-se concluir que, por meio de uma nova política de reeducação e humanização, é possível devolver o sujeito ao convívio social mais consciente do papel que deverá exercer na sociedade, beneficiando tanto o indivíduo quanto a coletividade. Demonstra-se que as pessoas são capazes de mudar suas ações e sua forma de pensar, dependendo do ambiente de correção em que são inseridas e das oportunidades que o conjunto social possa lhes oferecer para a promoção dessa mudança.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João ferreira. Bíblia sagrada. Revista e Atualizada no Brasil. 2ª ed. Baurueri – SP: Sociedade Bíblica do Brasil, 1999. 896p.

_____ A psicologia e o trabalho na APAC/ Conselho Regional de Psicologia de Minas Gerais (CRP-MG), Centro de Referência Técnica em Psicologia e Políticas Públicas (Crepop). – Belo Horizonte: CRP 04,2019.

http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9296<https://drajessicagama.jusbrasil.com.br/artigos/229836759/a-lei-de-execucao-penal-a-luz-do-metodo-apac>

ANDRADE, Durval Ângelo. APAC: a face humana da prisão / 4. ed. amp. Belo Horizonte: O Lutador, 2016.

https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/3885/1/Livro_ExecPenal.pdf

BRASIL. Lei 7.210/84. Brasília. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/>. Acesso em: 08 de Novembro. de 2019.

<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/32634/analise-historica-do-sistema-penitenciario-subsidios-para-a-busca-de-alternativas-a-humanizacao-do-sistema-prisional>

<file:///C:/Users/elcin/Downloads/47041-95001-1-PB.pdf>

[file:///C:/Users/elcin/Downloads/livro%20METODO%20APAC_miolo%20marca%20EJEF%20atualizada%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/elcin/Downloads/livro%20METODO%20APAC_miolo%20marca%20EJEF%20atualizada%20(3).pdf)

<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/espen/>

DIREITO CONSTITUCIONAL E ASPECTOS CLASSIFICATÓRIOS: A TEORIA ONTOLÓGICA DE KARL LOEWESTEIN EM EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

Abel Martins Filho

INTRODUÇÃO

A obra “Teoría de la Constitución” de Karl Loewenstein, publicada em 1957, num dos seus pontos principais nos informa acerca da busca por inovações nas classificações das constituições, além das tradicionalmente reconhecidas como é o caso de Escrita e Não escrita, Flexível e Rígida, Tipo de Governo (República ou Monarquia / Federalismo ou Unitário), dentre outros. Dessa forma, para o autor, há uma clara necessidade por novas classificações para melhor se orientar a substância e a essência das constituições.

Neste momento, Karl Loewenstein analisa classificações como Constituições Originais e Derivadas, Constituições Ideológico-programático e utilitaristas, e a classificação que respalda sua teoria: a classificação ontológica das constituições.

A classificação ontológica das constituições, objeto do presente estudo, busca uma mudança no entendimento da Constituição Escrita tradicional na medida em que se faz o seu divisor na concordância das

normas constitucionais e a realidade do processo do poder, ou seja, verifica na prática se a Constituição no seu corpo reflete a realidade entre os detentores e destinatários. Temos, então, três modelos principais de constituições na forma de normativa, nominal e semântica.

A Constituição Brasileira de 1988 completou recentemente seus vinte e cinco anos de vigência, sendo um marco para o Direito Brasileiro, uma vez que estabelece mandamentos da liberdade, da democracia e da justiça social, além todo um acervo de direitos e garantias fundamentais. Surge a Constituição Cidadã após toda a experiência de um período ditatorial no país tupiniquim, e, portanto, cabe aos operadores do direito buscar classificações constitucionais que mais lhe adequem.

A questão que se busca analisar e responder no presente artigo é justamente a posição da Constituição Brasileira de 1988 na classificação Ontológica proposta pelo referido autor germânico. Neste ideal, a partir de estudo de parte da obra “Teoría de la Constitución” do referido autor, iniciando na análise da Constituição como instrumento de controle de Poder, continuando na evolução do Constitucionalismo – Sentimento Constitucional e, concluindo, na necessidade por inéditas tipologias de constituições. Em síntese, verificar qual o parâmetro classificatório que a Constituição Brasileira de 1988 se encontra com relação normas e realidade.

1. BREVE HISTÓRICO SOBRE KARL LOEWENSTEIN E SUA OBRA “TEORIA DE LA CONSTITUCIÓN”

Com origem alemã, nascido em Munique- 1891, Karl Loewenstein é um filósofo que busca compreender a importância que a sociedade contemporânea tem dado na Constituição.

Dedica-se pelo estudo do Direito Constitucional e Teoria Constitucional, obtendo seu doutorado em Direito Público e Ciências Políticas na mesma cidade natal, porém viu-se obrigado a mudar para os Estados Unidos devido a ascensão da Alemanha Nazista. Veio a falecer no ano de 1973 na cidade de Heidelberg, na Alemanha, porém deixando sua marca como importante personalidade estudiosa do Constitucionalismo. Dentre suas obras, destaca-se a “Teoría de la Constitución”, objeto base para o desenvolvimento do presente

artigo, publicada no final de década de cinquenta no intuito de aprofundar diversos entendimentos do Direito Constitucional, tais como tipologias das constituições, o sentimento constitucional, constituição como dispositivo de controle de poder, evolução histórica do constitucionalismo, dentre outros.

Raul Contreras Bustamante (2010) nos informa acerca de um entendimento sobre Direito Constitucional de Karl Loewenstein:

“El Estado Constitucional y por ende, el Constitucionalismo, se resumen en el hecho de un acuerdo de la comunidad sobre una serie de reglas fijas, que obligan tanto a los detentadores como a los destinatarios del poder, como el mejor medio para dominar y evitar el abuso del poder político por parte de los gobernantes. Ese mecanismo organiza a las reglas en un documento formal: la Constitución. **Es decir, Loewenstein define al Derecho Constitucional como el mejor instrumento para controlar el uso del Poder Político.**”

Logicamente, o autor acima citado se remete ao medo social advindo do Absolutismo, no qual a burguesia busca um meio termo de sobrevivência que possa lhe garantir uma liberdade de atuação destemida, sem os atrasos advindos dos abusos de poder dos governantes.

Acerca da Constituição como Instrumento de Controle de Poder, Karl Loewenstein evidencia que o homem político demorou muito para compreender que a sociedade justa, outorgante e garantidora dos direitos individuais, depende da própria existência de elementos limitadores impostos aos detentores do poder, independente se a sua legitimação de seu domínio tenha fundamentação fática, religiosa ou jurídica.

Logo, para o mesmo, deve-se fazer constar freios na sociedade, na forma de um sistema de regras fixas, ou seja, a Constituição convertida em dispositivo de controle, limitando o exercício do poder político.

Há que se entender que após a fase da mitologia e de religiosidade como justificção da detenção do poder, foi sendo descoberto a forma de Governo Constitucional no qual a história do Constitucionalismo e a atuação do homem político não se trata apenas na limitação do poder

absoluto exercido pelos detentores de poder, bem como também o estabelecimento de uma justificação espiritual, moral ou ética da autoridade, assegurando uma maior participação dos destinatários do poder.

Karl Loewenstein (1970) em relação ao *Telos* da Constituição nos esclarece o seguinte:

“En sentido ontológico, se deberá considerar como el telos de toda constitución la creación de instituciones para limitar y controlar el poder político.

En este sentido, cada constitución presenta una doble significación ideológica: **liberar a los destinatarios del poder del control social absoluto de sus dominadores, y asignarles una legítima participación en el proceso del poder.** Para alcanzar este propósito se tuvo que someter el ejercicio del poder político a determinadas reglas y procedimientos que debían ser respetados por los detentadores del poder. Desde un punto de vista histórico, por tanto, el constitucionalismo, y en general el constitucionalismo moderno, es un producto de la ideología liberal.

En la moderna sociedad de masas, el único medio practicable para hacer participar a los destinatarios del poder en el proceso político es la técnica de representación, que en un principio fue meramente simbólica y más tarde real.

Observa-se, segundo o autor, uma evolução do conceito de Constituição como instrumento de governo no século XVII e XVIII, com fatos históricos como a Revolução Inglesa, Francesa e Americana, estabelecendo como documento específico no qual estão contidas um sistema de todas as leis fundamentais da sociedade estatal, com um essência ideológico específico destinado a conter a arbitrariedade de um detentor único de poder, preservando a unidade orgânica do Estado numa harmonia entre os detentores do poder e a vontade dos destinatários.

Interessante se faz mencionar as cinco características elencadas por Loewenstein (1970) para se ter o mínimo necessário para uma cons-

tuição autêntica. Num primeiro momento, realizar a diferenciação das diversas tarefas estatais e suas funções nos seus diferentes órgãos, evitando a concentração do poder nas mãos de um único e autocrático detentor de poder. Em continuação, possuir um mecanismo que estabeleça cooperação entre os diversos detentores de poder, sistema de freios e contrapesos. Terceiro, meta de evitar o bloqueio entre os diferentes detentores de poder autônomos, evitando-se que mesmo se não ocorra a cooperação intensa que não se tenha um direção autocrática no processo do poder. E, por fim, método de reforma constitucional como adaptação pacífica da ordem fundamental diante das mudanças das condições sociais e políticas (evitando o recurso de ilegalidade, da força ou da revolução), bem como a própria Lei Fundamental deverá conter um reconhecimento expresso de certas esferas de autodeterminação individual – direitos individuais e liberdades fundamentais – e a sua proteção frente aos detentores de poder.

A constituição como obra humana é incompleta, não ultrapassando ser um compromisso entre as forças sociais e grupos pluralistas, caso mude esta situação de equilíbrio, esta também é modificada. Acerca do Sentimento Constitucional (*Verfassungsgefühl* – significando Constituição em alemão) Loewenstein (1970) nos esclarece trata-se de um dos fenômenos sociais psicológica e sociológica do existencialismo político mais difícil de entender. Poderia ser descrito como a conscientização da comunidade que, transcendendo todos os antagonismos e tensões partido político, econômica, religiosa ou de outra forma, para o pleno titulares e beneficiários de poder dentro de uma comunidade, necessária, apenas a constituição, submetido ao processo político interesses da comunidade.

Não se deve confundir o Sentimento Constitucional com a consciência nacional. Como exemplo dado pelo autor posto na obra em epígrafe, na Suíça há um forte sentimento democrático nacional não se equiparando ao valor sentimental que seu povo têm pela sua Constituição, visto que em oitenta e cinco anos já foi emendada por mais de cem vezes. Na Bélgica, pelo contrário, o sentimento constitucional é bem mais consolidado, uma vez que em cento e trinta anos foi teve sua Constituição emendada apenas seis vezes.

Consideramos o Sentimento Constitucional como sendo a adesão e o respeito à Constituição tanto pelos governantes como pelos governados, medido pela mentalidade social em face a consolidação dos direitos e garantias fundamentais.

Lembra-nos, seguindo a teoria do autor, acerca da questão de confiança que existe o problema, observado em diversas sociedades, do afastamento da Constituição do povo. Busca-se, como meta, integrar a sociedade na sua maioria com a Constituição, evitando que as reformas constitucionais se façam pelo uso da força ou pela imposição da vontade de uma determinada minoria. De fato, uma nação só viverá democraticamente quando se permitir comportasse democraticamente.

Numa etapa final, após levantarmos um básico teórico que evidencia a importância da Constituição como instrumento de controle do poder, bem como uma base do que seria o sentimento constitucional, se segue para a tópica central das classificações das constituições.

Inicialmente, Loewenstein nos explica que o número de constituições escritas aumentou desde o século XVIII, não se tendo um registro exato desta quantidade, porém grande parte das mesmas seguem um parâmetro na medida que mencionam a Separação das Funções Estatais, proclamam a soberania dos povos, promovem um catálogo de direitos fundamentais, estabelecem eleições, dentre outras substâncias.

As classificações das Constituições, seguindo a obra, já se faz existente, inclusive algumas tradicionalmente reconhecidas, tais como Constituição Escrita ou Não Escrita, com relação a mecânica de reforma ou emenda constitucional – Constituição Flexível ou Rígida, Constituição de acordo com sua forma de governo ou de estado e Constituição quanto as suas organizações estaduais federais e unitárias.

Há, portanto, uma necessidade por novas classificações para melhor orientar a substância e a essência das constituições. O foco de Loewenstein se dá em três: Constituições Originais ou Derivadas, Constituições Ideológico-Programáticas ou Utilitaristas e as Constituições quanto a classificação ontológica.

As Constituições Originais são aquelas que possuem um princípio de inovação, sendo um documento de governo que contem princípio

novo, criador e original para a vontade estatal e o processo do poder político. Já as Constituições Derivadas, maioria existente, consiste numa cópia ou adaptação de modelos constitucionais nacionais ou estrangeiros.

Quando trata das Classificações das Constituições, Raul Contreras Bustamante (2010) cita as Constituições Originais segundo Loewenstein:

“Loewenstein opina que **las constituciones originarias son relativas y absolutamente poco frecuentes**, puesto que a lo largo de los años ha habido poco espíritu inventivo en la creación de leyes fundamentales, lo que tiene su razón de ser en el carácter fundamentalmente conservador del hombre político, que es por lo tanto adverso, a rupturas violentas con el pasado.”

“Como tipos originarios de constitución, Loewenstein dice que entre los más importantes ejemplos de Constituciones originarias, se pueden considerar: • **El parlamentarismo británico**; • **El sistema constitucional americano del presidencialismo**; • **El constitucionalismo francés en 1793, que produjo el tipo de gobierno de asamblea**; • **Las constituciones napoleónicas, que introdujeron el cesansmo plebiscitario**; • **La carta francesa de 1814, que montó la monarquía limitada constitucionalmente con base legitimista**; y • **Las constituciones rusas “soviet” de 1918 y 1924, que rompieron totalmente con la tradición constitucional de occidente y atribuyeron a los consejos de trabajadores v campesinos el papel decisivo en el proceso del poder.**”

Nas Constituições Ideológico-Programáticas se percebe um embasamento ideológico de um determinado programa, como por exemplo o ideal de limitação do poder absoluto e proteção dos destinatários contra as arbitrariedades dos detentores de poder acrescidos de um catálogo de direitos fundamentais, facilmente verificado nas Constituições ditas Liberais do final do século XVIII em diante. Inclusive

pode haver Constituições com ideologias mescladas, como é o caso da Constituição de Weimar com ideologias liberais e socialistas.

Em contraposição, há também as chamadas Constituições Puramente Utilitárias que não possuem ou possuem pouca intenção ideológica declaradas ou, até mesmo, ocultas. Loewenstein explica com sua conhecida comparação a um guia telefônico, representando, muitas vezes, uma telos (finalidade) fundamentalmente autocrática, como é o caso da IV República Francesa de 1946 e Constituição Federal Alemã de Bismark de 1871.

Neste último, pode ocorrer a perversão da Constituição através da autocracia moderna, transformando o constitucionalismo em instrumento útil aos próprios fins autoritários. Ponto em que o autor, na sua disposição liberal, indaga-se sobre estes regimes: Por que se esforçam em demonstrar sua legitimidade democrática? Para que necessitam de constituições, eleições e todo a montagem de democracia constitucional? Por que querem enganar o mundo, a seu próprio povo e a si mesmo? Crê um autocrata moderno que por meio da constituição poderá adquirir maior respeitabilidade democrática? Ou será que com o tempo, se converteu em vítima de seu próprio jogo?

Seguindo o planejado, encerramos a primeira parte das classificações constitucionais segundo o autor, e partimos para um segundo momento consolidado na sua mais conhecida tipologia a ser analisada individualmente: a classificação ontológica das constituições.

2. A CLASSIFICAÇÃO ONTOLÓGICA

A preocupação de que o grande número de constituições escritas não refletissem a realidade entre detentores e destinatários do poder, e, muito pelo contrário, servissem até de instrumento de perversão deste, levou Loewenstein a criar uma classificação voltada para a constituição na prática, buscando verificar em qual nível de interação entre as normas constitucionais e a sua real assimilação com o âmbito social.

A classificação ontológica, existencial, se divide em três: normativa, nominativa e semântica. O professor Ismael Busto Concha(2010) nos sintetiza a dita classificação:

El criterio de ésta tipología es la **eficacia** que tiene la Consti-

tución en el processo político operante, es decir si realmente se cumplen las disposiciones constitucionales o no.

A) **Normativas:** Son reales, operantes, en que la realidad política corresponde a la disposición frente a la constitución.

B) **Nominales:** Son más bien programáticas. Hay una serie de disposiciones que se cumplen tarde mal o nunca

C) **Semánticas:** Son aquellas que no se cumplen en la realidad ni están hechas para ser cumplidas, solo disfrazan un proceso político autocrático.

Vale observar a sua semelhança com a teoria do conceito sociológico cunhado por Ferdinand Lassalle no qual há uma distinção entre a chamada Constituição Real – aquela que representa os fatores reais de poder existentes que regem o país – e a Constituição “Folha de Papel” – aquele que caso não represente os fatores reais de poder, nada mais é do que um amontoado de papel sem ter vínculo com a realidade da sociedade. Neste sentido, Lassalle (2001)aponta:

“Os fatores reais do poder que regulam no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas da sociedade em apreço, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são.

Onde a Constituição reflete os fatores reais e efetivos do poder, não pode existir um partido político que tenha por lema o respeito à Constituição, porque ela já é respeitada, é invulnerável.

Mau sinal quando esse grito repercute no país, pois isto demonstra que na Constituição escrita há qualquer coisa que não reflete a Constituição real, os fatores reais do poder.

E se isto acontecer, se esse divórcio existir a Constituição escrita está liquidada; não existe Deus nem força capaz de salvá-la.

Essa Constituição poderá ser reformada radicalmente, virando-a da direita para a esquerda, porém mantida integralmente, nunca.

Os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder, a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país regem, e as Constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que expressem fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar.”

Luiz Roberto Barroso (2009) nos detalha que “o sociologismo constitucional ou o conceito sociológico de Constituição é associado ao alemão Ferdinand Lassale. De acordo com sua formulação, a Constituição de um país é, em essência, a soma dos fatores reais que regem a sociedade. Em outras palavras, o conjunto de forças políticas, econômicas e sociais, atuando dialeticamente, estabelece uma realidade, um sistema de poder: esta é a Constituição real, efetiva do Estado. A Constituição jurídica, mera folha de papel, limita-se a converter esses fatores reais de poder em instituições jurídicas, em Direito”.

Menciona-se Roberto B. Dias da Silva (2007) no qual “ para que uma Constituição seja viva, terá de ser observada lealmente por todos os interessados e terá de estar integrada no sociedade estatal, e esta nela. Deverá ocorrer uma simbiose entre a Constituição e a comunidade. Só nesse caso é possível falar em uma Constituição normativa. Suas normas dominam o processo político ou, ao revés, o processo de poder se adapta às normas da Constituição e se submete a elas”.

Continua quando, por outro lado, “uma Constituição poderá ser juridicamente válida, mas, se a dinâmica do processo político não se adapta as normas, a Constituição carecerá de realidade existencial, devendo ser classificada como Constituição nominal. E, por fim, a Constituição semântica, apesar de plenamente aplicada, é aquela cuja realidade ontológica não é senão a formalização da existente situação de poder político em benefício exclusivo dos detentores do poder de fato, que dispõem do aparato coercitivo do Estado. Nesse caso, em vez de servir como limitação do poder, a Constituição mostra-se como o instrumento para estabilizar e eternizar a intervenção daqueles que dominam, de fato, o poder político”.

2.1 CONSTITUIÇÃO NORMATIVA

A Constituição Normativa consiste naquela que suas normas são lealmente respeitadas por todos os seus interessados, dominando o processo político e este se adapta as suas bases. Loewenstein (1970) nos explica com exatidão:

En lugar de analizar la esencia y el contenido de las constituciones, el criterio del análisis ontológico radica en la concordancia de las normas constitucionales con la realidad del proceso del poder.

Su punto de partida es la tesis de que una constitución escrita no funciona por sí misma una vez que haya sido adoptada por el pueblo, sino que una constitución es lo que los detentadores y destinatarios del poder hacen de ella en la práctica. En una amplia medida, la cuestión fundamental sobre si se hará realidad la conformación específica del poder prevista constitucionalmente depende del medio social y político donde la constitución tiene que valer. Cuando se implanta, sin una previa educación política, una democracia constitucional plenamente articulada en un Estado, recién liberado de la autocracia tradicional o de la tutela colonial, es casi un milagro si toma raíces inmediatamente.

Para que una constitución sea viva, debe ser, por lo tanto, efectivamente «vívida» por destinatarios y detentadores del poder, necesitando un ambiente nacional favorable para su realización.

La tradición autocrática en el proceso gubernamental tendrá que haberse perdido lo suficiente entre los gobernantes y los gobernados, para que el Estado constitucional tenga una faire chance de éxito.

Para que una constitución sea viva, no es suficiente que sea válida en sentido jurídico. Para ser real y efectiva, la constitución tendrá que ser observada lealmente por todos los interesados y tendrá que estar integrada en la sociedad estatal, y ésta en ella. La constitución y la comunidad habrán tenido que pasar por una simbiosis.

Solamente en este caso cabe hablar de una constitución normativa: sus normas dominan el proceso político o, a la inversa, el proceso del poder se adapta a las normas de la constitución y se somete a ellas.

Conclue acerca de Constituição Normativa com a expressão da vida no qual a Constituição é uma roupa que cai bem e que se leva realmente.

2.2 CONSTITUIÇÃO NOMINAL

A Constituição nominal é aquela que embora possua validade carece na sua essência de realidade existencial. Simplesmente não reflete, naquele momento de sua vigência, a situação social.

Conforme os ensinamentos do criador da classificação, a situação, de fato, impede, ou não permite por hora, a completa integração das normas constitucionais na dinâmica da vida política. Muito provável que a decisão política que conduziu a sua promulgação fora prematura, restando na esperança da boa vontade dos detentores e dos destinatários do poder, para que, cedo ou tarde, a realidade do processo do poder corresponda ao estabelecido na constituição.

Continua esclarecendo que a Constituição Nominal tem a função primária de educar a sociedade ao qual está em vigência, vindo, posterior, a se converter em constituição normativa. Nesse sentido, é a roupa que fica guardada durante certo tempo no armário e será posta quando o corpo constitucional houver crescido.

2.3. CONSTITUIÇÃO SEMÂNTICA

O conceito de constituição semântica é bem conciso implicando numa realidade no qual a Constituição nada mais é do que um instrumento de manutenção do poder nas mãos dos detentores, perpetuando os no comando ao invés de limitá-los. A roupa não é uma roupa na realidade, funciona como um disfarce.

Ocorre, segundo Loewenstein (1970), que a formação do poder está congelado em benefício fático de quem está no poder, indepen-

dentemente de que este sejam representados por um único indivíduo (o ditador), um conselho, uma comissão, ou um conjunto festa. Este tipo pode ser designada como constituição semântica.

3. Constituição Brasileira de 1988 em face a Classificação Ontológica.

A Constituição da República Federativa do Brasil sem dúvida apresenta grandes evoluções quanto aos direitos e garantias fundamentais, principalmente por temor há épocas autoritárias vivenciadas.

Como simples exemplos de muitos, percebe-se logo nos seus quatro primeiros artigos, valores e princípios tais como a dignidade da pessoa humana, a cidadania, o valor social do trabalho e da livre iniciativa, o elo independente e harmônico dos três poderes da União, prevalência dos direitos humanos, defesa da paz, pluralismo político, dentre outros. Bem como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, incluídos aqui a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantia de desenvolvimento nacional e promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e qualquer outras formas de discriminação.

Na sua continuação, vemos o artigo 5º, abarcando setenta e três incisos mais quatro parágrafos essencialmente ligados aos direitos e deveres individuais e coletivos, tais como remédios constitucionais, direito de igualdade, inviolabilidade do domicílio, direito de acesso à justiça, liberdade de expressão, de crença e de profissão, dentre outros.

No artigo sexto até o décimo primeira verificamos os direitos sociais, como o direito a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, bem como direitos dos trabalhadores urbanos e rurais.

Interessante se faz os comentários iniciais de José Afonso da Silva (2005) acerca da Constituição de 1988 no sentido de que a “ sua estrutura difere das outras constituições anteriores, compreendendo nove títulos, que cuidam : (1) dos princípios fundamentais; (2) dos direitos e garantias fundamentais, segundo uma perspectiva moderna e abrangente dos direitos individuais e coletivos, e dos direitos sociais dos trabalha-

dores, da nacionalidade, dos direitos políticos e dos partidos políticos; (3) da organização do Estado, em que estrutura a federação com seus componentes; (4) da organização dos poderes: Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário, com a manutenção do sistema presidencialista, derrotado o parlamentarismo; (5) da defesa do Estado e das instituições democráticas; (6) da tributação e do orçamento; (7) da ordem econômica e financeira; (8) da ordem social; (9) das disposições gerais. É a Constituição Cidadã, na expressão de Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte que a produziu, porque teve ampla participação popular em sua elaboração e especialmente porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania”.

Ressalta-se que existem diversos outros artigos espalhados por toda a Constituição no intuito de defender direitos e garantias fundamentais, organização das funções estatais e poderes em específico, alcançando um patamar constitucional jamais visto no Brasil. Nesse sentido, Paulo Bonavides(2001) nos informa:

“A Constituição de 1988, ao revés do que dizem seus inimigos, foi a melhor das Constituições brasileiras de todas as nossas épocas constitucionais.

Onde ela mais avança é onde o Governo mais intenta retrogradá-la. Como constituição dos direitos fundamentais e da proteção jurídica da Sociedade, combinando assim defesa do corpo social e tutela dos direitos subjetivos, ela fez nesse prisma judicial do regime significativo avanço.

Não volveremos ao passado porque somos o verdadeiro Brasil do ano 2000, o Brasil que está no vosso sentimento constitucional e na vossa alma e vocação de liberdade.”

Alexandre de Morais(2003) nos informa, diante de classificações clássicas, ser a nossa atual Constituição Federal apresenta a seguinte classificação: formal, escrita, legal, dogmática, promulgada (democrática, popular), rígida, analítica.

Em se tratando da classificação da Constituição Brasileira de 1988 em vários critérios, Pedro Lenza(2012) informa que a mesma é pro-

mulgada, escrita, analítica, formal (cf. nova perspectiva classificatória decorrente do art. 5.º, § 3.º, introduzido pela EC n. 45/2004, sugerida no item 2.3.4), dogmática, rígida, reduzida, eclética, pretende ser normativa, principiológica, definitiva (ou de duração indefinida para o futuro), garantia, dirigente, social e expansiva.

Acerca do Brasil diante da classificação ontológica, Karl Loewenstein(1970) possuía o seguinte entendimento:

“La constitución nominal encuentra su terreno natural en aquellos Estados en los que el constitucionalismo democrático occidental se ha implantado, sin una previa incubación espiritual o madurez política, en un orden social de tipo colonial o feudal-agrario.

Aquí juega un papel importante la ausencia de una clase media consciente intelectualmente de sí misma y con independencia económica. Por otra parte, la eliminación del analfabetismo sigue siendo un requisito indispensable para el funcionamiento con éxito de una constitución normativa. Ni la radio ni los símbolos electorales recientemente empleados para anal-fabetos son instrumentos válidos. **Iberoamérica continúa siendo, tanto antes como ahora, el terreno tradicional en el que se asienta la constitución nominal. No se puede desconocer, sin embargo, los progresos innegables hacia un proceso normativo; Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Uruguay, México y Costa Rica persisten, aunque con interrupciones ocasionales, en un auténtico normativismo.**

Los nuevos Estados africanos y asiáticos, novicios en las técnicas del gobierno constitucional, tendrán que pasar primero por un amplio período de aprendizaje bajo la constitución nominal antes de alcanzar la fase del normativismo constitucional.”

Embora a Constituição Brasileira de 1988 nos traga uma séria de direitos e garantias fundamentais, é de notório conhecimento que a realidade dos brasileiros carece, muitas vezes, de princípios e metas

constitucionais básicas, tais como moradia, alimentação, educação, dentre outros. Um típico exemplo encontramos no direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente tão bem exposto no artigo 225 da Constituição Federal de 1988, inclusive um exemplo mundial, porém a realidade nos revela ser destoante mesmo diante de norma constitucional tão respeitosa.

Não nos cabe no presente artigo compreender a origem das crises brasileiras em todas as suas facetas. Compreendemos sim, diante do tema da classificação ontológica, que o Brasil possui problemas sociais que pelo escrito na sua Constituição não deveria ter, sendo assim se evidencia uma incompatibilidade entre a normal constitucional e a realidade dos detentores e dos destinatários do poder.

Entendemos, por fim, após toda a análise exposta que a Constituição Brasileira de 1988 não se encaixa como Constituição Semântica por não se tratar de mero disfarce. Não se trata evidentemente de uma Constituição Normativa, visto que pela sua leitura se pode imaginar a mais bela maravilha estatal, porém ainda tem muitas evoluções sociais a serem concretizadas. Não se trata ainda de uma Constituição Nominal propriamente dito, afinal há uma maior proximidade da realidade do poder com a sua escrita, do que uma completa discrepância entre ambos. Portanto, reconhecemos, tal como Loewenstein, um progresso normativo, devendo, em nossa defesa, ela ser compreendida como avançada em relação a Constituição Nominal e que busca por se tornar Constituição Normativa.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atuação de Karl Loewenstein se torna imprescindível para se compreender o Constitucionalismo Moderno, destacando-se em temas como regimes políticos e tipologias das constituições. Centramo-nos na sua classificação ontológica em face da Constituição Brasileira de 1988.

Dessa forma, após apresentarmos uma parte da sua teoria e as três subdivisões da referida classificação – normativa, nominal e semântica. Concluímos com a posição de que a Constituição Brasileira de 1988 se

encontra em clara transição entre nominal e normativa, porém muito ainda deve ocorrer para esta estacionar no estágio final almejado, visando sempre a igual do seu escrito para a sua plena aplicabilidade no âmbito social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRAGÁN B., JOSÉ; BUSTAMANTE, RAÚL C. ; JUAN SANTILLÁN, JUAN J. M.; TREJO, FERNANDO FLORES; FLORES, ARMANDO SOTO. **Teoría de la Constitución**. Editorial Porrúa. México. Cuarta edición, 2010.

BARROSO, Luis Roberto Barroso. **Curso de direito constitucional contemporâneo**; os conceitos fundamentais e a Construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva. 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa. (por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade)** 2.ed. SÃO PAULO: Malheiros, 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de Outubro de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil.

CONCHA, Ismael Busto. **LECCIONES DE DERECHO POLÍTICO TOMO II**. Editado por el professor Rodrigo Pica F. Universidad Central de Chile Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Comisión de Publicaciones. Primera edición, 2006.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 6ªed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. 2ª ed., Trad. Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona: Ediciones Ariel, 1970.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SILVA, José Afonso, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, Malheiros Editores, 25ª edição, 2005, São Paulo-SP,

SILVA, Roberto Baptista Dias da. **Manual de direito constitucional**. Barueri, SP : Manole, 2007.

O DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO DIREITO FUNDAMENTAL: O CASO BRASILEIRO.

Leandro Boechat de Almeida

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos podemos perceber o interesse de diferentes esferas da sociedade pelo resgate da memória. Inúmeras são as construções de museus, arquivos, centros e redes de memória. Ademais, consideráveis tem sido a criação e formação de associações, agências, escritórios e profissionais especializados com o objetivo de organizar acervos para projetos de memória, resgatar a história de instituições, organizações e pessoas, além da produção física ou virtual, temporária ou permanente com o objetivo de construir uma memória, uma biografia, uma narrativa.

Contudo, em um mundo em rede, novos desafios se apresentam para a contemporaneidade. Na era da tecnologia, em que informações são disseminadas de forma instantânea e tomam proporções incontroláveis em fração de segundos, onde com um simples *click* é possível ter acesso à informação e dados sobre pessoas, organizações, instituições etc, algumas perguntas se impõem: o que deve ser lembrado e o que deve ser esquecido em nossa sociedade? Como lidar com a questão esquecimento, liberdade de expressão e direito à informação?

Nesse sentido, o objetivo desse trabalho é analisar como o direito ao esquecimento se apresenta no ordenamento jurídico brasilei-

ro. Buscar-se-á compreender a definição do conteúdo jurídico desse direito, considerando a harmonização dos princípios constitucionais da liberdade de expressão e do direito à informação com aqueles que protegem a dignidade da pessoa humana e a inviolabilidade da honra e da intimidade; a aplicabilidade do direito ao esquecimento quando invocado pela própria vítima e quais os institutos jurídicos acionados quando o tema é direito ao esquecimento.

1. PANORAMA HISTÓRICO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO: O CASO BRASILEIRO

O direito ao esquecimento é um conceito relativamente novo que vem ganhando força com os avanços tecnológicos no ordenamento jurídico brasileiro e no direito comparado. Com diversas nomenclaturas o direito ao esquecimento não tem uma categoria mundialmente consagrada, mas todas suas definições chegam a conclusões mais ou menos parecidas: o direito ao esquecimento é “reconhecimento jurídico a que a pessoa não venha a ser molestada, com a exposição ao público em geral de atos ou fatos do passado, ainda que verídicos, que não gozem de legítimo interesse público, causando-lhe sofrimentos ou transtornos” (MARTINEZ, 2014, p. 79).

Quando se analisa a jurisprudência e a literatura de direito comparado sobre o tema os principais termos usados são: Nos EUA *right to be forgotten* (ou *to be left in peace* ou *to be left alone*), na França *le droit a l'oubli*, nos países de língua espanhola *derecho al olvido*, na Itália *diritto all'oblio*, na Alemanha *recht auf vergessenwerden*. No Brasil adota-se com frequência a categoria direito ao esquecimento e por vezes direito de ser esquecido, direito de ser deixado só e direito de ser deixado em paz (CAVALCANTE, 2013; MARTINEZ, 2014). Em termos históricos, observa-se que, o direito ao esquecimento encontrou, primeiramente, suporte no direito penal, com finalidade de garantir efetividade à ressocialização do apenado (KHOURI, 2010).

Com suas raízes na França o direito ao esquecimento assegurava ao condenado criminalmente a objeção de publicação, informações e de fatos uma vez que a sentença condenatória tivesse sido integralmen-

te cumprida (MALDONADO, 2017). O caso *Marlene Dietrich*⁶ teria sido a pedra fundamental na construção do direito ao esquecimento na França (DOTTI, 1980). O tema ganhou destaque na França, assim como em outros países a partir da provocação de casos concretos às Cortes e Tribunais.

Em 1931, nos Estados Unidos, o caso *Melvin versus Reid*, julgado no Tribunal de Apelação da Califórnia, trouxe relevância ao tema para o direito americano. Assim também foi na Alemanha em 1969, com o caso *Lebach*. No Brasil é possível perceber o debate sobre o direito ao esquecimento na década de 2000 com casos concretos, apesar das formas implícita na legislação brasileira. No Direito Penal seus exemplos mais significativos são os da previsão da reabilitação e da anistia (respectivamente nos arts. 93 e 107, II do Código Penal – CP) e na Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal – LEP) no art. 202 prevê que não constará da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, “qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei”, mesmo que o apenado seja condenado ou não. Tal direito foi resguardado também na Lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA), nos arts. 143 e 144, bem como na Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor – CDC) no art. 43, parágrafos 1º e 5º, *in verbis*:

Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

Parágrafo 1º. Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil com-

6 No ano 1965, a atriz Marlene Dietrich requereu à Corte de Paris para que fosse proibido a publicação na imprensa de fatos pretéritos de sua vida privada sem sua autorização expressa, o que foi julgado procedente. Para maiores detalhes sobre o caso conferir DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

preensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos.

Parágrafo 5º. Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos registros Sistema de Proteção ao Crédito, quaisquer informação que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores.

No Brasil não existe uma legislação específica sobre o direito ao esquecimento. Quando há conflito entre liberdade de expressão/informação, ora materializado na liberdade de imprensa, e os atributos individuais da pessoa humana, como a intimidade, a privacidade e a honra, expressos nos arts. 5º, incisos IV, IX, X e XIV; arts. 220 e 221 da CRFB/88, faz-se necessário o cotejo hermenêutico entre os princípios constitucionais em confronto, tendo por base a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CRFB/88). Essa é a postura adotada no ordenamento jurídico brasileiro, no entendimento da doutrinação majoritária e da jurisprudência, quanto a proteção de dados pessoais em geral.

Nesse diapasão, o direito à privacidade, à imagem e à intimidade, dos quais se extrai o direito ao esquecimento, são valores que se tornaram normas constitucionais a partir da CRFB/88. Eles constam expressamente no inciso X do rol de direitos individuais do artigo 5º da CRFB/88. Tal entendimento coaduna com atual fenômeno da constitucionalização do Direito Civil. Onde o valor constitucional da dignidade humana é emanado a todos os direitos, o que faz mudar a perspectiva do sujeito de direito das relações civis de proprietário e credor para pessoa humana. Essa mudança renova a importância dos direitos da personalidade, uma vez que estes passam a representar de forma direta a manifestação da dignidade da pessoa humana. Ou seja, “reforça-se a ideia de que o respeito à pessoa e às suas circunstâncias são exigíveis não só contra o Estado (...), mas também contra qualquer ato privado que afronte a dignidade intrínseca a qualquer pessoa” (CORDEIRO & PAULA NETO, 2015, p.10). A constitucionalização do direito civil estabelece novos parâmetros para a definição da ordem pública. Nesse sentido, o direito civil passa a ser lido à luz da

Constituição, de maneira a privilegiar os valores não patrimoniais e, em particular, “a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar à iniciativa econômica privada a situações jurídicas patrimoniais” (TEPEDINO, 2001, p. 8).

Desse modo os princípios constitucionais alusivos a institutos típicos de direito privado (como por exemplo, família, propriedade e etc) passaram a condicionar a própria interpretação da legislação infraconstitucional. Ademais, com a aprovação da Lei nº 12.965/2014 (que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da *internet* no Brasil), conhecida como Marco Civil da *Internet*, no art. 3º, incisos II e III, instituiu que “[...] o uso da *internet* no Brasil tem os seguintes princípios: II. Proteção da privacidade; III. Proteção dos dados pessoais, na forma da lei”. Além disso, o art. 7º, I, da referida lei, também garantiu aos usuários a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

De fato, é pacífico na doutrina nacional que a dignidade da pessoa humana assume dimensão transcendental e normativa. Nesse sentido, a Constituição passa a ser não somente “o documento maior do direito público, mas o centro de todo o sistema jurídico, irradiando seus valores e conferindo-lhe unidade a todo o ordenamento jurídico” (BARROSO, 2010, p. 60). Ou seja, em demanda de responsabilidade civil o comando legal segundo o qual “aquele que, *por ato ilícito*, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” (art. 927 do CC/02), somente será bem aplicado se a proposta *ilicitude* for investigada em todo ordenamento jurídico, no plano constitucional e infraconstitucional. Logo, o confronto entre liberdade de informação e os direitos da personalidade, contidos nos arts. 11; 12; 17; 20 e 21 do CC/02, a par de transitar também pelos domínios do direito constitucional, podem ser também solucionado a partir de sua exegese. Nesse sentido, o entendimento que vigora no Brasil é que o direito ao esquecimento e seu requerimento deve ser pautado pela promoção e proteção da dignidade da pessoa humana, bem como pelo rol de direitos da personalidade (que decorre da cláusula geral de tutela da pessoa humana). Cabendo assim

à doutrina e aos julgadores, na análise do caso concreto, ponderar os interesses em conflito.

Não obstante, o art. 220 da CRFB/88 prevê a livre manifestação de pensamento, criação, expressão e informação. Contudo, é pacífico o entendimento jurisprudencial e doutrinário brasileiro que nenhum direito fundamental é absoluto. Por isso a última parte do parágrafo primeiro do referido artigo traz limites à liberdade de expressão, incluindo o direito ao esquecimento, representados pelos direitos fundamentais já mencionados: “Dessa forma, admite a interferência legislativa para proibir o anonimato, para impor o direito de resposta e a indenização por danos morais e patrimoniais e à imagem, para preservar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (...)” (MENDES & BRANCO, 2015, p. 270).

A Constituição de 1988 proíbe a censura no Brasil, conforme art. 220, parágrafo 2º da CRFB/88. Ademais, prescreve a publicidade dos atos da Administração Pública e dos processos judiciais, conforme art. 37 da Carta Magna. Contudo, a própria norma constitucional prevê expressamente limitação a esse princípio, em seu art. 5º, inciso LX: “A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”. Ou seja, a Constituição prevê a possibilidade de sacrifício da publicidade do processo, justamente, quando estiver em jogo o direito à intimidade, priorizando a preservação da pessoa. A Constituição e a inovação da Lei nº 10.406/2002, trouxe um capítulo inteiramente dedicado ao direito da personalidade, estabelecendo proteção expressa à integridade física, à identidade pessoal, à imagem, à honra e à privacidade. No CC/02 nos arts. 17, 18, 19, 20 e 21, com a proteção aos direitos da personalidade, é possível verificar uma assistência do direito ao esquecimento.

Há que se chamar a atenção para o fato de que o art. 12, parágrafo único do CC/02 prevê, inclusive, o reconhecimento do direito ao esquecimento para os mortos, pois estes também são detentores de dignidade, honra e imagem. Ademais, essa legislação reconhece a tutela preventiva e inibitória de lesão aos direitos da personalidade, sendo a mera ameaça a esses direitos uma justificativa legítima para que o sujeito recorra ao Judiciário, de modo a evitar a concretização do dano.

2. OS ENUNCIADOS DA JORNADA DE DIREITO CIVIL DO CJF/STJ E OS CASOS CONCRETOS BRASILEIROS

Não obstante a presença do tema em alguns institutos legais, o direito ao esquecimento só ganhou força no ordenamento jurídico brasileiro em 2013, com o Enunciado nº 531 da VI Jornada de Direito Civil promovida pelo CJF/STJ, *in verbis*:

ENUNCIADO nº 531: A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.

Artigo: 11 do Código Civil. Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2013).

O Enunciado nº 531, uma orientação doutrinária baseada na interpretação Constitucional do Código Civil, ganhou maior destaque porque, pela primeira vez, no Brasil, firmou-se o entendimento de que a tutela da dignidade da pessoa humana inclui o direito ao esquecimento. Além disso, pacificou-se o entendimento que a eliminação da informação negativa da *internet* serve de garantia contra o que doutrina chama de “superinformacionismo”. Ademais, o enunciado corrobora a ideia de que o pretendido com o direito ao esquecimento não é eliminar qualquer informação, mas apenas aquela que não é importante, relevante e que deixou de ter interesse público. Ou seja, o Enunciado ressalta a ideia de que o direito ao esquecimento não visa a garantir a ninguém a prerrogativa de apagar fatos ou reescrever a própria histó-

ria, mas ajuda a entender a intranmissibilidade e irrenunciabilidade do direito de personalidade, assim como o direito à dignidade da pessoa humana (KHOURI, 2013).

Além disso, meses depois da publicação do Enunciado, o direito ao esquecimento foi debatido no STJ com a chegada à Corte do REsp nº 1.334.097/RJ (caso Aída Curi) e do REsp nº 1.335.153/RJ (Chacina da Candelária). Em ambos os casos, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, a 4ª Turma do STJ reconheceu que o sistema jurídico brasileiro protege o direito ao esquecimento.

Ademais, o Plenário do STF por maioria, em 2014, suscitado pelo no apelo ARE 833.248 RG (RE nº 1.010.606/RJ). O caso Aída foi erigido como paradigma do Tema 786 (aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil quando invocado pela própria vítima ou pelos seus familiares). Onde foi reconhecida a existência de repercussão geral do caso. Contudo, o recurso encontra-se na conclusão do Relator desde 05/10/2018.

No dia 10/10/2019 o direito ao esquecimento ganhou destaque porque foi apresentado na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 5.776/2019, que propôs acrescentar ao CC/02 o art. 21-A, com a seguinte redação: “O direito ao esquecimento poderá ser assegurado por tutela judicial inibitória”. Com igual redação do Enunciado 576 da VII Jornada de Direito Civil do CJF/STJ. Ainda continua na mesa diretora.

Ainda no campo civilista, o Enunciado nº 576 da VII Jornada de Direito Civil do CJF/STJ previu a possibilidade da tutela preventiva em relação ao direito ao esquecimento. O Enunciado nº 404, da V Jornada de Direito Civil de 2012, previu o controle de dados quando se trata de assuntos de natureza íntima:

A tutela da privacidade da pessoa humana compreende os controles espacial, contextual e temporal dos próprios dados, sendo necessário seu expresso consentimento para tratamento de informações que versem especialmente o estado de saúde, a condição sexual, a origem racial ou étnica, as convicções religiosas, filosóficas e políticas (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2012).

Contudo, antes mesmo dos referidos Enunciados, os Tribunais, em casos concretos, já discutiam o direito ao esquecimento. O caso emblemático no direito brasileiro foi a ação movida em 2010 pela apresentadora de televisão Maria das Graças Xuxa Meneguel, contra a sociedade *GOOGLE* Brasil Internet Ltda., perante a justiça do Estado do Rio de Janeiro. O foco da ação era a exclusão dos sistemas de pesquisas do *GOOGLE* do nome “xuxa pedófila”⁷ ou quaisquer palavras de buscas relativas ao nome da apresentadora nas quais os resultados encontrados associassem sua imagem ao cometimento de prática criminosa qualquer, bem como resultados de fotos em que aparece nua (STJ, REsp. Nº 1.316.921 – RJ, 2012).

No ambiente virtual, o direito à desindexação e o direito ao apagamento são estratégias indicadas para se tentar garantir o direito ao esquecimento. O direito à desindexação corresponde à supressão da indicação de *links* do resultado da pesquisa do provedor de busca. É, portanto, dirigido contra os sítios de pesquisa que não são os autores das informações. A informação não é apagada, excluída da *internet*, apenas deixa de ser apontada na pesquisa realizada. A desindexação não implica a aplicação de filtros genéricos pelo provedor de busca, que possivelmente restringirão mais do que o desejado inicialmente, como no caso de pessoas homônimas, demandando a identificação específica do material. Já o direito ao apagamento objetiva excluir/apagar/deletar as informações disponíveis na *internet* e não apenas impedir que o provedor de pesquisa as indique. Nesta hipótese, o direito é exercido contra o autor/veiculador da informação, podendo tratar-se de uma eventual responsabilização por conteúdo próprio (o pleito se dirige contra uma matéria jornalística de um *site* de notícias) ou mesmo por conteúdo de terceiros – quando, por exemplo, intentar-se apagar um comentário de um leitor em um provedor de conteúdo, também em um site de notícias (MALDONADO, 2017; PINHEIRO, 2016).

Nesse sentido, na decisão de primeiro grau, o juiz deferiu a antecipação da tutela determinando que a *GOOGLE* não mais apresentasse qualquer resultado para uma pesquisa com a expressão “xuxa pedófi-

7 Em razão do filme “Amor estranho amor” (1982) em que a apresentadora Xuxa encena relações sexuais com um menino de 12 anos.

la” ou qualquer outra que associasse o nome da apresentadora a uma prática criminosa. Interposto o recurso, o Tribunal reformou a decisão do juízo *a quo* restringindo as pesquisas no *site* para algumas imagens apresentadas nos autos. Em sede de recurso especial, o STJ cassou a decisão do Tribunal. O STJ entendeu que não se poderia reprimir o direito da coletividade à informação, uma vez que é possível identificar os *sites* específicos mediante o endereço da página. Assim, não haveria motivos para demandar contra aquele que apenas facilita o acesso à referida página que está publicamente disponível na rede, *in casu*, contra o *GOOGLE*⁸.

Diante do vácuo legislativo em 2014 foi sancionada a Lei nº 12.965/2014, que regulamentou o uso da *internet* no Brasil tendo como fundamento o respeito à liberdade de expressão. Apesar do artigo 3º da Lei reafirma essa garantia, assegura em seguida, também a proteção da privacidade e dos dados pessoais:

Art. 3º A disciplina do uso da *internet* no Brasil tem os seguintes princípios:

I – garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal;

II – proteção da privacidade;

III – proteção dos dados pessoais, na forma da lei; (...).

O capítulo II da referida lei apresenta os direitos e garantias dos usuários da *internet*. Contudo, no artigo 7º, inciso I, são listados os direitos fundamentais, a base do direito ao esquecimento, e prevê a

8 Outros casos: Daniela Cicarelli *versus Google* e *YouTube* (2006); Carolina Dieckmann, que em maio de 2012, viu 36 fotos íntimas suas copiadas de seu computador pessoal e divulgadas na rede. Ela deu queixa na Delegacia de Polícia após receber ameaças de extorsão, solicitando R\$ 10 mil para que as fotos não fossem publicadas. Na ocasião, constatou-se que o e-mail da atriz fora invadido por *hackers* e as fotos copiadas. O fato levou à aprovação da Lei 12.737/2012, que ficou conhecida como Lei Carolina Dieckmann, oriunda do Projeto de Lei 2793/2011, que tramitou em regime de urgência no Congresso Nacional e foi sancionada em novembro daquele mesmo ano. A lei promoveu alterações no Código Penal ao tipificar os crimes informáticos.

possibilidade de indenização no caso de sua não observação. Fica claro, no artigo 8º da Lei, que ambos os direitos fundamentais contrastantes – à liberdade de expressão e à privacidade – detêm o mesmo grau de importância e recebem a mesma valoração, não havendo prevalência de um sobre o outro. Assim, no caso de conflito entre tais direitos ocorrido no meio virtual, cabe, mais uma vez, a ponderação conforme o caso concreto. Assim determina o dispositivo: “Art. 8º. A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à *internet*” (BRASIL, Lei nº 12.965/2014).

Cabe ressaltar, no entanto, que o direito à privacidade mencionado na Lei, na prática, se aplica de forma um pouco diferente daquela que embasa o direito ao esquecimento. Quando se aborda a privacidade na *web*, a lei busca regular o monitoramento, filtro, análise e fiscalização de conteúdo, ao qual só se poderia ter acesso por meio de ordens judiciais. Além disso, prevê medidas de transparência quando houver requisição de dados pela Administração Pública. Conforme a nova lei, por exemplo, os provedores de conexão não podem, de modo geral, guardar registros de acesso a aplicações de *internet*, armazenando o rastro digital dos usuários em *sites*, *blogs*, redes sociais. Todavia, as empresas provedoras de aplicação constituídas juridicamente no Brasil devem manter esse registro – sob sigilo – por seis meses e, durante esse período, podem usar esse conteúdo mediante autorização prévia do usuário (EBC, 2014a). O direito dos usuários à privacidade na *internet* previsto na Lei diz respeito, também, à proteção dos dados pessoais, registros de conexão e das comunicações. Assim, as empresas devem impedir, por exemplo, que *e-mails* possam ser lidos por outros que não sejam os emissores ou destinatários. Sobre a remoção de conteúdo da rede, a Lei reforça o entendimento de que cabe à Justiça decidir conforme o caso concreto.

Contudo, não há consenso na doutrina se o Marco Civil da *Internet* serve ou não para o direito ao esquecimento. Para Paulo Rená (EBC, 2014a), jurista e um dos responsáveis pela elaboração do Marco Civil, na verdade, a lei acaba reforçando a prevalência da liberdade de expressão: “Quando o Marco Civil fala sobre o direito de acesso à

informação, ele advoga contra o direito ao esquecimento. Além disso, o foco não é nos intermediários pela divulgação de informações, esse é outro ponto que pode dificultar o direito ao esquecimento” (EBC, 2014a).

Alguns autores (EBC, 2014b; 2014b) defendem que o direito ao esquecimento está explícito na Lei, especificamente no artigo 7º, inciso X, que dispõe que aos usuários é assegurado o direito “à exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei” (BRASIL, Lei nº 12.965/2014).

Contudo, Alexandre Ferreira Pimentel e Mateus Queiroz Cardoso (2015) ressaltam que o direito ao esquecimento só não é absoluto no Marco Civil da *Internet* por conta das ressalvas trazidas pela própria lei a respeito da obrigação de guardar alguns dados por um período de tempo. No tocante à responsabilidade civil pela violação a tal direito, os autores apontam que a lei diferencia os provedores de conexão à *internet* – que apenas disponibilizam meios técnicos a hospedagem de *sites* e, portanto, não devem ser responsabilizados pelo conteúdo gerado por terceiros – e os provedores de aplicações de *internet* – que disponibilizam serviços, como *Whatsapp* e *Twitter*. A estes, aplica-se uma responsabilidade civil condicionada à existência prévia de uma ordem judicial. Isso porque a lei veda a censura antecipada de conteúdos virtuais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O apelo ARE 833.248 RG (RE nº 1.010.606/RJ) no STF encontrar-se na conclusão do Relator desde 05/10/2018. Ou seja, a aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil quando invocado pela própria vítima ou pelos seus familiares carece de decisão com repercussão geral pelo STF a fim de estabelecer seu emprego no sistema jurídico brasileiro. Diante disso, a aplicabilidade atual fica a cargo do entendimento doutrinário e jurisprudencial do STJ.

O STJ reconhece o direito ao esquecimento. Duas são as principais acepções da doutrina: o direito ao esquecimento concebido a par-

tir da ótica da proteção de dados pessoais e a configuração desse direito quando houver manifesta violação de direitos fundamentais.

No início de 2020 o tema ganhou novo destaque em virtude do julgamento no STJ do REsp nº 1.736.803 RJ, com relatoria do Min. Villas Bôas Cueva, que negou provimento ao recurso. Contudo, diferente do caso Chacina da Candelária, onde o direito ao esquecimento foi provido, o caso atual analisado pela Terceira Turma diz respeito a uma pessoa efetivamente condenada pelo crime. Nesse sentido, no entender do relator o interesse social no cultivo à memória histórica e coletiva de um crime notório torna “incabível o acolhimento da tese do direito ao esquecimento para o fim de proibir qualquer veiculação futura de matérias jornalísticas relacionadas ao fato criminoso, sob pena de configuração de censura prévia, vedada pelo ordenamento jurídico pátrio”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa.** Revista de Direito Administrativo. Vol. 235. Rio de Janeiro, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 07 de janeiro de 1940. Código Penal.** Rio de Janeiro, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 04 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.046, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil.** Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 04 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 04 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Institui o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9069.htm>. Acesso em: 04 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Institui o Código de Defesa do Consumidor.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 04 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 04 mar. 2020.

CAVALCANTE, Marcio André Lopes. *Direito ao esquecimento*. 2013. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2013/11/direito-ao-esquecimento.html>>. Acesso em: 14 mar. 2020.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciados aprovados na VII Jornada de Direito Civil.** Coordenador geral: Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília, 2015.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciados aprovados na VI Jornada de Direito Civil.** Coordenador geral: Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília, 2013.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciados aprovados na V Jornada de Direito Civil.** Coordenador geral: Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília, 2012.

CORDEIRO, Carlos José; PAULA NETO, Joaquim José. **A concretização de um novo direito da personalidade: o direito ao esquecimento.** Rio de Janeiro: Civillistica.com., a. 4, n. 2, p. 1-22, 2015. Disponível em: <<http://civillistica.com/wp-content/uploads/2015/12/Cordeiro-e-Paula-Neto-civillistica.com-a.4.n.2.20151.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2020.

DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

- EBC. **Entenda o Marco Civil da Internet ponto a ponto**. 2014a. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/tecnologia/2014/04/entenda-o-marco-civil-da-internet-ponto-a-ponto>>. Acesso em: 15 abr. 2020.
- EBC. **Entenda o direito ao esquecimento na Internet**. 2014b. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/tecnologia/2014/09/entenda-o-direito-ao-esquecimento-na-internet>>. Acesso em: 15 abr. 2020.
- KHOURI, Paulo. **O direito ao esquecimento na sociedade de informação e o enunciado 531 da vi jornada de direito civil**. Revista de Direito do Consumidor, v.89, p. 463 set. 2013.
- MALDONADO, Viviane Nóbrega. **Direito ao esquecimento**. São Paulo, 1º Ed., Novo Século, 2017.
- MARTINEZ, Pablo Dominguez. **Direito ao esquecimento. A proteção da memória individual na sociedade da informação**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2014.
- MENDES, Gilmar Ferreira & BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- PIMENTEL, Alexandre Freire; CARDOSO, Mateus Queiroz. **A regulamentação do direito ao esquecimento na Lei do Marco Civil da Internet e a problemática da responsabilidade civil dos provedores**. In: Revista da AJURIS, v. 42, n. 137, 2015. p. 45-61. 66 Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/376/310>>. Acesso em: 15 abr. 2020.
- PINHEIRO, Denise. **A liberdade de expressão e o passado: desconstrução da ideia de um direito ao esquecimento**. São Paulo: Atlas, 2016.
- TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

O VIÉS CONSTITUCIONAL DO DIREITO À SAÚDE FRENTE À TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

Bianca Stephanie Rodrigues de Oliveira

Lorrana Stefanie Faria Silva

INTRODUÇÃO

A teoria da reserva do possível originou-se em um julgamento realizado na Alemanha, em 1970, em uma ação movida contra o Poder Público cuja pretensão consistia no ingresso a uma universidade de medicina com fundamento no direito constitucional do país, que garantia o direito à escolha da profissão e a instituição de ensino responsável pela formação profissional. Apesar da diferença entre as realidades socioeconômicas germânica e brasileira, a teoria foi aderida pelo direito brasileiro por meio de aplicação do direito constitucional comparado, e passou a ser utilizada pelo Poder Público como principal argumento apresentado como defesa em demandas judiciais relacionadas ao acesso à saúde.

Nesse sentido, percebe-se a necessidade de análise da natureza jurídica do direito à saúde para fins de sua identificação ou não como direito fundamental. A partir do resultado desta análise, torna-se possível verificar implicações no tocante ao dever de prestação do serviço destinado à saúde pelos entes federados.

Nessa ótica, o problema deste trabalho consiste em compreender se a teoria da reserva do possível apresenta-se como justo motivo im-

peditivo da realização do fim constitucional de garantia do exercício do direito à saúde.

Utilizou-se como ferramenta para a realização deste trabalho a técnica dedutiva, por meio da metodologia teórico documental. Foram utilizadas obras doutrinárias do direito brasileiro, jurisprudência, o Google Acadêmico e os portais Capes e Scielo.

Como marco teórico, foi utilizada a doutrina de Direito Constitucional do Professor Ledro Lenza, publicada em 2013, especificamente no tocante às suas concepções acerca dos direitos fundamentais. Este estudo foi orientado, ainda, pelas considerações do ilustre pensador Norberto Bobbio em sua obra “A Era dos Direitos”, publicada em 1992, acerca da insistente necessidade de luta pela concretização dos Direitos Humanos.

Após esta introdução, inicia-se o primeiro capítulo com breve panorama da constitucionalização dos Direitos Humanos. O segundo capítulo cuida do direito à saúde, com abordagem de sua inclusão na Constituição da República Federativa do Brasil e sua natureza jurídica. Em seguida são apresentados os contornos da teoria da reserva do possível e sua aplicação no direito brasileiro.

1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Os direitos fundamentais consistem em direitos humanos positivados na constituição do Estado que com eles coadunam. A constitucionalização dos Direitos Humanos, na visão da ilustríssima professora Flávia Piovesan (2013, p. 80), se deu com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988.

A Carta de 1988 institucionaliza a instauração de um regime político democrático no Brasil. Introduz também indiscutível avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais e na proteção de setores vulneráveis da sociedade brasileira. A partir dela, os direitos humanos ganham relevo extraordinário, situando-se a Carta de 1988 como o documento mais abrangente e pormenorizado sobre os direitos humanos jamais adotados no Brasil.

A Carta Magna, em seu artigo 4º, inciso II, dispõe que a República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelo princípio da prevalência dos direitos humanos. Prevê, ainda, no caput do artigo 5º, o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Conforme leciona Pedro Lenza (2013, p. 1027), a CRFB/88 trata dos direitos fundamentais em cinco grupos dispostos em seu segundo título: direitos individuais e coletivos, direitos sociais, nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos. Ainda de acordo com o professor Lenza, a doutrina costuma classificar os direitos fundamentais em dimensões de direitos.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão, conquistados quando da transição do Estado autoritário para um Estado de Direito e orientados pelo valor liberdade, consistem em direitos civis e políticos, revelando o respeito pelas liberdades individuais. Nas palavras de Bonavides (2010, p. 563):

os direitos de primeira geração ou direitos de liberdades têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão referem-se aos direitos sociais, culturais e econômicos. Diferentemente dos direitos fundamentais de primeira dimensão, caracterizam-se pela busca da atuação estatal, não em contrariedade ao direito à liberdade conquistado, mas a fim de que sejam prestados os serviços públicos destinados a promoção da igualdade entre os indivíduos.

De acordo com Cruz (2005, p. 14-15):

Não se trata apenas do acréscimo dos chamados direitos de segunda geração (os direitos coletivos e sociais), mas inclusive da redefinição dos de 1ª (os individuais); a liberdade não mais pode ser considerada como o direito de se fazer tudo o que seja proibido por um mínimo de leis, mas agora pressupõe precisa-

mente toda uma plêiade de leis sociais e coletivas que possibilitem, no mínimo, o reconhecimento das diferenças materiais e o tratamento privilegiado do lado social ou economicamente mais fraco da relação [...].

Os direitos fundamentais de terceira dimensão, conforme Lenza (2013, p. 1030), são direitos que ultrapassam a esfera individual e destinam-se à tutela de interesses do gênero humano, “com altíssimo teor de humanismo e universalidade”. Surgem em um cenário de transformações na sociedade internacional, ocasionadas pelo desenvolvimento tecnológico e científico que ensejou mudanças significativas nas relações sociais e econômicas, o que fez surgir a preocupação com a preservação ambiental e com a proteção dos consumidores.

No tocante aos direitos fundamentais de quarta dimensão, Norberto Bobbio (1992, p. 6) aduz que “já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo.” Trata-se de direitos decorrentes dos efeitos da globalização e das transformações possibilitadas pela pesquisa biológica.

Os direitos humanos, apesar de intrínsecos à condição humana, advém de lutas de ordem social, econômica e política. Nas palavras de Norberto Bobbio (1992, p. 20), “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.” Nessa ótica, observa-se que apesar das grandes conquistas na seara dos Direitos Humanos, há que se falar também em inúmeros retrocessos ocasionados principalmente por razões de natureza política e econômica. Neste ínterim, visando a promoção da paz mundial e do exercício dos direitos humanos, a segurança internacional, o progresso social e o desenvolvimento econômico, em 1945, após as atrocidades ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial, foi criada a Organização das Nações Unidas.

Assim, surgiram convenções, leis, tratados internacionais, e, entre eles, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, direcionada à formalização dos direitos do homem, objetivando a busca de sua efe-

tivação e observância. A partir de então, muitas foram as produções legislativas relativas aos Direitos Humanos, especialmente no Brasil. Entretanto, conforme pontua Bobbio (1992, p. 22), “o importante não é fundamentar os direitos do homem, mas protege-los. Não preciso aduzir que, para protege-los, não basta proclamá-los.” Nesse sentido, considerando as desigualdades existentes mesmo após tantos progressos, fica evidente a necessidade de continuidade das lutas pela evolução dos Direitos Humanos, a fim de, para além de sua positivação, seja garantido o seu exercício e não violação.

2 DIREITO À SAÚDE

Não obstante sempre ter sido pauta de discussão, por relacionar-se à vida, que é considerada o bem jurídico mais importante, nem sempre foi dada atenção especial à saúde no ordenamento jurídico brasileiro. Apesar das Constituições brasileiras anteriores terem sido omissas no tratamento específico do direito à saúde, tendo em vista a sua importância, conforme informa Asbahr (2004, p.16), a Constituição Federal de 1934 instituiu o direito à saúde associado ao direito do trabalho. Em 1937, a Carta Magna passa a prever disposições específicas acerca da saúde da criança. Em 1946 surgem no texto constitucional regras de repartição de competência relativas à saúde, determinando-a como matéria a ser tratada pela União. Em verdade, conforme preleciona Dallari (1995, p. 23), antes da promulgação da atual Constituição brasileira, “nenhum texto constitucional se refere explicitamente à saúde como integrante do interesse público fundante do pacto social”.

Conforme já exposto neste estudo, após o fim da Segunda Guerra Mundial, os resultados das atrocidades cometidas contra a vida humana e a situação política dos Estados ensejaram a necessidade da promoção de um pacto internacional, e, assim, em 1948 foi promulgada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que contemplou o direito à saúde em seu artigo 25º:

Artigo 25º.1. Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento,

mento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade (Paris, 1948).

Apenas em 1988, 40 (quarenta) anos após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a saúde foi considerada, passando a ser regulamentada em diversos dispositivos da CRFB/88, como no artigo 6º, que dispõe:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, 1988).

A CRFB/88 reservou, ainda, a seção II de seu segundo capítulo para regulamentação do direito à saúde. O artigo 196 assegura a saúde como

[...] direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção. (BRASIL, 1988).

Portanto, observa-se que o Poder Público é responsável pelo custeio da saúde no Brasil. Entretanto, pode-se observar que apesar de incluída no texto constitucional como direito social, a saúde não foi definida mediante um conceito expresso que pudesse traçar os contornos da atuação Estatal para sua garantia. Desse modo, ficaram a cargo da doutrina e da jurisprudência as ponderações mais específicas acerca das necessidades que se enquadram como saúde e que portanto devem ser supridas por meio de políticas públicas em atendimento aos citados comandos constitucionais. É consabido que pode ser entendida como de mínima importância a ausência do conceito de saúde no ordenamento

jurídico, porém é preciso observar que enorme leque de possibilidades de pleitos judiciais relacionados à saúde surge dessa problemática.

Não há consenso entre a maioria dos pensadores acerca do conceito de saúde. Engels (2008, p. 79), em sua obra denominada “A situação da classe trabalhadora na Inglaterra”, afirma que a saúde está totalmente atrelada à condição de vida do trabalhador em seu ambiente de trabalho e em sua comunidade. Descartes (DESCARTES apud DONATELLI, 2003, p. 325), compreendendo o corpo humano como uma máquina, demonstrou a ideia de saúde atrelada ao bom funcionamento da máquina humana. Figueiredo (2007, p. 77-78), assevera que a primeira compreensão de saúde relacionava-se a um aspecto transcendental, em que o enfermo era tido pelos primeiros povos como seres em que habitavam “demônios e espíritos malignos mobilizados por um inimigo”.

De acordo com o primeiro princípio da Constituição da Organização Mundial de Saúde (2006), saúde consiste em “um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente ausência de afecções e enfermidades.”⁹

Nascimento (2016, p. 201) aduz que os entes federados possuem o dever solidário de proporcionar aos cidadãos os serviços destinados à assistência à saúde, fornecendo todos os recursos imprescindíveis ao exercício do direito à saúde e à preservação da vida de seus administrados.

A esse respeito, o Supremo Tribunal Federal fixou tese de repercussão geral, reafirmando jurisprudência acerca da responsabilidade solidária da União, dos Estados e Municípios quanto ao dever de promover a assistência à saúde:

Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde e, diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de

⁹ Tradução livre de: “*La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.*”. (Organização Mundial da Saúde, 2006)

competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro (BRASIL, RE 855178/SE, 2019).

Apesar disso, a prestação do serviço público destinado à saúde ainda encontra muitos desafios em razão da falta de políticas públicas eficazes à efetivação do direito à saúde. Este fator somado à ausência de tratamento específico das definições de saúde engendra um quadro de aumento exponencial das ações judiciais destinadas à obtenção de medicamentos e tratamentos de saúde.¹⁰ Contudo, é evidente que em muitos casos não há tempo hábil para ajuizamento da ação, pois a gravidade do quadro do paciente exige medidas urgentes. Dessa forma, é consabido que não raro ocorrem óbitos por ausência de recursos que existem mas não foram padronizados pela rede pública ou não foram disponibilizados aos que deles necessitavam sob a justificativa de que não era financeiramente possível fazê-lo.

2.1 NATUREZA JURÍDICA

A natureza jurídica do direito à saúde é tema de grande relevância, não apenas para fins de classificação deste direito, mas pelas implicações advindas de sua consideração ou não como um direito fundamental, apesar de não incluído no artigo 5º da CRFB/88.

Delineadas as bases das três dimensões de direitos no tópico anterior, indispensável a abordagem específica da segunda dimensão de direitos, a qual caracteriza o direito à saúde, objeto do presente estudo.

Os direitos de segunda dimensão caracterizam-se pela busca da atuação do Estado, não em detrimento da liberdade proclamada no contexto do Estado Liberal, mas em atenção às necessidades que emergiam ante o caráter abstencionista do Poder Público. Nessa toada, entende-se que o surgimento de direitos de uma nova geração não exclui,

10 BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Analítico Propositivo. Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das Demandas, causas e propostas de solução.** Brasília, DF. p. 46, 2019. De acordo com o Conselho Nacional de Justiça, o Instituto de Ensino e Pesquisa (INSPER) constatou por meio de seus estudos que entre os anos de 2008 e 2017 houve aumento de 130% nas ações judiciais relativas à saúde.

mas acrescenta à abrangência da geração anterior. Assim, verifica-se que no cenário dos direitos fundamentais de segunda dimensão não existia a ideia de supressão da liberdade, mas buscava-se a prestação dos serviços públicos a fim de promover igualdade entre os indivíduos não apenas em caráter formal, mas de forma efetiva.

A esse respeito, Lenza (2013, p. 1029) esclarece que a segunda dimensão é composta dos “direitos sociais, culturais e econômicos, bem como dos direitos coletivos, ou de coletividade, correspondendo aos direitos de igualdade [...]”.

O direito à saúde, conforme visto no presente trabalho, está incluído no rol de direitos sociais do artigo 6º, disposto no capítulo II (“Dos Direitos Sociais”) da CRFB/88. Nas palavras de Humenhuk (2004, s.p.), o direito à saúde, além de apresentar-se como direito social, se revela também como direito fundamental, tendo em vista que sem a sua observância não será possível a preservação da vida e da dignidade da pessoa humana. Ademais, é conhecido que não é taxativo o rol do artigo 5º da CRFB/88, em que estão elencados os direitos fundamentais.

3 TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

A teoria da reserva do possível, surgida na década de 1970, na Alemanha, sob a denominação “reserva do financeiramente possível”, constitui o principal fundamento utilizado pelo Poder Público quando demandado em juízo a prestar serviços relativos à saúde. Preleciona o professor Andreas Krell, (2002, p. 107-109) que a Corte Alemã, sob o fundamento de que a concretização dos direitos dependia da reserva do possível, proferiu decisão sustentando que apenas poderia ser solicitado ao Estado aquilo que ele tivesse recursos para conceder. A decisão foi proferida em ação ajuizada por estudantes cuja pretensão era adentrar em universidade de medicina sob o argumento de que, conforme a Constituição Alemã, todos os alemães possuíam direito de escolher sua profissão e a instituição responsável por sua formação.

Nesse sentido, a teoria da reserva do possível é entendida como a prerrogativa do Poder Público de garantir alguns direitos apenas se

houverem recursos financeiros capazes de custeá-los. Leny Pereira Silva (2012, p. 26) aduz que

[...] o princípio da reserva do possível regula a possibilidade e a extensão da atuação estatal no que se refere à efetivação de alguns direitos sociais e fundamentais, tais como o direito à saúde, condicionando a prestação do Estado à existência de recursos públicos disponíveis (SILVA, 2012, p. 26)

Conforme sustentado por Krell, não é razoável a adesão a uma teoria advinda de um país cuja realidade socioeconômica é extremamente distante do contexto brasileiro. Assim, entende-se que a análise do quadro econômico, social, político e cultural do local onde o instituto jurídico teve sua gênese deve necessariamente preceder à sua aplicação por meio do Direito Constitucional Comparado. Isto posto, há que se considerar que diferentemente do Brasil, a Alemanha, berço da teoria em questão, não tem enfrentado uma grande crise de desigualdade social marcada por obstáculos na efetivação do direito à saúde, na promoção da educação, no combate à fome e no exercício de todos os direitos básicos constitucionalmente previstos.

A partir dessa análise, torna-se evidente que quando demandado em juízo, em tese, não poderia o ente federativo alegar insuficiência de recursos como justificativa quanto à ausência de garantia do direito à saúde. De outro lado, é compreensível a dificuldade do Poder Público arcar com despesas em detrimento do planejamento orçamentário, uma vez que tal fato implica em prejuízos a todos os setores.

Nesse sentido, Souza e Gomes (2019, p. 226) identificam a existência de duas situações conflitivas, uma vez que o direito à saúde deve ser garantido, devendo o Poder Público orientar suas ações no sentido de promover um Sistema Único de Saúde “constitucional”. Sustentam os autores que os artigos 6º e 7º da Lei 8.080/90 estabelecem duas determinações alicerçadas na CRFB/88:

Art. 6º. Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):

I - a execução de ações:

d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica.

Art. 7º. As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema. (BRASIL, 1990).

Tais determinações devem nortear e fixar os limites das ações do Poder Executivo (SOUZA; GOMES, 2019 p. 228), de modo que a prestação de serviço de assistência à saúde ocorra de forma integral, isto é, contemplando todas as necessidades do indivíduo mediante ofertas de tratamentos que visem a promoção da saúde em todos os seus aspectos, e, concomitantemente respeite os contornos estabelecidos pelo orçamento público.

Souza e Gomes (2019, p. 225) asseveram que a reserva do possível “pode ser entendida sob o aspecto da sustentabilidade e da dignidade da pessoa humana, sendo ampliada a teoria para além do viés orçamentário”. O que se almeja é o equilíbrio orçamentário aliado à consecução dos direitos previstos no ordenamento jurídico a fim de alcançar uma situação de bem-estar à população, evitando-se prejuízos em todos os âmbitos em que há a necessidade de atuação do poder público para a proteção de seus administrados. Para tanto, a análise da razoabilidade das solicitações relacionadas à saúde é uma via importante, e ao mesmo tempo perigosa, pois como pontuam Souza e Gomes (2019, p. 231), possibilita “[...] uma subjetividade muito grande na aplicação, inclusive sob o prisma do julgador. Desse modo pode levar a uma extrapolação dos limites de restrição permitidos no texto constitucional [...]”.

A partir desta reflexão verifica-se a importância da participação de cada indivíduo para o alcance desse almejado equilíbrio capaz de

possibilitar a concretização do fim constitucional de garantia do direito fundamental social à saúde. Cada ator social é responsável pela construção de uma sociedade de bem estar, isto é, um ambiente social justo, equitativo e inclusivo. É o que se denomina sociedade sustentável, considerando o desenvolvimento sustentável em seu caráter multidimensional, tal como se apresenta o bem estar. Essa construção no que diz respeito ao exercício do direito à saúde começa a se materializar a partir da reflexão acerca dos desafios enfrentados pelo Poder Público em razão dos bloqueios judiciais determinados sem observância ao seu planejamento de destinação dos recursos financeiros. Importante passo advém desta análise, que torna possível a ponderação acerca da razoabilidade de possíveis pleitos judiciais relacionados à saúde, bem como de suas consequências à todos os demais setores que devem ser objeto de tutela estatal. Não obstante a atuação dos indivíduos em prol do bem comum, permanece o dever do Estado de garantir o acesso à saúde, que não é passível de ser afastado pela teoria da reserva do possível, mas pode ter sua materialização “co-construída”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à saúde é considerado direito social fundamental, ainda que não incluído no rol do artigo 5º da CRFB/88. Isto pois, além do caráter não taxativo do conjunto de direitos previstos no artigo citado, o direito à saúde é essencial à proteção da vida, que conforme consabido é considerada o bem jurídico de maior relevância previsto no ordenamento, e, além disso, é um direito imprescindível para a garantia da dignidade da pessoa humana.

A ausência de recursos na seara administrativa para o exercício do direito à saúde enseja o ajuizamento de demandas em face do Poder Público para obtenção de medicamentos e tratamentos. Neste ínterim são deduzidas em juízo pretensões de naturezas diversas, que variam entre valores ínfimos e exorbitantes, tratamentos padronizados pela rede pública em qualidade diversa da pretendida, e inovações ainda não registradas pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Ainda que por óbvio sejam orientadas por

critérios jurídicos, ficam a cargo da discricionariedade do juízo as decisões de concessão ou não dos pedidos formulados. Dessa forma, são determinados muitos bloqueios judiciais nas contas bancárias dos entes da Administração Pública para a realização das pretensões apresentadas, ainda que o Poder Judiciário não possua recursos heurísticos e epistemológicos para tanto, haja vista tratar-se de análise a ser feita na seara das políticas públicas.

Verifica-se pelo presente estudo que a teoria da reserva do possível, apesar de apresentada pelo Poder Público quando demandado em juízo, não se caracteriza como justo impedimento para o dever solidário de prestação de serviços que garantam o exercício do direito fundamental à saúde. Entretanto, resta clara a real dificuldade enfrentada pela Administração para a concretização do direito à saúde ocasionada pela insuficiência de recursos.

Isto posto, verifica-se que a atuação da população apresenta-se como instrumento eficaz de eficientização do acesso à saúde. Isto pois a análise da razoabilidade de possível pleito judicial e suas consequências é capaz de promover o “desabarrotamento” do Poder Judiciário, a diminuição de sequestros judiciais nas contas Públicas, e, via de consequência, maior celeridade na apreciação de pleitos relacionados à saúde para os quais há extrema urgência ou não há alternativa padronizada pela rede pública. Cada membro da sociedade é ator social fundamental para a construção do desenvolvimento sustentável.

REFERÊNCIAS

ASBAHR, Péricles. Considerações sobre o direito humano à saúde. **Revista De Direito Sanitário**. São Paulo, v. 5, n.3, p. 16, nov. 2004. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v5i3p9-28>. Acesso em: 10 abril 2020.

Assembleia Geral da ONU (1948). **Declaração Universal dos Direitos Humanos** (217 [III] A). Paris, 1948. Disponível em: http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/declaracao_universal_dos_direitos_do_homem.pdf. Acesso em: 04 abril 2020.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. São Paulo: Elsevier Editora, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Analítico Propositivo. Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das Demandas, causas e propostas de solução**. Brasília, p. 46, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/f74c66d46cfea933bf22005ca50ec915.pdf>. Acesso em: 01 abril 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...]. Brasília, DF: Planalto, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm. Acesso em: 15 abril. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 855178/SE**. Responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde. Recorrida: União Federal. Relator: Min. Luiz Fux, 23 maio 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4678356>. Acesso em: 30 abril 2020.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulhe-**

- res, negros, homossexuais e portadores de deficiência.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- DALLARI, Sueli Gandolfi. **Os Estados Brasileiros e o Direito à Saúde,** São Paulo, Editora Hucitec, 1995.
- DONATELLI, Marisa Carneiro de Oliveira Franco. Descartes e os médicos. **Scientiae Studia.** São Paulo, v. 1, n. 3, p. 325, jul./set.2003. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S1678-31662003000300004>. Acesso em: 18 jun. 2020.
- ENGELS, Friedrich. **A situação da classe trabalhadora na Inglaterra.** São Paulo: Boitempo, 2008.
- FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde:** parâmetros para a sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, p. 77-78, 2007.
- HUMENHUK, Hewerstton. O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais. **Revista Jus Navigandi,** Teresina, ano 9, n. 227, fev. 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4839>. Acesso em: 15 jun. 2020.
- KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha:** os (des) caminhos de um Direito Constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- NASCIMENTO, Dulce. Mediação de Conflitos na Área da Saúde: experiência portuguesa e brasileira. **Revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário,** Brasília, v. 1, n. 3, p. 201-2011, jul/set 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.17566/ciads.v5i3.333>. Acesso em: 26 abril 2020.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Constituição da Organização Mundial da Saúde.** Nova Iorque, 1946. Disponível

em espanhol em: http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf. Acesso em: 20 abril. 2020.

PIOVESAN, Flávia. Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: inovações, alcance e impacto. In: FERREZ, Carolina Valença et al. **Manual dos direitos das pessoas com deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, Leny Pereira. **Direito à saúde e o princípio da reserva do possível**. 2012. Monografia (Especialização em Direito Público) – Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília, p. 26. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudien-ciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf. Acesso em: 10 maio 2020.

SOUZA, Júlio César; GOMES, Magno Federici. A judicialização na saúde e a fronteira entre o individual e o coletivo: considerações sobre o acesso ao sistema único de saúde sustentável. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 24 n. 1, p 207-239, jan./abr. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v24i11227>. Acesso em: 10 maio 2020.

ANÁLISE DA CRISE DEMOCRÁTICA NO DECORRER DA HISTÓRIA MUNDIAL ATÉ O BRASIL ATUAL

Anderson Milhomem Vasconcelos

I. INTRODUÇÃO

Não existem mais dúvidas de que o povo brasileiro não se sente representado pelos seus políticos, por mais que eles estejam ocupando tais cargos eletivos graças aos votos do próprio povo indignado.

Essa crise de identidade em que o eleitor e o eleito não se identificam ideologicamente é uma anomalia nas democracias ou surpreendentemente está presente na maioria delas? O regime democrático é adotado pela maioria dos países pelo mundo? Seria possível a existência de uma democracia plena, efetiva e acabada, ou sua essência sempre estará em busca de algo completo, sendo assim sempre utópica? Tais perguntas servem de norte para este trabalho, que tenta analisar o avançar histórico das democracias pelo mundo até se identificar quantos países a adotam nos dias de hoje.

A democracia brasileira está cada vez mais entrando em crise por falhas do seu próprio sistema de governo, e algumas medidas excepcionais devem ser tomadas para que este problema se resolva. Mas tais medidas não dependem apenas dos Três Poderes, cabem aos eleitores buscarem o conhecimento democrático para que esta crise seja sanada, pois conforme o conceito de democracia, o “o poder emana do povo”.

II. DA ORIGEM AO CONTEMPORÂNEO

O conceito de democracia possui como base a noção de que em sua modalidade de governo, o poder está nas mãos do povo. Esse significado é utilizado tanto agora no Estado contemporâneo quanto na Grécia antiga, porém, diante de elementos presentes na Constituição Federal de 1988, como o sufrágio universal, a população elege os seus representantes por meio do voto, e assim, o governo não é mais do “povo”, e sim da maioria. Na Grécia antiga também era da mesma forma, mas a “maioria”, não correspondia ao maior número de pessoas da população, como podemos ver nas palavras de Diniz:

Mesmo com o conceito de *governo da maioria*, temos que nem mesmo na Grécia a democracia era de fato o governo que correspondia à vontade do maior número de pessoas, uma vez que nela somente os cidadãos, ou seja: os homens, livres, maiores de 18 anos, que tivessem posses e fossem gregos poderiam participar e opinar nas assembleias realizadas a fim de decidir a vida política do estado; ficavam de fora das decisões as mulheres, as crianças, os estrangeiros e os escravos. Ainda hoje não se pode afirmar que a democracia é o governo de todos, nem tampouco da maioria. Em um país hipotético de 100 milhões de habitantes, o corpo eleitoral não chegaria a 40 milhões de pessoas, sendo que ainda assim, a vontade eleitoral é apurada por maioria relativa, ou seja: a *vontade geral* seria na verdade manifestada por uns 12 milhões de votos (DINIZ, 2016).

Antigamente, o Estado e o Direito funcionavam como reguladores da vida privada dos indivíduos, ou seja, existiam características totalitárias no conceito democrático antigo, já hoje, a atual constituição garante inúmeras garantias individuais, como a privacidade, a liberdade e a igualdade.

Conforme dito acima, o Estado Democrático de Direito é pautado na defesa de princípios como o da igualdade, conforme podemos ver abaixo:

O Estado Democrático de Direito tem por premissa superar as desigualdades sociais e regionais com a realização da justiça social por meio da vontade popular, soberana e enraizada em princípios constitucionais que consolidem a igualdade, a divisão de poderes, a segurança jurídica, a legalidade, os direitos fundamentais individuais, coletivos, sociais e culturais a partir de uma Constituição democrática como Lei Maior (GIACOMO, 2017).

É necessário informar que a igualdade mencionada acima, é um dos pilares do atual Estado Democrático, o que não acontecia na Grécia antiga. Pois naquele tempo haviam divisões na sociedade e determinados atos como a escravidão eram permitidos.

É importante salientar que outra característica bem marcante entre esses dois tempos em análise, é o fato de que garantias como a liberdade, a igualdade e a fraternidade, só existiriam na Grécia antiga se toda a estrutura política, econômica e social daquele momento estivesse voltada à atender tais finalidades, o que é de se concluir que não estavam.

O nascimento do Estado Democrático não ocorreu com a simples transição de sistemas políticos, pelo contrário, houve a necessidade de alguns movimentos político-sociais, como podemos ver:

O Estado Democrático moderno nasceu da luta contra o absolutismo. É possível destacar três grandes movimentos político-sociais que trouxeram os princípios que iriam conduzir ao Estado Democrático: a Revolução Inglesa que teve sua expressão mais significativa no Bill of Rights, de 1689; a Revolução Americana com seus princípios traduzidos na Declaração de Independência das treze colônias americanas, em 1776; a Revolução Francesa com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 (BORGES, 2015, p. 66).

Graças à esses movimentos que a ideia da criação de um Estado Democrático se sobressaiu perante os demais sistemas políticos. Porém, eram necessários alguns requisitos para a sua consolidação: a

igualdade de direitos, a conservação da liberdade e o predomínio da vontade popular.

Porém, a busca pela solidificação desses três pilares originou os primeiros problemas relacionados à democracia, que são: os questionamentos sobre o predomínio da vontade popular, se a maioria da população realmente está apta a tomar as melhores decisões para eles; a dualidade entre a liberdade e a igualdade e se a democracia poderia encontrar alguma forma de compatibilidade com as formas de governo que existiam na época.

Como podemos perceber, a instalação da democracia não era uma simples tarefa a ser realizada naquele período. Para alguns estudiosos, não era considerada nem mesmo uma boa forma de governo:

Winston Churchill chegou a afirmar que em comparação com as outras formas de governo que foram experimentadas antes, a democracia poderia ser considerada a pior de todas. Já quanto a definição de democracia de George Bernard Shaw, este a fez como um episódio em que a população seria governada de uma maneira não melhor do que mereceria, onde as eleições efetivariam a ascensão ao poder de muitos incompetentes, ao invés de alguns poucos corruptos, como acontecia antes. Bertand Russel afirmou que não acreditava que os políticos que fossem eleitos jamais seriam mais estúpidos do que os eleitores que os elegeram (ODIFREDDI, 2010, p. 7).

Graças aos estudos de história de Axt (2009), pode-se perceber que no Brasil, durante o período imperial, tivemos menos do que 1% da população da época exercendo de forma efetiva o seu direito ao voto. Já com o avançar do tempo, durante o Segundo Reinado, por mais que tenha ocorrido um determinado avanço nas questões da economia e sobre a liberdade de imprensa, a escravidão ainda existia, e com isso, não se conseguiu a aprovação de um Código Civil.

A federação fora instituída após a proclamação da República em 1889, porém a democracia existente nesse período era apenas superficial. Foi apenas na Revolução de 1930, que a legislação trabalhista surgiu, dando direitos aos trabalhadores, e a Justiça eleitoral, que ga-

nhou mais força com a Constituição de 1934, a qual deu o direito ao voto às mulheres.

Apenas durante a década de 80, depois da ditadura militar existente desde 1964, graças ao movimento civil denominado de “Diretas Já”, que a população se reuniu com o intuito da ocorrência de uma eleição presidencial.

Em 1988, fora promulgada a Constituição Federal de 1988, a qual garantiu aos cidadãos diversos direitos civis e sociais, podendo utilizar como exemplo o Princípio da Dignidade Humana, que fora promovido à um Princípio Fundamental da República.

Porém, mesmo diante de tantas conquistas, as quais serão melhor abordadas no próximo tópico, a democracia encontra-se, atualmente, em crise no Brasil e em outros países pelo mundo, a justificativa para isso são diversos fatores, os quais podemos citar alguns:

Em que pese tantas conquistas foram alcançadas, atualmente se convive no Brasil com a compra e venda de votos (do eleitor e/ou do eleito nas barganhas parlamentares), com a corrupção nos Poderes Públicos, com escândalos corriqueiros convertidos em norma, com dólares (provenientes de negociatas políticas) escondidos em cueca, meias ou bolsas, com atos secretos praticados por senadores e com violações sistemáticas dos direitos humanos. Estes são indícios da precariedade normativa e da crise que a democracia enfrenta (BORGES, p. 68).

Assim, a ocorrência de alguns fatos pode ser considerada como fatores que originaram na crise da democracia, como a falta de confiança da população em suas autoridades políticas, e por consequência um demasiado desinteresse dos eleitores no exercício de seu direito ao voto.

Porém, a crise da democracia não é um assunto recente nos estudos das ciências políticas, como podemos perceber nas palavras de Castaldo:

Apesar do caráter embrionário do debate atual, a crise da democracia não é um tema novo na literatura. Na verdade, a teoria política é muito clara ao afirmar que a democracia é in-

concebível sem uma crise. Esta afirmação remonta aos escritos de Platão, de Aristóteles, de Políbio, de Thomas Hobbes nos primórdios da era moderna, e ao início da contemporaneidade com os escritos de Tocqueville, Marx e Max Weber. O debate acerca da crise ganhou um novo impulso durante a década de 1970, com teóricos e cientistas políticos como Jürgen Habermas, Crozier, Huntington e Kimihito, Linz e Huntington (CASTALDO, 2018).

Com a análise dos dizeres do autor supracitado, é de se concluir que a existência de uma democracia implica na necessária ocorrência de uma crise, mas para que essa não impeça que os regimes democráticos deixem de funcionar ou à garantir a defesa dos direitos dos seus cidadãos, uma série de elementos e mecanismos são necessários, os quais veremos alguns a seguir.

III. ELEMENTOS/MECANISMOS DEMOCRÁTICOS

Antes de analisarmos alguns elementos e mecanismos das democracias atuais, primeiro nos faz necessário saber se realmente a democracia é o regime político predominante entre todos os países. Tal estudo é realizado periodicamente (a cada quatro anos) pela revista *The Economist*, denominado *Democracy Index*, o qual realiza um levantamento sobre quais os regimes políticos existentes pelo mundo.

O último *Democracy Index* ocorreu em 2017, e dos 193 países existentes pelo mundo hoje, 167 foram analisados, recebendo seus regimes políticos uma nota de zero a dez, de acordo com os critérios abaixo:

- (1) Processo eleitoral: processo realizado com justiça, liberdade, pluralidade em todas as eleições, para todos os cargos elegíveis
- (2) Funcionamento do governo: honestidade e eficácia nas questões governamentais, especialmente, nas questões financeiras. A transparência também é muito importante.
- (3) Cultura política: participação política dos cidadãos nas escolhas dos governantes, o desenvolvimento de uma cultura po-

lítica de participação e discussão das questões da sociedade e do governo e o apoio ao governo.

(4) Liberdades civis: liberdade de expressão e imprensa são os elementos mais observados e valorizados (DEMOCRACY INDEX, 2017, p. 61-62).

O *Democracy Index* de 2017 (p. 2) obteve como resultado os seguintes dados, conforme abaixo mostrado:

(1) Como democracia plena: 19 países foram classificados. A maioria são países nórdicos, mas temos também, a Nova Zelândia e o Uruguai.

(2) Como democracia com falhas: 57 países, entre eles o Brasil que fica, nas classificações sempre entre 44º lugar e 49º.

(3) Como regimes híbridos: 39 países.

(4) Como regimes autoritários: 52 países

Parando para analisar os dados acima, podemos perceber que dos 167 países analisados, apenas 45% vivem sob o regime democrático, e se utilizarmos um nível de exigência maior, apenas os países da primeira categoria, ou seja, 19 países, seriam considerados democráticos.

Dito isso, iremos então analisar dois pontos cruciais para uma democracia, o primeiro deles está relacionado com a escolha dos governantes pelos cidadãos e o segundo com os mandatos políticos dos representantes, se suas atividades estão em consonância com os valores que fazem parte de um regime democrático.

Conforme mencionado acima, podemos entender a democracia analisando dois momentos, o procedimento eleitoral de escolha dos representantes, onde os princípios da liberdade e igualdade garantidos na Constituição de 1988 agem para amparar o direito ao voto de cada cidadão, e o segundo momento que é o período do mandato eleitoral de cada representante eleito, o qual deve agir de acordo com os valores democráticos, sempre buscando haver uma coesão entre seu poder e o povo, caso isso não aconteça, dar-se-á assim o início da crise.

Esses dois momentos são os principais causadores de problemas nas eleições no Brasil nos últimos tempos, e por mais que o país venha trilhando um caminho de fortalecimento de suas instituições democráticas, podemos afirmar que ainda existe muito à melhorar. E para ajudar nessa trajetória, a educação política pode ser uma forte ferramenta.

A educação política não faz parte apenas do campo teórico, a Constituição Federal de 1988, trouxe em seu artigo 14 e incisos, instrumentos de participação popular, os quais fazem com que a população seja chamada para agir e ajudar o governo a tomar decisões com uma observância maior ao regime democrático

O artigo 14 da Constituição (BRASIL, 1988) trás em seus incisos três tipos de instrumentos de participação popular:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

I - plebiscito;

II - referendo;

III - iniciativa popular.

A regulação infraconstitucional e os conceitos desses instrumentos chegaram ao ordenamento jurídico brasileiro com a Lei n. 9.709/98, os quais podemos resumir de forma simples:

O plebiscito é convocado com anterioridade a ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo, pelo voto, aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido (art. 2º, parágrafo 1º). O referendo é convocado com posterioridade a ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição (art. 2º, parágrafo 2º). A iniciativa popular é regulamentada pelo art. 61, parágrafo 2º da CF/88 e permite a apresentação de projeto de lei ao Congresso Nacional (Câmara dos Deputados), desde que subscrito por 1% do eleitorado nacional, dividido em não menos do que cinco Estados da Federa-

ração, pronunciando-se cada um deles com não menos do que 0,3% dos seus eleitores (BORGES, p. 71).

Porém, ao se analisar os índices de utilização de tais instrumentos, percebemos que os mesmos não são tão utilizados quanto deveriam ser, pois diante da magnitude da importância deles, da celeridade de suas decisões, e pela sua grande aprovação popular, tais medidas acarretariam um enorme fortalecimento das bases democráticas no país, pois o poder estaria compartilhado com a população de forma direta, e grandes problemas como a falta de confiança em seus governantes seriam solucionados.

Outros pontos positivos para a utilização de tais instrumentos de participação popular seriam o amadurecimento intelectual e social dos cidadãos, pois ao fazê-los decidir sobre assuntos nacionais, faria com que eles buscassem conhecimentos para entender melhor sobre os problemas que a nação enfrenta, e no campo prático, a utilização de tais medidas não custaria grande montantes aos cofres públicos, pois se aproveitaria toda a estrutura e *modus operandi* já utilizada nas eleições.

Porém, como dito acima, a consulta popular só teria sentido em ser realizada, se a população buscar aprimorar seus conhecimentos sobre as questões que forem decididas, e para isso, é necessária sopesar os argumentos contrários e favoráveis de todos os assuntos que forem a ser decididos.

No tocante a escolha dos representantes, a Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) também trouxe alguns requisitos para que nem todo indivíduo venha a ser candidato nas eleições, que são:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

§ 3º São condições de elegibilidade, na forma da lei:

I - a nacionalidade brasileira;

II - o pleno exercício dos direitos políticos;

III - o alistamento eleitoral;

IV - o domicílio eleitoral na circunscrição;

V - a filiação partidária;

VI - a idade mínima de:

a) trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador;

b) trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal;

c) vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz;

d) dezoito anos para Vereador.

Tais requisitos foram criados a fim de se buscar um perfil de candidato mais responsável e maduro ao ponto de não cometer ilícitos e a respeitar os valores democráticos, porém, não existem dúvidas de que tais condições são insuficientes para se alcançar este fim.

Diante de todos os cenários de escândalos políticos os quais o Brasil atravessou nos últimos anos, a população tem se sentido cada vez menos representada pelos políticos que estão no poder, e mais tem se refletido acerca da efetividade do sistema representativo, e quais mudanças seriam necessária para aprimorá-lo.

Analisaremos a seguir algumas possíveis soluções para os problemas que se apresentam na realidade democrática brasileira.

IV. PROBLEMAS E POSSÍVEIS SOLUÇÕES

Conforme pudemos concluir sobre os estudos mostrado acima do *Democracy Index*, a maior parte dos países do mundo não vivem sob um regime democrático, e infelizmente, ainda existem muitos países sob o manto da democracia, mas que se utilizam de mecanismos e valores autoritários.

Podemos ter duas consequências pelo acontecimento de uma crise, uma positiva e uma negativa: de um lado podem ser analisados todos os acontecimentos, as funções de cada estrutura, os motivos e quais

seriam os meios mais adequados para se chegar às soluções mais efetivas na busca pelo fortalecimento do Estado e do outro pode se aceitar a derrota e determinar o fracasso de todas as instituições.

Buscando entender o lado positivo, é necessário observar as nações que já tiveram os seus períodos de crise, para identificar quais foram os motivos e como resolveram seus problemas para sair. Com isso, podemos perceber que os pontos mais importantes a serem reforçados nas democracias em crise são:

- (1) organizar e resolver o problema do crescimento econômico;
- (2) custodiar os direitos e combater as desigualdades;
- (3) distribuir de forma discernida e como critérios claros os gastos sociais. Pontos simples e diretos para se postular, mas difíceis e conflituosos de se realizar (RIBEIRO, 2019).

Em primeiro lugar, fora identificado um “gatilho exógeno” para as crises democráticas, que as instabilidades econômicas de um país. As crises econômicas são identificadas como uma espécie de problema no campo político, que a depender do seu tamanho, pode levar a desencadear todo um distúrbio na sociedade e nas estruturas de um país.

Deve-se analisar em quais condições o acúmulo do capital está sendo realizado e se elas são realmente rentáveis para manter tais investimentos, e por outro lado, o governo deve investir cada vez mais no bem-estar social e econômico da população, que em momentos de instabilidades políticas e financeiras, exigirão mais dessas posturas do governo.

Conforme podemos ver nas palavras de Castaldo, as crises democráticas devem ser resolvidas da forma mais imediata possível, pois caso ela dure, maior será o dano nos pilares da sociedade e do governo:

Quanto mais esta crise durar, maiores serão as probabilidades de uma crise de legitimidade, que consiste numa retirada em massa do apoio ao sistema democrático formal, e que pode ser indiciado, por exemplo, por abstenção nas eleições, pelo esvaziamento dos partidos e pela perda de confiança no Estado.

Finalmente, quanto mais forte a crise de legitimidade, maior a possibilidade de que esta crise transite do nível sistêmico ao individual, colocando em risco os pilares fundadores da sociedade: os indicadores mais evidentes serão um declínio acentuado no apoio aos princípios de ética de trabalho e da ordem normativa da democracia (CASTALDO, 2018).

Um estudo de Dahl sobre as sociedades que enfrentaram crises, nos cita quais seriam duas características que uma sociedade deve ter para se evitar as crises, ou seja, sociedades em que as instituições democráticas estão implantadas solidamente, que são:

Duas características da sociedade que favorecem a democracia: 1^a) O Poder, a influência e a autoridade encontram-se dispersos em ampla variedade de indivíduos, grupos, associações e organizações (ao invés de se concentrar em um único polo); 2^a) Encorajam as atitudes e crenças favoráveis aos ideais democráticos (recursos políticos dispersos do mesmo modo que o dinheiro, conhecimento, status, acesso às organizações). Importante observação: nestas sociedades dificilmente a disputa política restringe-se a pequenas elites (DAHL *apud* BORGES, p. 69).

Concluindo seu estudo, Dahl ainda nos demonstra como condições impeditivas do fortalecimento das instituições democráticas a interferência das Forças Armadas nos círculos políticos e algumas tradições culturais que sejam contrárias às ideias democráticas.

É interessante citar outro importante estudo sobre crises democráticas, este realizado por Huntington, o qual nos trás o conceito das “ondas”. Para ele, na história das democracias existem duas fases, uma em que há uma forte onda de democratização, em que as democracias se expandem e se fortalecem, as quais são seguidas por uma onda de reversão, onde as democracias entram em crise e o número de países democráticos diminui, conforme podemos ver abaixo:

A primeira onda abrange de 1828 a 1926 (de 64 nações independentes, 24 eram democráticas) (45,3%), seguindo-se a

brutal reversão ocorrida entre 1922 e 1942 (neste último ano, as nações independentes haviam se reduzido a 61 e apenas 12 – 19,7% – preservaram o regime democrático). A segunda onda de democratização ocorreu entre 1943 e 1962. Devido à derrocada dos sistemas coloniais, em 1962 o número de estados ascendia a 111, elevando-se as nações democráticas a 36 (32,4%). A segunda reversão tem lugar entre 1958 e 1975. Em 1973, para 122 estados nacionais havia apenas 30 (24,6%) democracias. Em 1990 as nações democráticas equivaliam a 58 (30,2%), porquanto o número de países se havia elevado a 192. Essa seria a terceira onda (HUNTINGTON *apud* PAIM; PROTA; RODRIGUEZ, 2007, p. 154-158).

Se seguirmos a ideia de Huntington, a onda da reversão pode já estar acontecendo neste exato momento com os países democráticos ou está na iminência de acontecer, acarretando assim em inúmeras crises e por consequência, em um decréscimo do número de países que adotam o regime democrático.

Um dos principais impasses da democracia está justamente relacionado ao seu principal conceito, “poder do povo”, mas será que o “povo” estaria mesmo em condições de entender a gravidade de muitas questões que devem ser decididas em um país? Será que o “povo” possui consegue compreender sobre a estrutura do Estado e com base nisso, realizar melhores escolhas de governantes para solucionar seus problemas? Muitos autores respondem de forma negativa para essas duas perguntas, mas, mesmo que o povo não saiba realizar tais condutas da forma correta, sua presença no poder, de forma direta ou indireta, é um dos pilares da democracia.

Não precisamos conceituar e nem individuar o povo responsável por tal poder, já que se trata de um conceito extremamente heterogêneo, mas é de uma importância ímpar para as democracias que o povo exerça o seu direito ao voto de forma completamente livre, tanto na formulação de ideias em seu consciente, quanto no momento de externá-las na hora de votar.

Tais pontos são facilmente resolvidos dando uma divulgação ampla sobre os debates, temas e pautas dos candidatos de uma eleição e

evitando quaisquer tipos de ameaça ou coação dos eleitores à votar em determinado candidato.

Para que o eleitor exerça seu direito ao voto de forma plena e consciente, eles deve tomar todo o conhecimento acerca do que está para decidir, e autores como Azambuja demonstram a importância da utilização das propagandas nos períodos eleitorais:

Aos processos e métodos psicológicos e técnicos empregados com o intuito deliberado de formar uma opinião no povo, de orientar e modificar uma opinião existente, denomina-se propaganda. A propaganda utiliza todos os modos de comunicação do pensamento e de sugestão, e é modernamente um formidável instrumento usado pelos governos, partidos políticos e corporações de toda espécie para criar correntes de opinião, suscitar desejos coletivos, distrair, captar e dirigir a atenção do povo. A propaganda é um meio poderoso tanto para o bem como para o mal. De um lado, pode facilitar o funcionamento da democracia, descobrindo métodos quase irresistíveis de despertar a atenção e criar pontos de vista, de interessar o povo nos assuntos políticos e habituá-los a pronunciar-se. De outro lado, pode ser fonte de desvirtuamento e corrupção da opinião, pois pode sonegar ou desfigurar os fatos, sugerir falsos motivos, falsos desejos, falsas esperanças, e criar opiniões errôneas, injustas ou simplesmente inúteis para o bem público (AZAMBUJA, 2008, p. 294).

Não restam dúvidas de que as propagandas possuem um grande potencial educacional em informar os eleitores sobre todos os assuntos relacionados o processo eleitoral, para assim estarem melhor municiados nas suas escolhas de candidatos. Porém, há de se observar com cautela em como tais propagandas serão veiculadas, devendo estas serem fiscalizadas por órgãos do Estado com competência e capacidade técnica de aferi-las.

Deve ocorrer uma priorização dos debates e sobre os questionamentos e as críticas da população para com os candidatos. Para Dahl, o amplo conhecimento das regras do jogo democrático

pelo cidadão é de suma importância para um Estado Democrático, pois para ele, o “eleitor tem que ter suficiente qualificação cultural para identificar adequadamente seus interesses” (DAHL *apud* BORGES, p. 69).

Porém, depois de séculos de um péssimo sistema educacional, esta solução se torna muito difícil de ser concretizada, pois de que adiantaria um bom debate se os destinatários das informações, os eleitores, não possuem conhecimento para estarem a altura de entendê-las.

Além de educar os eleitores, se faz necessário a educação dos eleitos, tanto para exporem suas ideias com maior clareza e efetividade, como principalmente exercerem seus mandatos, caso eleitos, de forma coerente e em respeito aos valores democráticos.

Como podemos perceber nas palavras de Borges:

Se de um lado tem-se o povo que deve livremente externar seus anseios políticos, do outro estão aqueles que têm a responsabilidade de, por meio da representação, realizá-los. Por isso outro instrumento importante para o aprimoramento da democracia é a qualificação do candidato (BORGES, p. 74).

Analizamos anteriormente os requisitos que um indivíduo deve ter para se candidatar à um cargo eletivo, e pudemos perceber que uma qualificação para o cargo não estava nesse rol de requisitos, e por isso esse assunto merece um pouco mais de atenção. Pois, por mais que um representante instruído e com uma devida qualificação para o exercício do cargo não seja uma garantia para que ele agira sempre com respeito às leis e aos valores democráticos, seu maior conhecimento o ajudará à projetar melhores ideias, fazendo com que suas tomadas de decisões no cargo sejam melhor embasadas.

Diante de tudo o que fora exposto até agora, podemos chegar à dois pontos importantes para uma melhor representação democrática, que são um processo cíclico de troca de representantes, ou seja, deve se utilizar mecanismos para renovar os que já estão no poder, e retirar àqueles que não agem com lisura, e o mais importante, superar os séculos de educação precária e buscar educar os eleitores sobre todo o processo democrático.

Um cidadão bem municiado com o conhecimento sobre o processo eleitoral e o regime democrático irá defender os seus direitos com maior frequência e eficácia. Conforme podemos perceber nas palavras de Nyerere:

Um homem pode defender seus direitos com eficácia apenas ao compreender o que significam e ao descobrir como utilizar a máquina constitucional para defender tais direitos – tal conhecimento faz parte do desenvolvimento (NYERERE *apud* BARUFFI, 2008, p. 87).

Sem dúvidas a educação é uma grande ferramenta para a democracia, e ainda é um dos direitos fundamentais presentes na carta magna, ou seja, possui caráter absoluto e intangível, cujo os representantes devem respeito e obediência.

O grande foco na educação é porque pode-se concluir que um povo com uma educação de bom nível, será um povo formado por eleitores preocupados com seu país e com quem eles indicam como seus representantes.

V. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Primeiramente, conforme pudemos ver pelos dados estatísticos mostrado, os regimes democráticos não são a maioria dos regimes políticos adotados pelos países pelo mundo, e ao se aprofundar nos estudos relacionados as crises, pode-se perceber que tais crises são elementos presentes dentro das próprias democracias.

Existem estudiosos que chegaram a afirmar que a democracia e a crise são movimentos cíclicos, que depois de grandes picos de democratização, grandes picos de reversão virão depois, e os dados históricos comprovaram isso, o que nos leva a aceitar que atualmente nos encontramos na iminência de um período de reversão, o qual grandes crises poderão ou já acontecessem nos regimes democráticos pelo mundo.

Ao se buscar mecanismos democrático no Brasil, percebeu-se que por mais que exista um aparato legal que faça com que a população participe nas tomadas de decisões de forma mais ativa, os mesmos não

realizados com frequência, o que acarreta em um enfraquecimento de nosso regime democrático, pois isso leva cada vez mais os eleitores à se indignarem com seus representantes.

Conclui-se que as soluções mais eficazes são o alto investimento na educação tanto dos eleitores quanto dos representantes sobre os conhecimentos necessários para que os regimes democráticos prosperem, e mesmo que programas de educação com essa finalidade sejam criados, será necessário paciência até que os frutos dessa educação venham a aparecer, diante de séculos com uma educação precária.

Um regime em que a população (eleitores e eleitos) seja educada com os valores democráticos, e que os mecanismos de participação popular nas tomadas de decisões nacionais sejam utilizado com frequência, alcançar-se-á um nível de democracia o mais próximo possível do que o mundo pragmático pode presenciar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AXT, Gunter. **Democracia no Brasil: um breve histórico**. CULT – Revista Brasileira de Cultura, São Paulo, ano 12, n.137, p. 48-50, jul. 2009. Disponível em: <https://revistacult.uol.com.br/home/democracia-no-brasil-um-breve-historico/>

AZAMBUJA, Darcy. **Introdução à ciência política**. 2 ed. São Paulo: Globo, 2008, p. 294.

BORGES, Rosângela Mara Sartori. **Reflexões Sobre A Democracia De Ontem E A Crise No Brasil De Hoje**. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 77, 2015. Disponível em: https://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1472580558.pdf

BRASIL. **Constituição Federal**, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

CASTALDO, Antonino. **O Fim da Terceira Vaga de Democratização? A crise da democracia: Uma revisão seletiva do debate acadêmico atual**. Relações Internacionais. n°59. Lis-

boa. Set. 2018. Disponível em: http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1645-91992018000300002.

DEMOCRACY INDEX. *The Economist*. Intelligence Unit. 2017. Disponível em: https://pages.eiu.com/rs/753-RIQ-438/images/Democracy_Index_2017.pdf.

DINIZ, Ana Paula Fagundes. **A democracia: breve histórico, conceito e tipos.** Jus Navegandi. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/50350/a-democracia-breve-historico-conceito-e-tipos>.

GIACOMO, Michael Almeida di. Democracia brasileira, sistema eleitoral e soberania popular. *Âmbito Jurídico*. 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-161/democracia-brasileira-sistema-eleitoral-e-soberania-popular/>.

HUNTINGTON, Samuel *apud* PAIM, Antonio; PROTA, Leonardo; RODRIGUEZ, Ricardo Vélez. **Curso de humanidades – política: guias de estudo.** Londrina: Ed. Humanidades, 2007, p. 154-158.

NYERERE *apud* BARUFFI, Helder. **A educação como direito fundamental: um princípio a ser realizado.** In: FACHIN, Zulmar (Org). Direitos fundamentais e cidadania. São Paulo: Método, 2008

ODIFREDDI, Piergiorgio. **Os paradoxos da democracia.** In: Simpósio Nacional de Direito Constitucional, 9, 2010, Curitiba, ABDConst.

RIBEIRO, Elton Vitoriano. **Democracia em Crise?.** Conferência de Provinciais na América Latina e Caribe (CPAL). 2019. Disponível em: <https://jesuitas.lat/pt/noticia/1478-democracia-em-crise>.

O RESPEITO AO NOME SOCIAL DE PESSOAS TRANSGÊNERO COMO REFLEXO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Árilla Nascimento Oliveira

Jéssica de Jesus Cândido

Natane Barbosa dos Santos

Thays Dias Silva

Introdução

O progresso histórico e social das pessoas transgêneros, incentivou movimentos em diversas áreas, em especial no âmbito do Direito. Contudo, a falta de legislação referente à alteração do prenome e do sexo no Registro Civil em relação aos transgêneros, fez com que fosse proposta a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4275, para requerer o direito de alteração do prenome e do sexo no registro civil, independentemente de realização da cirurgia transexualizadora.

Nesse sentido, a pergunta norteadora do trabalho é: Em que medida o direito à alteração do prenome e do sexo no Registro Civil, sem a necessidade de cirurgia de mudança de sexo, corresponde a uma faceta da dignidade da pessoa humana? O presente artigo visa abordar a dignidade da pessoa humana, como um fundamento principal, de modo que possibilite a alteração do prenome e do sexo no Registro Civil das pessoas transgêneros. Para tanto, foi necessária uma análise sobre o princípio da dignidade humana, com ênfase nas pessoas transgêneros;

os aspectos principais do Nome Social; a imutabilidade do prenome no Registro Civil diante dos direitos das pessoas transgêneros e a análise da ADI 4275.

A metodologia empregada foi a de pesquisa exploratória e bibliográfica. O método de pesquisa utilizado para o desenvolvimento do trabalho foi o indutivo, partindo da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, que versou sobre a ADI 4275. Assim, foi realizado o estudo, com ênfase nos reflexos e conexões com as demais áreas da Ciência do Direito, especificamente do Direito Constitucional e dos Direitos Humanos, partindo da leitura, discussão e interpretação da ADI 4275 e dos autores que são referência na matéria.

Quanto aos instrumentais técnicos, utilizou-se material bibliográfico, com referencial teórico que abrange doutrina, a ADI 4275, artigos científicos, legislação, especialmente a Lei n. 6.015/1973, que trata dos Registros Públicos, o Código Civil de 2002, a Constituição Federal do Brasil de 1988, além de jurisprudências.

No tópico inicial, foram abordados os diversos conceitos e sentidos da dignidade da pessoa humana, com contribuição de autores especialistas nesta matéria. Tratou-se de como é afetada a dignidade humana da pessoa transgênero, quando se exige, como condição de reconhecimento de direito, uma cirurgia transexualizadora.

O segundo subtítulo abordou a diferenciação quanto ao gênero e identidade sexual e às formas de manifestação desta última, em especial entre as pessoas transexuais e transgêneros. Abordou-se, ainda, o conceito de Nome Social, diplomas normativos que asseguram o direito à sua implantação na prática e, também, sobre o direito da identidade das pessoas transgêneros.

Na sequência, tratou-se da imutabilidade do Registro Civil em relação à segurança jurídica, as possibilidades de alteração do prenome contidas na Lei n. 6.015/1973, especialmente no que diz respeito à alteração do prenome por “Apelidos Públicos e Notórios”. Assim, a pesquisa analisou a contribuição de autores e de jurisprudências sobre a possibilidade da alteração do prenome e do sexo no Registro Civil, independentemente de cirurgia de mudança de sexo, no caso das pessoas transgêneros.

Por último, investigou-se a ADI 4275, por meio dos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), especialmente no que se refere às divergências sobre a forma de alteração do prenome e do sexo no Registro Civil, em razão da segurança jurídica. Ao final, abordou-se a decisão da ADI 4275, proferida pelo Tribunal Pleno do STF, que foi pautada, principalmente, no direito à dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade humana e as violações sofridas pelas minorias LGBTQIAA+

Inicialmente, cumpre destacar que o conceito de Dignidade Humana é polissêmico. Razão pela qual, este tópico se ocupará, *a priori*, da concepção histórica e de algumas abordagens conceituais que, embora divergentes, são complementares entre si. De modo que, ao final, seja possível levar sua interpretação às minorias sexuais, notadamente Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transgêneros, Queers, Intersexuais, Assexuais e Aliados à causa (LGBTQIAA+).

A Dignidade Humana é simultaneamente um valor fundamental e um princípio constitucional, que atua como fundamento normativo para os direitos fundamentais (BARROSO, 2019, p. 246). É a partir dessa atuação principiológica que se obtém os imperativos de vedação ao preconceito, à discriminação, à tortura e aos tratamentos degradantes contidos nos arts. 3º e 5º da Constituição Federal de 1988.

Apesar da primeira menção à Dignidade, no ordenamento brasileiro, ter ocorrido na Constituição de 1934, por meio de um viés econômico, a abordagem desse princípio com enfoque na proteção do ser humano, dar-se-á, apenas, a partir da II Guerra Mundial, com o movimento neoconstitucionalista.

O genocídio e as experiências científicas desumanas foram o estopim para que as nações enxergassem que a dominação de grupos e raças sobre outros não levava à paz, tampouco à vitória, mas à intolerância. A partir de então, tratados e declarações mundiais passaram a abordar a dignidade humana, para evitar que em prol da dominação econômica, fossem admitidos, novamente, escravidão, apartheid e genocídios sob a legitimação do Estado (JÚNIOR, 2019, p. 1586).

Os jusnaturalistas enxergam este direito como parte da essência do ser humano e, portanto, anterior ao Estado. Em contrapartida, há a corrente que concebe o princípio da dignidade da pessoa humana como uma criação institucional do Direito, modificando-se no cotidiano e, conseqüentemente, mantendo a estabilidade e a unidade da Constituição (PEDUZZI, 2009).

Pode, ainda, ser entendido como propriedade intrínseca do ser humano, essa é a concepção de que as pessoas são dignas por si mesmas e, em sentido negativo, seria dizer que nenhum grupo ou pessoa será tratado como superior (FRIAS; LOPES, 2015).

Para Lincoln Frias e Nairo Lopes, esse sentido é insuficiente porque não explica a razão pela qual todos são iguais em consideração e elencam um segundo sentido: a dignidade como resultado de propriedades extrínsecas. De acordo com essa concepção, embora todos sejamos dignos, a submissão a tratamentos cruéis leva a perda dessa dignidade, vale dizer, a ideia de dignidade estaria ligada a um mínimo existencial (FRIAS; LOPES, 2015). Os referidos autores consideram que esse sentido é muito amplo e não especifica quais seriam os elementos do mínimo existencial.

Para os autores, o elemento determinante do mínimo existencial é a autonomia, o que leva ao terceiro conceito de dignidade abordado por eles, concebendo-a como resultado de propriedades adquiridas. Partindo dessa perspectiva, a dignidade humana existe porque os indivíduos possuem autonomia para se determinarem e regerem a si mesmos.

O primeiro conceito de Dignidade abordado nesse tópico é aquele segundo o qual os indivíduos devem ser tratados de forma igual, seja pelo Estado seja por outros indivíduos. A Dignidade como fruto de uma construção institucional existe, justamente, para evitar a violação de direitos e subordinação de grupos a outros.

Na concepção de dignidade como propriedade extrínseca, a qual exige um mínimo existencial, está a se falar de liberdade sexual, acesso a trabalho, respeito à privacidade e integridade física e proteção contra danos morais (FRIAS; LOPES, 2018, p. 666). Assim, a exigência de cirurgia transexualizadora, vale dizer, estaria condicionando um direito à restrição de outro, pelo fato de que a cirurgia deixaria de ser opção

e passaria a ser uma necessidade para adequar o nome a identidade de gênero. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018).

Oportuno dizer que a última concepção de dignidade aqui elencada, é a que mais se relaciona à ideia do presente trabalho, qual seja, a de interpretar a transexualidade não mais como um distúrbio da identidade sexual, mas um reflexo da autonomia da pessoa, resultado do direito à autodeterminação que, por sua vez, compõe a personalidade, a identidade e a dignidade.

Essas violações, aliadas à falta de legislação positiva, levaram à propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4275, a qual será oportunamente discutida, bem como o direito ao Nome Social como componente da identidade humana que, por sua vez, integra o princípio da Dignidade Humana.

Do Nome Social Como Componente Da Identidade Das Pessoas Transgêneros

O princípio da Dignidade da pessoa humana está ligado a outros direitos constitucionais, como o direito à liberdade, à igualdade, à cidadania, à identidade pessoal e à personalidade. Tais direitos esbarram na proteção das identidades sexuais e possuem grande relevância no cenário jurídico, pois a falta de lei específica que discipline essa temática contraria princípios norteadores da Carta Magna de 1988 (BRASIL, 1988).

Para Joan Scott (1988, p. 14), o gênero é “um elemento constitutivo de relações sociais fundadas sobre as diferenças percebidas entre os sexos, e o gênero é um primeiro modo de dar significado às relações de poder”. Isso porque, para a autora, o sexo é o material biológico dos seres humanos, entendendo-os a partir do binarismo – homem e mulher–, sendo essa a diferença sexual natural e biológica dos seres, independentemente do momento histórico em que se vivenciam. Entretanto, ao contrário desse entendimento, gênero se funda a partir das relações culturais e de socialização entre tais indivíduos, promovendo as relações de poder e representações, o que ocasiona as diferentes características psicossociais, que são passíveis de modificações.

Ao considerar o pensamento de Oliveira e Knoner (2005), o sexo está diretamente ligado à anatomia humana, relacionado com as par-

ticularidades estruturais e funcionais que distinguem o feminino e o masculino, enquanto o gênero diz respeito aos papéis sociais que tais indivíduos executam na sociedade, em função da cultura, política e moral, sendo uma construção ideológica, a qual pode ser alterada para que se obtenha a igualdade do ponto de vista social.

Sob análise de Michel Foucault (1997), as diferenças sexuais resultam da sexualidade e do gênero, os quais, juntos, antecedem a instituição do sexo. Ainda dispõe que a sexualidade é criada no âmbito social, sendo direcionada pela sociedade e pela família, determinando as emoções, condutas e desejos, individualizando os seres. Sendo assim a identidade sexual é o resultado do desejo, este que pode se dar de maneiras diversas e mutáveis.

Nesse sentido, muitos indivíduos não se adequavam aos padrões de identidade sexual pré-estabelecidos, sendo vistos como portadores de distúrbios patológicos e desviadores da moral. Contudo, esses sujeitos tem ganhado espaço social e lutado por seus direitos, pois, embora vivenciem o mesmo propósito e até os mesmos atos discriminatórios, se diferenciam quanto a auto percepção, podendo haver diversas classificações quanto à identidade de gênero. Dessas diferentes auto percepções a que se abordará nesse trabalho é a das pessoas transgêneros, que inclui transexuais e travestis.

Os transgêneros são os indivíduos que não se identificam com seu sexo biológico, mas com o oposto, e compreendem tanto os transexuais quanto os travestis, em que ambos se encontram vivendo em desconformidade com o sexo de nascimento (BARBOZA, 2012), podendo apresentar ou não a vontade de realizar procedimentos cirúrgicos ou hormonais para se aproximarem do sexo correspondente à sua identidade de gênero.

Picazio (1998 p. 45-50) pontua que: “A transexualidade, [...] não é orientação do desejo, mas uma não identificação com o corpo biológico”. Isso porque, os transexuais além de não se identificarem com o sexo biológico a que pertencem, possuem o desejo de transformação por meio dos métodos cirúrgicos e hormonais para se adequarem e assemelharem ao sexo oposto.

Analogamente, Stoller (1993, p. 28) explica: “O transexualismo é uma desordem pouco comum, na qual uma pessoa anatomicamente

normal sente-se como membro do sexo oposto e, conseqüentemente, deseja trocar seu sexo, embora suficientemente consciente de seu verdadeiro sexo biológico”. Dessa forma, os transexuais se revelam com uma inadequação física e psicológica ao sexo que pertencem, pretendendo ajustar-se ao gênero que entende ser o seu.

Assim, feitas as ponderações necessárias para a fluidez deste trabalho, analisar-se-á que, independentemente das diversas formas de manifestações de gênero, o desejo ou não da cirurgia de redesignação sexual não é pressuposto para mitigação dos direitos de tais indivíduos. Inclusive por força do direito à igualdade, uma das garantias jurídicas mais remotas, positivada na Lei das XII tábuas em Roma no ano de 450 a.C e analisada por Aristóteles, na Grécia Antiga, no século IV a.C, o qual dizia que: “[...] devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade [...]”.

Posteriormente, em 1948, esse direito foi estabelecido na Declaração dos Direitos Humanos (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948), refletindo na Constituição de 1988, em seu art. 5º, *caput* (BRASIL, 1988), o qual preceitua que todos são iguais perante a lei, garantindo direitos invioláveis que devem ser respeitados em seu grau máximo.

Nesse sentido, ao se abordar os direitos das pessoas transgêneros, está a se considerar o direito ao Nome Social, pois é este que lhes garantirá a composição de sua identidade de gênero e conseqüente respeito aos direitos personalíssimos. *A contrário sensu viola-se* direitos fundamentais dessas pessoas, desde a dignidade até a igualdade, já explicada, incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, observa-se que, o Nome Social compõe não só a identidade de gênero, mas a necessidade de individualização e integração dos seres humanos a um grupo social. Para tanto, cita-se o pensamento de Gonçalves (2017, p.137):

O direito ao nome é espécie dos direitos da personalidade, pertencente ao gênero do direito à integridade moral, pois todo indivíduo tem o direito à identidade pessoal, de ser reconhecido em sociedade por denominação própria. Tem ele caráter

absoluto e produz efeito erga omnes, pois todos têm o dever de respeitá-lo.

Inclusive o Código Civil dispõe, em seu art. 16, que todos possuem o direito ao nome, prenome e sobrenome (BRASIL, 2002), sendo que tais conceitos ainda são motivo de grandes confusões, quanto ao seu emprego. Entretanto, constatou-se que o primeiro nome é o definidor da identidade do indivíduo.

Necessário, ainda, conceituar nome social, o qual, segundo (CERQUEIRA 2015), é aquele que os indivíduos transgêneros, incluindo os travestis e transexuais, adotam para se identificarem e assim esperam que a sociedade o faça. Tal conceito foi estabelecido pelo Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (CNCD/LGBT-QIAA+), em sua Resolução nº 11, de 18 de dezembro de 2014, tendo como base os Princípios de Yogyakarta.

Nesse contexto, explica Nardi, Silveira e Machado (2013, p. 54):

Para travestis, homens e mulheres transexuais e pessoas que destoam das normas de gênero, o nome social é um elemento central na construção das suas novas identidades. Esse novo nome, que podemos inicialmente compreender como — nome social, é cuidadosamente escolhido e passa a ser utilizado para se relacionar com outras pessoas e se apresentar socialmente. Nossa experiência empírica como pesquisadores(as) e trabalhadores(as) do campo de gênero e da sexualidade mostra que a aceitação do uso do nome social por parte da população e das instituições de forma geral é encarada por essas pessoas como uma forma de respeito à sua construção identitária. Esse fato possibilita a expressão de suas construções de gênero com menos risco de discriminação ou preconceito.

Dessa forma, para garantir a efetividade do Nome Social, e por não existir um diploma normativo que trate exclusivamente da admissibilidade de alteração do prenome ao Nome Social dos sujeitos transgêneros, faz-se necessário utilizar-se das legislações já existentes,

conforme supramencionado o Código Civil, para garantir a proteção e salvaguardar direitos desses grupos vulneráveis socialmente.

O primeiro diploma normativo que assegurou a implantação do Nome Social foi estabelecido pela Secretaria de Estado de Educação do Estado do Pará, por meio da Portaria nº 16/2008 GS, declarando que todas as escolas da rede pública estadual do Pará, a partir da data de 02 de janeiro de 2009, teriam a obrigação de registrar, no ato da matrícula, o Nome Social de travestis e transexuais. Na esfera Federal, essa normatização ocorreu somente em 23 de maio de 2010, com a Portaria nº 233/2010 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, possibilitando que os servidores públicos federais transgêneros pudessem utilizar o Nome Social que lhes foram conferidos nas comunicações internas e externas, nos crachás e endereços eletrônicos, a fim de evitar conflitos fundamentados na discriminação e preconceito nos ambientes de trabalho.

No decorrer dos últimos cinco anos, criou-se diplomas normativos, como o Decreto nº 49.122, de 17 de maio de 2012 do Estado do Rio Grande do Sul, que versava sobre a elaboração da Carteira de Nome Social para o tratamento do nome adequado na administração pública estadual, entre tantas outras resoluções do Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transgêneros (CERQUEIRA, 2015).

Nesse contexto, a luta persistente da população transgênero por esse direito no Brasil levou a Procuradoria Federal a ingressar com a ADI 4275, pleiteando a alteração do prenome no Registro Civil, independentemente de cirurgias de transgenitalização. No dia 01 de março de 2018, o STF autorizou, com 11 votos favoráveis, que as pessoas trans pudessem realizar a alteração sem a necessidade de ordem judicial ou laudo médico. Uma conquista relevante na luta do grupo transgênero pela efetivação de muitos direitos fundamentais expressos na Constituição.

A possibilidade de alteração do prenome no Registro Civil será desenvolvida com maior aprofundamento no tópico seguinte e demonstra a conquista e a oficialidade do Nome Social, sendo documento que certificará ao indivíduo sua real identidade, promovendo o direito à liberdade, à personalidade e à cidadania.

Da imutabilidade do Registro Civil frente aos direitos das pessoas transgêneros

Segundo Francisco Amaral (2000), o Registro Civil tem como intuito trazer a publicidade dos fatos jurídicos que são de interesse para as pessoas e para a sociedade, garantindo segurança, eficácia e autenticidade a esses fatos jurídicos de grande importância para a vida das pessoas e, também, aos interesses inerentes dos sujeitos de direito.

O prenome, de acordo com o art. 58 da Lei dos Registros Públicos 6.015/1973, é em regra imutável, embora seja admitida a substituição por “Apelidos Públicos e Notórios”. Esse termo genérico leva a inúmeras discussões sobre sua abrangência. Antes da alteração do art. 58, no parágrafo único, pelas Leis n. 9.708/1998 e n. 9.807/1999, admitia-se a retificação do prenome quando constatado erro gráfico. Também se autorizava a mudança no caso do parágrafo único do art. 55 da mesma lei, o qual proibia que o oficial do Registro Civil documentasse prenome capaz de “expor ao ridículo os seus portadores”. Apesar de que isso não esteja mais previsto, Gagliano e Pamplona Filho (2019) entendem que a permissão continua, seja porque a expressão “Apelidos Públicos e Notórios” engloba “Nome Certo”, seja pela vedação ao registro de prenomes ridículos.

De acordo com Gonçalves (2019), a jurisprudência já vinha concedendo a substituição do prenome oficial do Registro pelo prenome de uso, sendo assim, se o indivíduo é conhecido por todos por prenome diferente do que está descrito em seu registro, a alteração pode ser solicitada em juízo, visto que o prenome imutável, de acordo com os tribunais, é aquele que foi colocado em uso, e não o que está descrito no registro.

Seguindo essa linha de pensamento, segundo Gagliano e Pamplona Filho (2019), a jurisprudência tem fornecido importante contribuição concedendo, mesmo que excepcionalmente, a troca do nome em casos que, ainda, não são aceitos de modo geral pelo direito positivo, como a discussão jurídica a respeito da possibilidade de mudança de sexo.

Sendo assim, as jurisprudências já vinham concedendo o direito de alteração do prenome e do sexo no registro civil das pessoas transgêneros,

independente de cirurgia. Tais como, Apelação Cível N° 70057414971, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Data do Julgamento: 05/06/2014; Apelação Cível N° 25683-69.2014.8.09.0051, Tribunal de Justiça de Goiás, Relator: Dr(a). Delintro Belo De Almeida Filho, Data do Julgamento: 15/12/2016; Apelação Cível N° 1002592-51.2016.8.26.0127, Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator: J.B. Paula Lima, Data do Julgamento: 12/12/2017; Apelação Cível N° 0547233-93.2015.8.05.0001, Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, Relator: Maurício Kertzman Szporer, Data do Julgamento: 01/06/2017.

Ao analisar as jurisprudências sobre o assunto, foi possível perceber que a alteração do prenome era concedida na maioria das vezes. No entanto, divergiam sobre a alteração do sexo no Registro Civil, visto que muitos magistrados afirmavam que para tal mudança, seria necessária uma intervenção cirúrgica.

É importante mencionar que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) realizou a I Jornada de Direito da Saúde, no mês de maio de 2014, com intuito de discutir os problemas próprios à judicialização da saúde. Nessa jornada, foram aprovados dois enunciados acerca da alteração do prenome e do sexo no Registro Civil, sem a necessidade de cirurgia transgenitalizadora, vale dizer:

ENUNCIADO N° 42 Quando comprovado o desejo de viver e de ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto, resultando numa incongruência entre a identidade determinada pela anatomia de nascimento e a identidade sentida, a cirurgia de transgenitalização é dispensável para a retificação de nome no registro civil.

ENUNCIADO N° 43 É possível a retificação do sexo jurídico sem a realização da cirurgia de transgenitalização.

Esses enunciados foram imprescindíveis para firmar o entendimento de que a desnecessidade da cirurgia transgenitalizadora é a concretização do direito à dignidade humana, refletido pela adequação do prenome e do sexo no Registro Civil, com que os transgêneros se identificam.

Portanto, a alteração do prenome já vinha sendo admitida de forma excepcional, para salvaguardar a segurança jurídica de terceiros interessados. Todavia, essa excepcionalidade nem sempre abarcava a alteração do prenome e do sexo no Registro Civil, para adequá-los a identidade de gênero. Por isso foi proposta a ADI 4275, que será explanada no próximo tópico, com o intuito de requerer o direito à alteração do prenome e do sexo no Registro Civil, por parte das pessoas transgêneros, independentemente de cirurgia de mudança de sexo.

Da ADI 4275: o conflito entre a imutabilidade do registro civil e a dignidade das pessoas transgêneros

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4275 buscou dar interpretação conforme a Constituição ao art. 58 da Lei n. 6.015/1973, visando possibilitar às pessoas transgêneros a retificação do prenome no Registro Civil consoante ao Nome Social, independente de procedimento cirúrgico.

Por maioria absoluta, os ministros entenderam que a exigência de procedimento transexualizador como pré-requisito para a retificação do prenome no Registro Civil viola o princípio da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, o próprio Estado Democrático de Direito, pois aquele é pressuposto deste (LINHARES; SEGUNDO, 2016). Asseveraram que, ao exigir a cirurgia transexualizadora para assegurar o direito à identidade, estava-se a violar o direito à integridade, pois em linhas gerais, seria impor a mutilação para aquele que busca, apenas, exercer seus direitos personalíssimos (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018).

Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio fez importante colocação: “A dignidade da pessoa humana, princípio desprezado em tempos tão estranhos, deve prevalecer para assentar-se o direito do ser humano de buscar a integridade e apresentar-se à sociedade como de fato se enxerga.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018, p. 12).

Divergiram quanto à forma como ocorreria a alteração pautando-se pela segurança jurídica. Para os ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski, o procedimento de alteração deveria ocorrer por meio da jurisdição voluntária, posto

que o Registro Civil é documento público e, como tal, só poderia ser modificado na via judicial.

Para os ministros Marco Aurélio, Alexandre de Moraes e Gilmar Mendes, a modificação deveria obedecer aos mesmos requisitos estabelecidos nos arts. 3º e 4º da Resolução nº 1.955/2010 do Conselho Federal de Medicina (CFM), visando garantir que a alteração não seria por mera liberalidade da pessoa e mantendo o nome anterior acessível a terceiros interessados, como o Estado e os credores.

As divergências pautadas, em tese, pela proteção da segurança jurídica não se sustentaram. Primeiro, porque as partículas identificadoras da hereditariedade: sobrenome e Registro Geral e Cadastro de Pessoa Física (CPF) não seriam modificados, apenas o prenome. Segundo, porque, ao exigir que o transexual tenha órgãos correspondentes ao sexo, tem-se a manutenção daquilo que ele busca amenizar: o sentimento de não pertencimento à sociedade (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018).

Assim, a decisão majoritária do pretório excelso com fulcro nos Princípios da Yogyakarta e Enunciados 42 e 43 da I Jornada de Direito e Saúde do CNJ, foi pela desnecessidade de cumprimento de quaisquer requisitos, devendo a modificação ocorrer na via notarial e administrativa, bastando a autodeclaração da pessoa interessada (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018).

Ainda que não houvesse tais disposições legislativas, obrigar o transexual a apresentar um laudo médico, ou exigir tempo de convivência de sua identidade de gênero em nada se relaciona à segurança jurídica. Ao contrário, coloca a transexualidade como uma condição da qual o indivíduo é vítima, o que é incompatível com um Estado Democrático. Como asseverou o ministro Edson Fachin “A pessoa não deve provar o que é e o Estado não deve condicionar a expressão da identidade a qualquer tipo de modelo, ainda que meramente procedimental.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018, p. 38).

A propositura da ADI 4275 foi paradigmática, haja vista que discussões sobre direito das minorias desvela preconceitos e amplifica o poder de amparo a essas pessoas. Ora, o STF é conhecido como o guardião da Constituição e, portanto, não poderia deixar de reconhecer o

direito das populações transgêneros de alterar o prenome, tornando-o compatível com sua personalidade. Procedência diversa esbarraria em princípios máximos estabelecidos no bloco de constitucionalidade, tais como o direito de personalidade, igualdade e, sobretudo, dignidade da pessoa humana.

Outrossim, a decisão reforçou a função contra majoritária conferida ao STF no que se refere à efetiva proteção das minorias. Nos termos do voto do ministro Celso de Melo, o papel da Suprema Corte é justamente proteger as minorias dos excessos da maioria e, ainda, atuar contra as omissões dos grupos majoritários que, resultado da inércia do poder Estatal, levam muitas vezes à perpetuação do preconceito e da discriminação (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018).

Ao exercer esta função, reforçou a concepção de que o Estado Democrático de Direito precisa assegurar a dignidade, a integridade, a liberdade e a igualdade humanas, pois impedir ou obstar essa modificação é violar a Constituição e ir em sentido contrário ao processo de aceitação dos direitos das minorias sexuais.

Considerações Finais

Ao debruçarmo-nos sob a histórica luta dos LGBTQIAA+, em especial dos sujeitos transgêneros em prol do reconhecimento de seus direitos, há uma inegável disparidade entre esses grupos face ao Estado e à sociedade. Todavia, essa comunidade persiste, na busca por reconhecimento e pertencimento social.

Nesse sentido, o tópico inicial deste trabalho demonstrou que o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como princípio constitucional foi crucial para que Estado e sociedade reconhecessem a igualdade, no sentido material. Consequentemente, a dignidade da pessoa humana estabeleceu-se como base, meio e fim para que os transgêneros, com fulcro em sua autonomia, alcançassem o direito de terem em seu Registro Civil o prenome e o sexo com o qual se identificam.

O segundo item comprovou que a busca dos transgêneros pelo direito de registrarem o prenome de acordo com seu “Nome Social”, perpassa pelo entendimento de que este direito está ligado a um direito

personalíssimo, formador da identidade do transgênero. Nessa perspectiva, demonstrou-se que essa compreensão esbarra na necessidade de abandonar teorias que relacionam sexo e gênero a uma questão biológica para, então, concebê-lo em um viés social e cultural.

O subtítulo referente ao Registro Civil possibilitou demonstrar que a modificação do prenome das pessoas transgêneros não afeta a segurança jurídica. Ao contrário, está inclusa a excepcionalidade legislativa de adequação para o “Nome certo” e ao “Nome Social” que compõem a identidade do indivíduo transgênero e diminui a exposição ao ridículo.

Desse modo, o acolhimento do pedido pelo STF, no âmbito da ADI 4275, do direito dos transgêneros de alterar o nome e o sexo no Registro Civil sem a necessidade de cirurgia transexualizadora, demonstrou uma evolução no cenário jurídico quanto ao respeito à individualização, à identidade, à autonomia e, por conseguinte, à dignidade das pessoas transgêneros.

Portanto, cumpriu-se com o objetivo principal do trabalho, pois, como demonstrado em todo o texto, o acolhimento da ADI 4275 relaciona-se, inequivocamente, ao respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Não obstante, ainda há muitas batalhas a serem travadas por esta comunidade na busca pelo reconhecimento de seus direitos. Há, ainda, a necessidade de união entre Estado e sociedade para que haja a inclusão deste grupo nos meios sociais, bem como para diminuir os altos índices de violência para com estas pessoas.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil – introdução**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BARBOZA, Heloisa Helena. Transexualidade: a questão jurídica do reconhecimento de uma nova identidade. **Revista Advir**, Rio de Janeiro: jul. de 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/73069/o-transgenero-segundo-o-stf/1>. Acesso em: 18 jun. 2020.

BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Jur., 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 68. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. **Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16015compilada.htm. Acesso em: 01 dez. 2019.

CERQUEIRA, Rodrigo Mendes. **Nome Social**: propósito, definição, evolução histórica, problemas e particularidades: As principais diferenças entre o Nome Social e o nome civil à luz das recentes inovações legislativas. Publicado em: Dezembro de 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/45219/nome-social-proposito-definicao-evolucao-historica-problemas-e-particularidades/2>. Acesso em: 18 jun. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **I Jornada do Fórum Nacional da Saúde**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoeforum-da-saude-3/i-jornada-do-forum-nacional-da-saude/>. Acesso em: 28 jun. 2020.

FRIAS, Lincoln; LOPES, Nairo. Considerações sobre o conceito de Dignidade Humana. **Revista Direito GV**, São Paulo, 11(2), p. 649-670, Jul-Dez 2015. Disponível em: [HTTP://DX.DOI.ORG/10.1590/1808-2432201528](http://dx.doi.org/10.1590/1808-2432201528). Acesso em: 18 jun. 2020.

FOUCAULT, M. **História da sexualidade: a vontade de saber**. Rio de Janeiro: Graal, 1997.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Parte Geral. 21ª. Edição, revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2019.

- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Parte geral.12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Parte Geral.16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- JÚNIOR, Flávio Martins. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva Jur., 2019.
- LINHARES, Emanuel Andrade; SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. (ORGS). **Democracia e Direito Fundamentais**: uma homenagem aos 90 anos do Professor Paulo Bonavides. São Paulo: Atlas, 2016.
- NARDI, Henrique Caetano; SILVEIRA, Raquel da Silva; MACHADO, Paula Sandrine. **Diversidade Sexual, relações de gênero e políticas públicas**. Porto Alegre: Sulina, 2013.
- OLIVEIRA, Anay Stela; KNÖNER, Salette Farinon. **A construção do conceito de gênero**: uma reflexão sob o prisma da psicologia. Trabalho de Conclusão de Curso. Blumenau: FURB, 2005.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal do Direito do Homem**. Disponível em: https://brasa.org.br/declaracao-universal-dos-direitos-humanos/?gclid=EA1aIQob-ChMI1Nn4p-GN6gIVkwqRCh2iJQekEAYASAAEgJv_D_BwE. Acesso em: 18 jun. 2020.
- PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Perspectiva do Direito como Integridade**. Dissertação de Mestrado (Programa de Pós-Graduação em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2009.
- PICAZIO, C. Diversidades sexuais. **Sexo secreto**: temas polêmicos da sexualidade. São Paulo: Summus, 1998.
- SCOTT, Joan W. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. **Educação e Realidade**, vol. 16, n. 2, Porto Alegre, jul./dez. 1990.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação direta de inconstitucionalidade 4275/DF**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691371>. Acesso em: 15 jun. 2020.

STOLLER, R. J. Uma introdução à identidade de gênero. *In: Masculinidade e feminilidade: apresentações do gênero*. Tradução Maria Adriana Veríssimo Veronese. Porto Alegre: Artes Médicas, 1993, p. 28. Disponível em: <https://www.ifch.unicamp.br/ojs/index.php/ael/article/view/2513/1923>. Acesso em: 18 jun. 2020.

TJRS, **Apelação Cível nº 70057414971**. Órgão julgador: Oitava Câmara Cível, Relator: Rui Portanova, Data Julgamento: 05/06/2014. TJRS, 2014. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em: 28 jun. 2020.

TJGO, **Apelação Cível, nº 25683-69.2014.8.09.0051**, Órgão Julgador: 5 Câmara Cível, Relator: Dr(a). Delintro Belo De Almeida Filho. Data do Julgamento: 15/12/2016. Disponível em: <https://www.tjgo.jus.br/jurisprudencia/juris.php>. Acesso em: 27 jun. 2020.

TJSP, **Apelação Cível nº 1002592-51.2016.8.26.0127**; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Foro de Carapicuíba - 2ª Vara Cível; Relator (a): J.B. Paula Lima; Data do Julgamento: 12/12/2017. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>. Acesso em: 27 jun. 2020.

TJBA, **Apelação Cível nº 0547233-93.2015.8.05.0001**; Órgão Julgador: Segunda Câmara Cível; Relator (a): Maurício Kertzman Szporer; Data do Julgamento: 01/06/2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.tjba.jus.br/>. Acesso em: 28 jun. 2020.

A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES: IMPACTOS ORÇAMENTÁRIOS DAS DECISÕES DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DA COMARCA DE MOSSORÓ/RN

Ivonzéilton Leite Nunes

Dalliane Vanessa Pires Andrade

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil (Brasil, 1988) aponta já em seu artigo 1º, inciso III, um dos alicerces do Estado Democrático de Direito, o Princípio da Dignidade Humana, que deve servir de espeque para a garantia de qualquer outro direito.

Importa mencionar que em se tratando do direito à saúde, a Constituição de 1988 foi a primeira a considerá-lo no rol dos direitos fundamentais, seja quando em seu artigo 6º, de forma abrangente, elenca-o juntamente com os direitos sociais da educação, da alimentação, do trabalho, da moradia, do transporte, do lazer, da segurança, da previdência social, da proteção à maternidade e à infância e da assistência aos desamparados, seja quando trata-o isoladamente, como no caso dos artigos 196 a 200 (Brasil, 1988), sendo apontado, nos dizeres de Sarlet (2002) como um direito e um dever, este último não

só do Estado, mas do próprio indivíduo para consigo e dos particulares em relação a terceiros.

Após a redemocratização no ano de 1988, criou-se o Sistema Único de Saúde (SUS) que foi materializado com a Lei nº 8.080, conhecida como Lei Orgânica da Saúde (LOS) e na Lei nº 8.142, ambas de 1990.

Coube, portanto, ao SUS garantir de forma integral, universal e sem custos o acesso a uma série de serviços e insumos capazes de salvaguardar o direito à saúde, estando sob a tutela do Ministério da Saúde e com responsabilidades pactuadas entre os três entes da federação (União, Estado e Município), formando a chamada gestão tripartite.

Saliente-se que a Lei 8.080/1990 elenca em seu artigo 7º os princípios e diretrizes do SUS (Brasil, 1990), conforme demonstrado a seguir:

I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;

II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;

IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;

(Grifos nossos).

Contudo, a positivação de um direito não é garantia de sua efetividade (Coelho & Remédio, 2016) e, em se tratando do direito à saúde, muitos são os desafios enfrentados pela população brasileira espalhada por todo esse país de dimensões continentais, podendo-se, a título de ilustração, citar a grave crise da ausência de médicos nas mais remotas comunidades após a saída dos profissionais cubanos do Programa Mais Médico.

Ante a violação ao direito social fundamental entra em cena o Poder Judiciário, que autorizado pela Lei Magna do país, uma vez que o artigo 5º, inciso XXXV assegura que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (Brasil, 1988).

É nesse contexto que surge o fato chamado de judicialização da saúde, através do qual os cidadãos buscam, por via judicial, a garantia de seu acesso ao direito à saúde, gerando obrigações mediatas e imediatas a um dos entes da federação, com responsabilização individual ou solidária.

A questão da judicialização da saúde reveste-se de certa peculiaridade quando se trata de violações de direitos de crianças e adolescentes, justamente por determinação constitucional quando consagra em seu artigo 227 a chamada prioridade absoluta, imputando à família, à sociedade e ao Estado o dever legal de resguardar, dentre outros direitos, à vida e à saúde (Brasil, 1988).

Tal prioridade firma-se na Doutrina da Proteção Integral que admite a criança e o adolescente como cidadãos, sujeitos de direitos e com centralidade e prioridade no acesso às políticas sociais (Rizzini & Faleiros, 2009).

É certo que a judicialização da saúde tem fortes impactos junto ao Poder Executivo, especialmente no que diz respeito ao orçamento do ente demandado, uma vez que a Lei Orçamentária Anual (LOA), responsável por estabelecer as receitas e despesas que serão realizadas no ano posterior a sua aprovação, deve ser aprovada pela casa legislativa até o final de cada ano e, assim, não se pode programar as crescentes demandas judiciais para garantir o acesso ao direito à saúde. Dessa forma, pergunta-se: qual o impacto da judicialização da saúde de crianças e adolescentes realizados pela Vara da Infância da Comarca de Mossoró, nos orçamentos do Estado do Rio Grande do Norte e dos municípios que compõem a referida comarca?

Ante o exposto, o presente estudo se propôs e analisar a repercussão financeira no orçamento dos entes federativos sujeitos à jurisdição da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Mossoró/RN no ano de 2019, nos casos que envolve o direito fundamental à saúde de crianças e adolescentes.

Para tanto, buscou-se: I) demarcar os procedimentos com demandas de acesso ao direito à saúde na Vara da Infância e Juventude de Mossoró/RN; II) averiguar o impacto financeiro destas decisões nos cofres públicos dos entes federativos demandados; III) traçar um perfil

das partes envolvidas nestes processos que buscam a tutela judicial para garantir o acesso à saúde de crianças e adolescentes.

Em tempos de escassez de recurso e crescentes demandas, o presente trabalho justifica-se para que se tenha uma noção do impacto das decisões judiciais nas contas públicas, de modo que se possa prever no orçamento anual recursos para esse tipo de demanda.

REVISÃO BIBLIOGRÁFICA

2.1 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E O SISTEMA DE SAÚDE NO BRASIL

A Constituição da República Federativa do Brasil (CF) promulgada em 1988 enceta alterações na atmosfera jurídica, social e cultural do Brasil. Inicia-se um período político-social de garantias de direitos, até como reflexo do que se assistia no restante do mundo.

Avocada de constituição cidadã, Ulisses Guimarães (1998), deputado federal que presidia o Congresso Constituinte no momento da promulgação da Constituição, asseverou que “a exposição panorâmica da lei fundamental que hoje passa a reger a Nação permite conceituá-la, sinoticamente, como a Constituição coragem, a Constituição cidadã, representativa e participativa”, justamente pelo fato de em seu escopo trazer um leque maior de direitos, bem como forçando o Estado a criar meios de garanti-los.

Importa mencionar que nesse novo contexto de redemocratização e de garantias de direitos fundamentais, a Constituição traz no artigo 1º, inciso III um de seus princípios basilares – a dignidade da pessoa humana. Este princípio serve de arrimo para tantos outros direitos implícitos e explícitos na Lei Magna. Podendo-se utilizar como exemplo o artigo 6º da Constituição, onde no qual se enumeram os chamados direitos de segunda geração ou direitos sociais, assim listados: “a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados” (Brasil, 1988).

Observa-se que o direito à saúde aparece pela primeira vez no artigo 6º como direito fundamental de eficácia plena e aplicação imediata

e, posteriormente, nos artigos 196 a 200, como de oferta obrigatória do Estado, como um dever.

Passados dois anos, aprova-se a Lei nº 8.080/90, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, a chamada Lei Orgânica da Saúde. A referida lei arquitetava o Sistema Único de Saúde – SUS, delineando os seus princípios, como observado em seu artigo 7º.

As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal (Brasil, 1988):

198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

Apesar de instituído em 1990, o SUS apenas foi regulamentado no ano de 2011, por meio do Decreto nº 7.508, ocasião em que se estabeleceu com maior clareza as responsabilidades de cada ente federativo ante a ideia de financiamento tripartite e da gestão participativa (Brasil, 1990). A intenção pretendida era justamente robustecer os espaços de controle social, bem como favorecer uma maior inteiração com os usuários.

Em que pese ser um dos maiores sistemas de saúde do mundo, o SUS ainda não conseguiu sua plena eficácia na garantia de acesso à saúde pública de qualidade a todos os seus usuários. As longas filas de espera que alguns usuários esperam para atendimento de procedimentos de média e alta complexidade, bem como o acesso a medica-

mentos e tratamentos de alto custo terminam por motivar os usuários a recorrerem ao Poder Judiciário como meio de garantir a tutela jurisdicional para a efetivação do seu direito fundamental de acesso à saúde, forçando os entes dos Poderes Executivos nas três esferas à garantia desse direito.

2.2 A SEPARAÇÃO DE PODERES E A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

A separação de poderes encontra inspiração no filósofo grego Aristóteles (1999), por meio do qual são constatados prenúncios das funções executivas, legislativas e judiciárias. Contudo, foi a partir das ideias de John Locke e Montesquieu que se firmou a atual concepção de tripartição de poderes.

Para Locke (1689) e sua teoria política, coexistem três poderes do Estado: o legislativo, o executivo e o federativo, sendo atribuição do legislativo criar as leis e delegar a execução da justiça, não existindo, ainda, a ideia de controle de um poder sobre o outro.

Por sua vez, Montesquieu (2005), apresenta a separação de poderes associada a ideia de controle de um poder sobre o outro, como uma espécie de limitação, aqui, a intenção do autor é justamente impedir o abuso de poder, de modo que os poderes executivo, legislativo e judiciário devem ser exercidos por pessoas distintas.

Outrossim, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) aponta a separação dos poderes como princípio garantidor dos direitos fundamentais.

Ainda, a partir desse pensamento de limitação entre os poderes, surge nos Estados Unidos a doutrina conhecida como *checks and balances*, ou, sistema de freios e contrapesos, de modo que o poder do Estado seja dividido em razão de suas funções e interfiram mutuamente uns sobre os outros, evitando-se o abuso de poder.

Nesse diapasão, torna-se compreensível dentro da teoria da tripartição de poderes adotada no Brasil a interferência do Poder Judiciário junto a outros poderes, principalmente quando se trata de situações excepcionais para garantir direitos constitucionais, como é o caso do direito à saúde.

Partindo-se dessa ideia, bem como do chamado princípio da inafastabilidade da jurisdição, presente no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, tem-se que o direito de ação é um direito público subjetivo do indivíduo, de modo que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (Brasil, 1988), podendo o cidadão buscar junto ao Poder Judiciário a efetivação de seus direitos fundamentais.

O princípio da inafastabilidade da jurisdição termina por subsidiar os direitos subjetivos, buscando, no caso concreto, a efetivação de direitos. Nesse sentido, assevera Moraes (1998):

O Poder Judiciário, desde que haja plausibilidade de ameaça ao direito, é obrigado a efetivar o pedido de prestação judicial requerido pela parte de forma regular, pois a indeclinabilidade da prestação judicial é princípio básico que rege a jurisdição, uma vez que a toda violação de um direito responde uma ação correlativa, independentemente de lei especial que a outorgue.

Quando se trata do direito à saúde, faz-se necessário recordar que a CF/1988 a classificou como um direito fundamental de eficácia plena, aplicação imediata e de oferta obrigatória do Estado, um verdadeiro dever.

Nesse sentido, os tribunais superiores da justiça brasileira tutelam o direito à saúde, inclusive interferindo junto ao Poder Executivo, tanto na efetivação de direitos subjetivos e concretos dos cidadãos, como em questões administrativas que dizem respeito às políticas públicas na seara da saúde.

Como demonstração do pensamento das cortes superiores, transcreve-se um trecho de decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), Ministro José Celso de Mello Filho (2006):

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, “caput” e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, enten-

do – uma vez configurado esse dilema – que razões de ética-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e saúde humanas.

Esse pensamento tem influenciado no aumento das demandas judiciais que atuam como uma forma de garantir o acesso dos cidadãos aos seus direitos fundamentais, no caso específico da saúde, no fenômeno intitulado judicialização da saúde. Que por sua vez, ganha maiores contornos quando se trata de violações do direito a saúde de crianças e adolescentes, isso, por imposição de outro princípio constitucional constante no artigo 227 da CF/1988 e da adoção da Doutrina da Proteção Integral constante tanto na Lei Magna como no Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/1990.

2.3 DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E O PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA

A CF/1988 criou o ambiente favorável para a chamada Doutrina da Proteção Integral, que tinha sua gênese baseada nos movimentos internacionais de proteção infantojuvenil, materializados nos inúmeros tratados e convenções e que no Brasil atinge seu ponto alto com o advento da Lei nº 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente. Cria-se construções jurídicas indicativas de mudanças, principalmente na forma de enxergar a infância e a adolescência, abandona-se a Doutrina da Situação irregular e sua visão de criança como objeto de direitos e passa-se a adotar a Doutrina da Proteção Integral, que concebe criança e adolescente como cidadãos, sujeitos de direitos e com centralidade e prioridade no acesso às políticas sociais (Rizzini & Faleiros, 2009).

Nesse sentido, o texto constitucional estabelece nos artigos 226 e 227 que a família é a base da sociedade e que todos, família, sociedade e Estado, conjuntamente tem a obrigação legal de garantir à criança, ao adolescente e ao jovem, absoluta prioridade na garantia de seus direitos, protegendo-os de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (Brasil, 1988).

Dessa forma, entre tantos princípios que dão sustentação às leis de proteção dos direitos infanto-juvenis, pode-se destacar: o princípio

da prioridade absoluta, presente no artigo 227 da CF e no artigo 4º do Estatuto da Criança do Adolescente (ECA), a proteção integral, presente no artigo 1º do ECA e o princípio do melhor interesse da criança, posto pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989 e ratificado pelo Brasil no ano de 1990, por meio do Decreto nº 99.710/1990.

Nesse sentido, os princípios e as leis terminam por assegurar a esse público uma proteção especial a seus direitos, inclusive, o direito à saúde e ao fornecimento de insumos, como preconiza o ECA (Brasil, 1990), em seu artigo 7º: “a criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”. Resguardando-lhes sua condição especial de ser em desenvolvimento, bem como sua dignidade humana.

No que diz respeito à concepção de dignidade da pessoa humana, Sarlet (2010, p.70) a define como uma:

(...) qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover uma participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

O grande problema diz respeito a harmonização das demandas referentes aos direitos fundamentais garantidos pela legislação pátria com as limitações orçamentárias dos entes federativos, sem que haja a inobservância da chamada teoria da reserva do possível ou mesmo a prévia dotação orçamentária.

2.4 O PROBLEMA ORÇAMENTÁRIO: A QUESTÃO DA (IM)PREVISIBILIDADE

O orçamento público é uma ferramenta de ação governamental constante na Constituição Federal de 1988 e tem o propósito de planejar o emprego dos recursos públicos e se materializa por meio de três importantes instrumentos: o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e Lei Orçamentária Anual (LOA), conforme artigo 165 (Brasil, 1988).

Dessa forma, tem-se que é por meio do orçamento público que se materializam as inspirações políticas dos agentes públicos, bem como suas decisões no campo das políticas públicas, possuindo grande relevância econômica, política e social.

O problema é conciliar a efetivação dos direitos fundamentais e direitos sociais ante a escassez de recursos públicos e sua má administração, o que gera demandas judiciais em diversas frentes: saúde, educação, moradia, assistência social etc.

Alguns estudiosos, como é o caso de Torres (2006, p. 783-785) entendem que não é papel do Poder Judiciário interferir no ordenamento de despesas junto ao Poder Executivo, podendo-se interpretar até como uma transgressão às normas das competências definidas pela Carta Magna brasileira.

Tem-se, portanto, uma colisão entre o orçamento público e a garantias dos direitos fundamentais e sociais, o que, no caso concreto do presente trabalho, atinge um grau elevado de discussão em se tratando do direito à saúde de crianças e adolescentes, considerando a doutrina da proteção integral e os princípios da prioridade absoluta e do melhor interesse da criança e do adolescente.

Nos processos judiciais analisados no presente trabalho, observou-se que os entes federativos utilizavam como meio de defesa a chamada cláusula de reserva ou reserva do possível para se desvencilhar de sua obrigação constitucional.

De igual forma, como afirma Ávila (2013), tal teoria tem sido empregada por procuradores dos Estados e Municípios para fundamentar a não prestação dos serviços públicos, especialmente da saúde, alegan-

do, principalmente os poucos recursos. Contudo, predominam decisões judiciais forçando os entes federativos a cumprirem sua obrigação legal de garantir a efetivação dos direitos fundamentais e sociais, precipuamente, o direito à saúde.

É nesse sentido que o Poder Judiciário brasileiro tem se posicionado, fundando suas decisões no princípio da dignidade da pessoa humana, na aplicabilidade imediata da garantia dos direitos fundamentais e, nos casos envolvendo crianças e adolescentes, utiliza ainda a doutrina da proteção integral e no princípio da prioridade absoluta.

Metodologia

Na estratégia de investigação, o estudo foi demarcado pela pesquisa aplicada, exploratória e descritiva, utilizando-se dos procedimentos de pesquisa bibliográfica e documental, levando-se em consideração a necessidade de validar a pesquisa e estabelecer relações entre variáveis, de modo a delinear ou traçar as características ou atributos de um determinado fenômeno (Gil, 2008), no caso, a judicialização da saúde em processos envolvendo crianças e adolescentes na Comarca de Mossoró. A pesquisa também analisou a identificação, classificação e avaliação das demandas judiciais de saúde junto à Vara da Infância e Juventude de Mossoró e impacto financeiro em valores para as fazendas públicas municipais e estaduais.

O recorte temporal se deu junto aos processos ajuizados no ano de 2019, de modo que os dados utilizados foram disponibilizados pelos sistemas de controles do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, notadamente, pelo GPS Jus, utilizando-se dos seguintes filtros: Vara da Infância e Juventude, 2019, tratamento. Portanto, trata-se de dados secundários que foram coletados pelo pesquisador, sem grandes despesas e com celeridade (Malhotra, 2012).

Com o intuito de melhor organizar as informações dos processos, na coleta fez-se uso de um *checklist* (Raupp & Beuren, 2013) que contemplaram informações pertinentes a idade e gênero dos beneficiários, tipo direito que se busca (medicamento, tratamento, equipamentos etc.), ente federativo demandado, valor da causa, patrono do processo

(advogado particular, Defensoria Pública, Ministério Público ou Núcleos de Práticas Jurídicas).

Importa mencionar que ao realizar a pesquisa inicial junto ao GPS Jus, mesmo utilizando o filtro para o ano de 2019, a busca junto a ferramenta apresentou processos de 2017 e 2018, portanto, o que poderia implicar em uma alteração dos dados analisados.

Ao proceder com o levantamento desses dados, observou-se que há uma expectativa de análise de 37 (trinta e sete) processos do ano de 2019. Contudo, após identificação dos processos que retornaram com a utilização dos filtros citados, observou-se que 2 (dois) dos processos eram, respectivamente, dos anos de 2017 e 2018, 3 (três) estavam inabilitados para acesso virtual, 2 (dois) foram ajuizados na Vara da Infância, mas os beneficiários eram maiores de idade e 1 (um) não possuía idade do beneficiário identificada, de modo que foram analisados 29 (vinte e nove) processos.

Resultados e discussões

Com a identificação dos processos, nota-se que, no ano de 2019, o percentual de 48%, (14) foram demandados contra o Estado do Rio Grande do Norte, 45% (13) em face do Município de Mossoró, 3% (1) em contra o Município de Governador Dix-Sept-Rosado e 3% (1) contra Município de Mossoró e Estado do Rio Grande do Norte conjuntamente, como ilustrado na Tabela 1.

Tabela 1: Número de processos por ente federativo demandado

Ente Federativo	Quantidade	%
Município de Mossoró	13	45%
Município de Gov. Dix-Sept Rosado	1	3%
Município de Serra do Mel	0	0%
Estado do Rio Grande do Norte	14	48%
Estado do RN e Município de Mossosó conjuntamente	1	3%
Total	29	100%

Importa mencionar que a Comarca de Mossoró engloba os Municípios de Mossoró, Governador Dix-Sept-Rosado e Serra do Mel.

Tratando-se da idade dos beneficiários tem-se que a maioria diz respeito a crianças com idade inferior a 2 anos, perfazendo um percentual de 28% (8). Os demais se dividem em 2 a 5 anos, correspondendo a 20% (6), de 5 a 8 anos, 8 a 12 anos e 15 a 18 anos incompletos com 14% (4) cada e 12 a 15 anos com percentual de 10% (3), consoante se verifica na tabela 2.

Tabela 2: Faixa etária dos beneficiários das ações judiciais

Idades	Quantidade	%
0 a 2 anos	8	28%
> 2 a 5 anos	6	21%
> 5 a 8 anos	4	14%
> 8 a < 12 anos	4	14%
> 12 a < 15 anos	3	10%
> 15 a 18 anos incompletos	4	14%
Total	29	100%

Tomando por base os conceitos de criança e adolescente presente no Estatuto da Criança e do Adolescente, que considera criança o indivíduo que possui de 0 a 12 anos incompletos e adolescente o que possuem de 12 a 18 incompletos (Brasil, 1990), tem-se que a maior demanda corresponde a crianças, perfazendo 76% (22) dos beneficiários, enquanto os adolescentes correspondem a 24% (7).

Considerando o sexo dos beneficiários, constatou-se que 59% (17) identificaram-se nos autos como sendo do sexo masculino e que 41% (12) como sendo do sexo feminino, conforme demonstrado na Tabela 3.

Tabela 3: Sexo dos beneficiários das ações judiciais

Sexo	Quantidade	%
Masculino	17	59%
Feminino	12	41%
Total	29	100%

Após a análise dos processos, identificou-se que 79% (23) das ações foram propostas pela Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do

Norte (DPRN) e o restante, 21% (6) foi proposta por advogado privado, conforme apresentado na Tabela 4.

Tabela 4: Postulantes processuais das ações judiciais

POSTULANTE PROCESSUAL	Quantidade	%
Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte (MPRN)	0	0%
Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Norte (DPRN)	23	79%
Advogado Privado	6	21%
Núcleos de Práticas Jurídicas (NPJs)	0	0%
Total	29	100%

Neste ponto, importa destacar que a atuação da DPRN na maioria dos processos que envolvem o direito de acesso à saúde termina por comprovar a importância deste órgão na Comarca de Mossoró, principalmente na assistência jurídica de pessoas consideradas hipossuficientes economicamente.

Quanto ao objetivo das ações judiciais, destaca-se a busca por medicamentos, atingindo um percentual de 38% (11) dos processos, seguido de pedidos de suplemento alimentar e tratamentos/consultas, correspondendo a 17% (5) cada, bem como pedidos de equipamentos e fraudas, correspondendo a 14% (4), cada, conforme demonstrado na Tabela 5.

Tabela 5: Objeto das Ações Judiciais

Objeto do Processo	Quantidade	%
Medicamentos diversos	11	38%
Leite Especial – Suplemento alimentar	5	17%
Tratamento/Consultas	5	17%
Equipamentos/aparelhos	4	14%
Fraudas	4	14%
Total	29	100%

Da análise dos processos, percebeu-se que os valores bloqueados perfazem a soma de mais de meio milhão de reais, sendo o Estado

do Rio Grande do Norte o ente federativo mais demandado, correspondendo a 43% (R\$ 253.635,34) das demandas, se tomado isoladamente, vez que o segundo maior percentual corresponde a uma ação em que Estado do Rio Grande do Norte e Município de Mossoró são demandados conjuntamente, conforme demonstrado na Tabela 6.

Tabela 6: Valores requeridos por ente federativo.

Ente Federativo	Valores	%
Município de Mossoró	R\$ 95.213,68	16%
Município de Gov. Dix-Sept Rosado	R\$ 1.080,00	0%
Município de Serra do Mel	0	0%
Estado do Rio Grande do Norte	R\$ 253.635,34	43%
Estado do RN e Município de Mossó conjuntamente	R\$ 240405,84	41%
Total	R\$ 590.334,86	100%

Como se vê, o Município de Mossoró foi demandado isoladamente apenas em 16% dos valores demandados em 2019.

Ressalte-se que os cálculos dos valores foram obtidos a partir do valor da causa registrado nas petições iniciais dos processos.

Conclusão

O estudo objetivou examinar a repercussão financeira no orçamento dos entes federativos sujeitos a jurisdição da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Mossoró/RN, levando-se em consideração o ano de 2019, nos casos que envolve o direito fundamental à saúde de crianças e adolescentes. Para tanto, identificou-se os processos de demandas de saúde na Vara da Infância e Juventude. Tratou-se de identificar um perfil mínimo dos beneficiários, a respeito da idade, sexo, objeto dos processos, postulantes das ações, valores pleiteados e contra qual dos entes federativos foi proposta a demanda.

Ao identificar os processos, nota-se que 29 ações foram ajuizadas no ano de 2019, assim distribuídos: 48% (14) em face do Estado do Rio Grande do Norte, 45% (13) contra o Município de Mossoró/RN, 3% (1) contra o Município de Governador Dix-Sept-Rosado e 3% (1)

em face do Estado do Rio Grande do Norte e Município de Mossoró, conjuntamente.

Os dados também indicam que a maioria dos beneficiários são do sexo masculino, correspondendo a 59% (17) dos processos e possuem em sua maioria idade inferior a 12 anos, correspondendo a 76% (22) das ações judiciais.

No que diz respeito ao órgão de maior atuação junto ao Poder Judiciário para garantir o acesso ao direito à saúde, destaca-se o papel da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande (DPRN), que ajuizou 79% (23) das ações de saúde na Vara da Infância e Juventude de Mossoró no ano de 2019.

A partir dos dados dos processos analisados, tem-se que no ano de 2019, na Vara da Infância e Juventude de Mossoró, pleiteou-se o valor de R\$ 590.334,86 (quinhentos e noventa mil, trezentos e trinta e quatro reais e oitenta e seis centavos). Deste total, o Estado do Rio Grande do Norte foi o ente federativo mais demandado, chegando ao valor de R\$ 253.635,34 (duzentos e cinquenta e três mil, seiscentos e trinta e cinco reais e trinta e quatro centavos), correspondendo a 43% do total pleiteado. Se somado com o valor em que é réu juntamente com o Município de Mossoró, esse percentual sobe para 83%, de modo que o maior impacto nas contas públicas ocorre na Fazenda Estadual, principalmente se for levado em consideração que a presente análise se deu em uma vara, de uma das comarcas do Estado.

Por fim, sugere-se ampliar a pesquisa para um espaço temporal maior e abrangendo outras varas da Comarca de Mossoró, de modo que se tenha uma visão mais abrangente desse impacto. De igual forma, que se possa coletar junto aos Municípios os valores efetivamente bloqueados por decisões judiciais para garantir o direito a saúde e assim, poder realizar uma comparação com as verbas postas no orçamento anual.

Referências bibliográficas

Almeida Cunha, Jarbas Ricardo. As teorias do mínimo existencial e da reserva do possível como retrocesso à efetivação do direito à saúde no Brasil. Cad. Ibero-Amer. Dir. Sanit., Brasília, v.4, n.3, jul./set. 2015 ISSN

2358-1824. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/199> 04 de fevereiro de 2020.

Aristóteles (1999). *Política*. São Paulo: Nova Cultural. (Coleção Os pensadores).

Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas. Declaração de direitos do homem e do cidadão – 1789. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 3 jan. 2020.

Ávila, Kellen Cristina de Andrade. Teoria da reserva do possível. ***Revista Jus Navigandi***, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3558, 29 mar. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24062>. Acesso em: 1 fev. 2020.

Brasil. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 de jul. 2019.

Brasil. *Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 15 de jul. 2019.

Brasil. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 10 de jul. 2019.

Brasil. *Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990*. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos

financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm. Acesso em: 15 de jul. 2019.

Brasil. *Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011*. Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7508.htm. Acesso em: 12 de jan. 2020.

Brasil. *Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990*. Promulga a Convenção sobre Direitos da Criança. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em: 12 de jan. 2020.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 393175/RS* [Relator Ministro Celso de Mello]. Brasília, 2006. [Citado em 2008 dez. 06]. Disponível em: www.stf.jus.br.

Coelho, Rodrigo Batista & Remédio, Jose Antonio. Efetividade do direito à Educação: positivação e justiciabilidade. *Revista de Direitos Humanos e Efetividade*, 2016, Vol.2(2), p.75. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadhe/article/view/1553/2013>. Acesso em: 22 fev. 2020.

Faleiros, Vicente de Paula (2009). Infância e processo político no Brasil. In: RIZZINI, Irene. PILOTTI, Francisco. *A arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil*. 2ª Ed. rev. São Paulo: Cortez.

Frascati, Jacqueline Sophie P. G (2008). Força jurídica dos direitos sociais, econômicos e culturais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. vol. 63. p. 81. São Paulo: Ed. RT, abr. 2008.

Gil, A. C (2008). *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 6. ed. São Paulo: Atlas.

- Guimarães, Ulysses (1988). Discurso de Ulysses Guimarães na promulgação da Constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 249, p. 295-302, set. 2008. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4103/2856>>. Acesso em: 01 Mar. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v249.2008.4103>.
- Locke, John. *Dois Tratados do Governo*, ed. Thomas Hollis (Londres: A. Millar et al., 1764). 29/01/2020. <https://oll.libertyfund.org/titles/222> <https://oll.libertyfund.org/titles/locke-the-two-treatises-of-civil-government-hollis-ed> . LOCKE, John. Dois tratados de governo. Disponível (Cf. LOCKE, John. Two Treaties of Government. Disponível em: http://oll.libertyfund.org/?option=com_staticxt&staticfile=show.php%3Ftitle=222. Acesso em 05 jun. 2014. § 143 e 145.
- Kohama, H (2003). *Contabilidade pública: teoria e prática*. 9. ed. São Paulo: Atlas, p. 366.
- Malhotra, N. K (2012). *Pesquisa de Marketing*. 6. ed. Porto Alegre: Bookman.
- Mello, Celso Antônio Bandeira de (1991). *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 230.
- Montesquieu, Charles de Secondat (2005). *Do espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret.
- Moraes, Alexandre de (1998). *Direitos Humanos Fundamentais*. Teoria Geral. Comentários aos arts. 1o à 5o da Constituição da República Federativa do Brasil. Doutrina e Jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A., p. 197.
- Raupp, F. M., & Beuren, I. M (2003). *Metodologia da pesquisa aplicável às ciências sociais*. In: BEUREN, I. M. (Org.). Como elaborar trabalhos monográficos em contabilidade: teoria e prática. São Paulo: Atlas.
- Rizzini, irene (2008). *O século perdido*. Raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil. 2 ed. Rev. São Paulo: Cortez.

- Sarlet, Ingo Wolfgang (2002). Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à Saúde na Constituição de 1998. *Revista Direito e Democracia*, v. 3, n. 2, jan./jul., 2002. Disponível em: <http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/view/2433>. Acesso em: 15 de jul. 2019.
- Sarlet, Ingo Wolfgang (2010). *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 8ª Edição. Livraria do Advogado: Porto Alegre, p. 70.
- Torres, Silvia Faber (2006). *Direitos sociais prestacionais, reserva do possível e ponderação: breves considerações e críticas*. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar.

O ENCARCERAMENTO NEGRO EM SÃO PAULO E O SISTEMA JUDICIÁRIO E PRISIONAL NA APLICAÇÃO DA LEI E POLÍTICAS E DIREITOS HUMANITÁRIOS CONSTITUCIONAIS

Alessandra Garcia Nogueira Lucio

1. INTRODUÇÃO

A persistência dos debates acerca do encarceramento em massa e do genocídio da juventude negra nos expõe a realidade dos sistemas judiciário e carcerário brasileiro. Atualmente, o Brasil apresenta a terceira maior população carcerária do mundo, a qual é majoritariamente composta por jovens de 18 a 29 anos de idade, negros, pardos e pobres que, em face da superlotação, são expostos à condições sub-humanas e de flagrante inobservância de seus direitos humanos básicos.

De mesmo modo, constata-se a inexistência de qualquer política voltada para os objetivos primários do sistema prisional — a reparação do dano causado à vítima, bem como a posterior reinserção ao convívio social. Após o cumprimento da pena ou através da concessão de benefícios judiciais, o que se observa é a inviabilidade da ressocialização, produzida pelo desamparo estatal, o estigma proveniente da prisão e as condições desumanas do cárcere. Assim sendo, as perspectivas e possibilidades apresentadas aos ex-detentos são praticamente nulas, motivo

pelo qual observa-se expressiva taxa de reincidência. Portanto, pode-se afirmar que a atual estrutura do sistema punitivista instaura um ciclo de retroalimentação, que, juntamente com a militarização da polícia, é responsável pela manutenção da lógica racista do Direito Penal brasileiro.

2. DESENVOLVIMENTO

a. O NEGRO E O IMAGINÁRIO BRASILEIRO

O criminologista Salo de Carvalho fala sobre a responsabilidade do judiciário brasileiro no encarceramento da juventude negra e discorre sobre necessidade da construção de um programa político voltado para a morte simbólica e material da população negra. Nesse sentido, afirma:

Os contornos históricos e sociológicos da construção da imagem do elemento suspeito a partir dos corpos negros são decisivos nas abordagens policiais, e é a partir desse ideário que consubstancia um discurso ideológico que paira sobre a sociedade brasileira e que justifica as violências que são destinadas à negritude. Está cada vez mais frequente nas periferias brasileiras o uso de abordagens policiais que, com a justificativa de pacificação e desarmamento do tráfico, vigem sob a ótica de um elemento suspeito que não apresenta uma conduta suspeita, mas sim uma cor que é considerada enquanto ameaça pela estrutura racista. (CARVALHO, 2016).

É de se concluir, portanto, que tal extermínio social, material e humano voltado à população negra, se sustenta em função da tradição do imaginário brasileiro que difunde a relação entre a negritude e a criminalidade, o que ilustra as dimensões psicossociais do racismo no Brasil. Como consequência, o que se observa é uma população carcerária majoritariamente negra em contraponto a um judiciário predominantemente branco, como aponta os dados apresentados pelo IN-FOOPEN junho/2016.

A construção e a manutenção da imagem marginalizadora e estereotipada do negro no imaginário popular relaciona-se diretamente

com a representação esotérica e folclórica da diversidade, a qual busca justificar as disparidades raciais com base em teorias naturalistas. Em uma análise histórica da criminologia e da antropologia criminológica, verifica-se a reiterada utilização de tais teorias para o delineamento de um perfil biológico e social do criminoso, como defendido pelo Cesare Lombroso, adepto do darwinismo social. Dentre o perfil traçado, são inúmeras as associações entre traços negróides com suposta predisposição à criminalidade, a qual o possibilitou o desenvolvimento teórico acerca da ideia do “criminoso nato”.

No Brasil, o médico maranhense Raimundo Nina Rodrigues se utilizou dos estudos criminológicos de Lombroso para advogar pela superioridade caucasiana em detrimento das raças consideradas estagnadas (negros, indígenas e mestiços), as quais possuiriam uma natureza criminosa. A partir dessa justificativa, o médico defendia o caráter ontológico das desigualdades raciais e, por tal motivo, não reconhecia a possibilidade da igualdade de direitos e deveres entre raças, uma vez os sujeitos pertencentes às raças estagnadas, em face de suas condições fenotípicas, seriam inaptos e desprovidos da ampla capacidade de discernimento.

Cumpra-se pontuar que a teoria eugenista de Nina Rodrigues não se limitou ao meio acadêmico. Em verdade, além da expressiva repercussão na medicina legal, na psiquiatria e no aparelho policial, sua narrativa tornou-se um dos alicerces do discurso determinista e marginalizador que estabelece relações intrínsecas entre negritude, mestiçagem e criminalidade em um cenário pós-abolição, impossibilitando a almejada expansão da cidadania à população e tornando-se mecanismo de manutenção da marginalização, como nos explica a historiadora Lilia Schwarcz:

O poligenista e relativista Nina Rodrigues é bastante explícito na sua defesa de que os negros não poderiam ser tratados em pé de igualdade com os brancos [...] No contexto científico do século XIX, o saber médico-legal localizará nos corpos a fonte das desigualdades sociais, e terá como meta a defesa da criação de padrões diferenciados de acesso à cidadania. (SCHWARCZ, 1995)

Indubitavelmente, o mito da democracia racial brasileira torna-se insustentável na medida em que se verifica que o aparato jurídico pós-abolição não viabilizou qualquer meio de inserção social da população negra, que se manteve marginalizada e impossibilitada de qualquer ascensão. De modo contrário, a população recém-liberta saiu da posição de escravo para corresponder ao estereótipo do criminoso-nato, tendo, ainda, que atravessar o projeto de embranquecimento nacional.

[...] a abolição da escravatura, embora consista na libertação dos negros escravizados, não abarcou legislações que garantissem a estes, qualquer tipo de direito, colocando-os num não lugar, ou no lugar dos indesejáveis. Não eram mais escravos, tampouco se tornaram cidadãos, não tinham posses, e agora também não tinham função social para as classes dominantes. Portanto, após a abolição, as únicas legislações que se referiam aos negros, eram relacionadas a penalização de práticas culturais afro-brasileiras, como por exemplo a capoeira, o maracatu, a congada, e as religiões de matriz africana, dentre outras, por todo o país. A criminalização dos corpos negros, além de perpassar suas práticas, também estava diretamente ligada à falsa abolição, pois para estes “crimes”, posteriores a Lei Áurea, as penas eram não somente de privação de liberdade, mas também incluía trabalhos forçados. Ou seja, estavam livres apenas os escravos que não praticavam determinadas atividades. Somado a esses fatos, têm se o Estado brasileiro, dirigido pela elite industrial, que executou uma política de imigração, voltada para mão de obra industrial, alijando o contingente de alforriados desse mercado de trabalho pago. Assim, se constitui a estereotipização do negro como vadio, feiticeiro, pedinte, mendigo, ladrão, perigoso, e conseqüentemente suspeito, o que resulta numa naturalização desses lugares como lugar do negro. (GONZALEZ, 1984 apud CARVALHO, 2018).

Como consequência, confirma-se o diagnóstico da filósofa Sueli Carneiro, em sua tese de doutorado intitulada “A construção do outro como não-ser como fundamento do ser”, a qual se utiliza de de “dis-

positivo” foucaultiano, para sinalizar o racismo, na sociedade brasileira, enquanto dimensão estruturante, o que se relaciona necessariamente com o imaginário social:

Essa noção de dispositivo oferece recursos teóricos capazes de apreender a heterogeneidade de práticas que o racismo e a discriminação racial engendram na sociedade brasileira. A natureza dessas práticas, a maneira como elas se articulam e se realimentam ou se realinham para cumprir um determinado objetivo estratégico, pois em síntese o dispositivo, para Foucault, consiste em ‘estratégias de relações de força, sustentando tipos de saberes e sendo por eles sustentados’. (CARNEIRO, 2005)

Ademais, pontua:

A negação da plena humanidade do Outro, a sua apropriação em categorias que lhe são estranhas, a demonstração de sua incapacidade inata para o desenvolvimento e aperfeiçoamento humano, a sua destituição da capacidade de produzir cultura e civilização prestam-se a afirmar uma razão racializada, que hegemoniza e naturaliza a superioridade europeia. O Não-ser assim construído afirma o Ser. Ou seja, o Ser constrói o Não-ser, subtraindo-lhe aquele conjunto de características definidoras do Ser pleno: autocontrole, cultura, desenvolvimento, progresso e civilização. No contexto da relação de dominação e reificação do outro, instalada pelo processo colonial, o estatuto do Outro é o de “coisa que fala”. (CARNEIRO, 2005).

b. ENCARCERAMENTO, SELETIVIDADE E A INOBSERVÂNCIA DOS DIREITOS HUMANOS E CONSTITUCIONAIS

Diante do analisado, é de se concluir que a sociedade brasileira tem funcionado, ao longo de mais de cem anos, como um sistema autorregulador, reprodutor constante de desigualdade racial, uma vez que o racismo configura uma das principais ideologias fundantes do

país e, historicamente, justifica a manutenção das políticas de repressão e morte do Estado, como pontua a escritora antipunitivista Juliana Borges:

O Estado no Brasil é o que formula, corrobora e aplica um discurso e políticas de que negros são indivíduos para se nutrir medo e, portanto, repressão. A sociedade, imbuída de medo por este discurso e pano de fundo ideológico, corrobora e incentiva a violência, a tortura, as prisões e o genocídio. (BORGES, 2018)

Nesse sentido, apesar da rigidez estrutural brasileira, em uma análise histórica, podemos observar, no século XX e início do XXI, momentos marcados pela mobilidade social, em contraponto com a estagnação da mobilidade racial.

Inegavelmente, a desigualdade social foi construída sobre a desigualdade racial, naturalizada por efeito de um discurso ideológico legitimador, no qual a cor emblemática da ascensão social é a branca e a cor emblemática da exclusão e da marginalidade é a negra. Segundo Boaventura Santos (2003), “as práticas racistas constroem e são reinteramente repetidas a partir de preconceitos, frutos da ignorância que grupos étnicos tidos como superiores têm acerca das organizações e modo de vida daqueles considerados inferiores”.

Dessa maneira, discute-se o encarceramento em massa enquanto uma política excludente, proveniente de uma tradição escravocrata, que apenas modificou a forma e o lugar do aprisionamento racial, e que atualmente representa um dos principais sustentáculos do projeto secular de extermínio da população negra no Brasil. Acerca da relação entre raça e cárcere, Juliana Borges discorre:

O sistema de justiça criminal tem profunda conexão com o racismo, sendo o funcionamento de suas engrenagens mais do que perpassados por esta estrutura de opressão, mas o aparato reordenado para garantir a manutenção do racismo e, portanto, das desigualdades baseadas na hierarquização racial. Além da privação de liberdade, ser encarcerado significa a negação de

uma série de direitos e uma situação de aprofundamento de vulnerabilidades. Tanto o cárcere quanto o pós encarceramento significam a morte social destes indivíduos negros e negras que, dificilmente, por conta do estigma social, terão restituído o seu status, já maculado pela opressão racial em todos os campos da vida, de cidadania ou possibilidade de alcançá-la. Esta é uma das instituições mais fundamentais no processo de genocídio contra a população negra em curso no país. (BORGES, 2018)

Uma vez que compreendida a indissociação intrínseca entre racialidade e o sistema penal no Brasil, passa a ser possível a melhor visualização o que se entende por seletividade penal. Por esse motivo, cumpre-se recorrer a afirmação de Zaffaroni (2001): “o poder seletivo e punitivo continuará a ser exercido para justificar a necessidade da arbitrariedade”.

Assim sendo, faz-se necessário destacar a importância de compreender os atributos que regem o poder de agir do Estado, onde se verifica reiteradas violações de direitos humanos, bem como do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, seja através da atividade dos agentes de segurança ou da atuação dos Tribunais Superiores.

Através da análise os dados do Índice de Vulnerabilidade Juvenil, São Paulo é apontado enquanto o estado que apresenta a menor situação de vulnerabilidade para os jovens negros. Entretanto, segundo Tames Alves (2018), tais dados podem ser considerados contraditórios, na medida em que, ao traçar o perfil do sistema prisional brasileiro, a Secretaria Nacional da Juventude da Presidência da República destaca a existência de 595 presos negros a cada 100 mil habitantes negros no estado.

De acordo com a autora, os dados explicam que na classificação geral de encarceramento de jovens de todas as etnias, São Paulo está na quarta posição, com o número de 1.044, ficando atrás do Acre (1.321), Espírito Santo (1.189) e Rondônia (1.045). (ALVES, 2018).

A partir da análise comparativa das políticas de segurança pública de São Paulo, entre as regiões nobres e periféricas do estado, verificam-se variáveis relativas às abordagens realizadas, bem como em relação à condução da investigação dos delitos, de modo que aqueles cometidos, em regra, por camadas mais vulneráveis da população, majoritaria-

mente relacionados ao tráfico de drogas, são os tipos ocasionadores da maior parte das prisões no país, ainda que não apresentem, necessariamente, alto potencial lesivo.

Quanto a tal quesito, insta-se mencionar a Guerra às Drogas enquanto um fator potencializador da seletividade penal, uma vez que essa se tornou uma das principais narrativas justificadoras do cárcere, da justiça prisional e da arbitrariedade da polícia militar nas comunidades. Não por acaso, os efeitos observados em relação a Lei 11.343/2006, a Lei Antidrogas, consistem no aumento exponencial da população carcerária, bem como na criminalização dos usuários. Em vista disso, visualiza-se com clareza as implicações de uma política proibicionista: pune-se indivíduos socialmente marginalizados sem que sejam apresentadas possibilidades para o enfrentamento da questão de forma coletiva e/ou preventiva, motivo pelo qual, via de regra, o resultado apresentado torna-se ineficaz.

Ora, considerando o fato de São Paulo ser um dos estados que mais encarcera negros no Brasil e, diante da disparidade existente entre o discurso legitimante do sistema penal e a força da realidade, verifica-se a existência de graves violações aos mais fortes princípios humanitários universais e constitucionais. Incontestavelmente, tratam-se de uma série de inconsistências existentes nas justificativas para o encarceramento, tanto em relação a desproporcionalidade entre etnia da população vitimada pelo sistema, quanto sobre a inobservância das garantias constitucionais e processuais da pessoa apenada.

Nesse senda, merece destaque a aplicação, em larga medida, da prisão preventiva sob o argumento da garantia da ordem pública. Isso porque, tem-se observado uma crescente utilização dos mais variados motivos para embasar sua aplicação, bem como o enquadramento das mais diferentes situações fáticas neste requisito autorizador da restrição da liberdade.

Sobre o assunto, Raúl Zaffaron afirma:

[...] a muito limitada capacidade operativa das agências de criminalização secundária não têm outro recurso senão proceder sempre de modo seletivo. Desta maneira, elas estão incumbi-

das de decidir quem são as pessoas criminalizadas e, ao mesmo tempo, as vítimas protegidas. (ZAFFARONI, 2003).

É de se concluir uma relação entre o encarceramento massivo da liberdade da população negra e parda com ideário escravagista, racista e colonizador, que faz com que o mesmo seja ocorra de forma naturalizada e compulsória na sociedade brasileira. Segundo Ana Luiza Flauzina,

O racismo serve como forma de catalogação dos indivíduos, afastando-os ou aproximando-os do sentido de humanidade de acordo com suas características raciais. É justamente essa característica peculiar do racismo que faz dele uma das justificativas mais recorrentes nos episódios de genocídio e em toda a sorte de vilipêndios materiais e simbólicos que tenham por objetivo violar a integridade dos seres humanos. (FLAUZINA, 2006).

Desse modo, relacionar ressocialização e cárcere torna-se contra-producente. Isso porque, as penitenciárias atualmente correspondem a depósitos de marginalizados, que, uma vez em liberdade, são reinseridos em um cenário pouco propício ao trabalho e/ou educação, de modo que facilmente voltam para a criminalidade. Enfrenta-se, portanto, o projeto de desumanização apontado por Sueli Carneiro:

Negação do acesso à educação, sobretudo de qualidade; pela produção de inferiorização intelectual; pelos diferentes mecanismos de deslegitimação do negro como portador e produtor de conhecimento e de rebaixamento da capacidade cognitiva pela carência material e/ou pelo comprometimento da auto-estima pelos processos de discriminação correntes no processo educativo. (CARNEIRO, 2005).

Ademais, o atual sistema punitivo brasileiro isenta o Estado e a sociedade do seu trabalho de reabilitação. Aqui, cumpre-se compreender a reabilitação em seu cerne, enquanto um termo que visa refletir à restauração de uma situação de cidadania, em busca da participação livre no mercado de trabalho.

Quanto à discussão relativa à reinserção no mercado de trabalho, faz-se necessário pontuar o flagrante descaso em relação à responsabilidade social das empresas brasileiras, que, de modo geral, se furtam de desempenhar seu papel no que concerne a contratação de ex-apenados, especialmente ao tratar-se de um ex-apenado negro. Nada obstante, carecem políticas públicas possibilitadoras de tal reingresso social.

3. CONCLUSÃO

O debate relativo ao encarceramento em massa e a seletividade penal no estado de São Paulo, bem como no resto do país, encontra suas raízes na escravidão. Nada obstante, atualmente esse se sustenta em face da manutenção do ideário estereotipado acerca da população negra que, como explicitado, fora construído em torno de associações deterministas e marginalizantes e potencializado pela omissão estatal no período pós-abolição.

Desse modo, para o entendimento pleno dos contornos do atual sistema penal, faz-se necessária a compreensão do racismo enquanto ideologia fundante da atual sociedade brasileira e enquanto principal justificativa para arbitrariedades estatais e descaso em relação à direitos humanos. O encarceramento em massa, a seletividade penal e a guerra às drogas se sustentam em consonância com uma política desumaniza e extermina, material e simbolicamente, a população negra e periférica.

Nesse sentido, a reiterada omissão dos poderes tornou-se um dos principais empecilhos para a efetivação da garantia da cidadania às populações marginalizadas, e um fator determinante quanto ao caráter autoregulador do sistema penal, onde ocorrem as mais inúmeras produções de desumanidades em face de flagrante inobservância de direitos e garantias fundamentais. Assim sendo, a política punitivista vigente falha duplamente, na medida em que é ineficaz no controle da criminalidade e que não possibilita qualquer meio de reinserção social do ex-apenado.

Inegavelmente, a seletividade do sistema representa um fator de extremo risco para a juventude negra e, como pontuado por Ana Flauzina, “assumir o racismo como variável central na estruturação do em-

preendimento de controle social penal redundará necessariamente em caracterizar sua movimentação como genocida” (FLAUZINA, 2017). Nesses termos, o imperativo da justiça brasileira deve voltar-se para as vidas invisibilizadas e negligenciadas, através de políticas propositivas que viabilizem a humanização da pessoa encarcerada e a estrita observância de seus direitos humanos básicos, consagrados na Constituição.

4. REFERÊNCIAS

ALMEIDA FILHO, Agassiz. CRUZ, Danielle da Rocha. **Excepcionalidade da prisão preventiva no Estado Democrático de Direito: prisão preventiva.** – Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 110, n. 419, p. 313-331, jan./jun. 2014. Parecer

ALMEIDA, Gabriel Bertin de. **A prisão preventiva para a garantia da ordem pública na lei 12.403/11.** In: Boletim Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). n. 229. Dezembro 2011. p. 14-16.

ALVES, Elaine Martins de Sousa; VILELA, Tiago Guimarães. **A natureza jurídica da Prisão** – Revista dos Tribunais 2014 v. 103 n. 941 mar.

ALVES, Tamiles Santos. **Políticas Públicas para a promoção da igualdade racial dos negros e indígenas no Brasil: um olhar sobre a atuação do estado brasileiro e a experiência de São Paulo.** Dissertação Mestrado. Universidade Federal da Bahia, 2018.

ANDRADE, Vera Regina de. **A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal.** 2a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997.

_____. **Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum.** Revista Brasileira de Ciências Criminais. No 14. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

_____. **Verso e reverso do controle penal:** (des) aprisionamento a sociedade da cultura punitiva. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

_____. **Sistema penal máximo x cidadania mínima:** códigos de violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

ÁVILA, Gustavo Noronha de (Organizador). **Fraturas do Sistema Penal.** Porto Alegre: Sulina, 2013.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos.** 13 ed. São Paulo: Revista e Ampliada, 2012.

AZEVEDO, R. G. de. VASCONCELLOS, F. B. de. **Criminologia e sistemas jurídicopenais**

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal:** Introdução à Sociologia do Direito Penal. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BARROS, Carmen Silvia de Moraes. **A Individualização da Pena na Execução Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação de Aplicação da Constituição.** 3ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro.** 11 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BECKER, Howard Saul. **Outsiders:** estudo de sociologia do desvio. Tradução: Maria Luiza X. de Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BORGES, Juliana. **O que é encarceramento em massa?** Belo Horizonte: Letramento/Justificando, 2018.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação.** 3ed. Porto Alegre: Revista e Atualizada, 2004.

CARNEIRO, Sueli. **A construção do outro como não-ser como fundamento do ser.** Tese de Doutorado em Educação, na área de Filosofia da Educação, São Paulo: FEUSP, 2005.

CARVALHO, Luiza Sousa de Carvalho. **O encarceramento em massa da população negra, agenciado pelo estado brasileiro, como um mecanismo do genocídio anti-negro.** Anais do 16º Encontro Nacional de Pesquisadores em Serviço Social, Vitória-ES, 2 a 7 de dezembro de 2018, p. 1-15.

GAUER, Ruth (Org.). Porto Alegre: EDIPUCRS, **Competorâneos**, 2008.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: História da violência** nas prisões. Petrópolis: Ed.

ALVES, Elaine Martins de Sousa; VILELA, Tiago Guimarães. **A Natureza jurídica da Prisão Preventiva** - Revista dos Tribunais. - São Paulo. Vol. 941. Março de 2014. p. 178-

SCHWARCZ, Lilia Katri Moritz. **O espetáculo das raças.** São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

O DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO UMA MATÉRIA CONSTITUCIONAL NA ERA DIGITAL

Larissa Batista Melo

INTRODUÇÃO

O Direito, enquanto fato social, deve acompanhar as mudanças que ocorrem na sociedade e reagir a eventuais lacunas jurídicas criadas por essas novas situações. Por meio da mudança da sociedade, dos avanços da tecnologia, e dos meios de comunicação, observou-se que o mundo virtual se tornou um ponto central de disseminação de informações, devido a sua praticidade e agilidade.

Contudo, a internet não pode ser considerada um local sem ordem e muito menos deve permitir que sujeitos tenham seus direitos fundamentais e da personalidade feridos. Nesse norte, o direito ao esquecimento se enquadra nessas duas modalidades, na medida em que almeja a exclusão de determinado conteúdo que ofenda tais direitos na internet, seja nos mecanismos de buscas ou em ambiente online, com o intuito de garantir a existência digna no da vítima ou de seus familiares

Isso posto, o *right to be forgotten* revela-se como imprescindível na sociedade moderna, e deve ser analisado como um direito autônomo, para promover de uma forma mais efetiva a existência digna do indivíduo e fortalecer o respeito constitucional ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Em contrapeso, cabe analisar tal direito ao lado do direito da liberdade de expressão, de informação e de imprensa. É importante utilizar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, e entender qual o limite desses direitos, isto é, até que ponto a sociedade pode interferir e publicizar a vida privada do cidadão.

Desta feita, o presente trabalho tem como objetivo analisar a relevância constitucional-jurídica dos direitos fundamentais e da personalidade, em consonância ao estudo do novo direito ao esquecimento, de modo a ressaltar como é um instituto que demonstra a necessidade de verificar possíveis formas para garantir um tratamento especial, seguindo determinados critérios.

1. A RELEVÂNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O constitucionalista Fernando Lassale, ao falar acerca da essência da Constituição, aponta que “as questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim questões políticas” (HESSE, 1991, p. 9). Para o pensador, a Constituição jurídica atual que um país possui seria apenas uma mera folha de papel que representa os valores adotados em um país, que se convertem em uma força ativa quando estão predominantemente na consciência geral.

Dessa forma, a Carta Magna adquire sua força normativa ao possuir uma pretensão de eficácia. Diante disso, fica claro que não se pode separá-la das condições históricas que propiciaram a sua criação e posterior promulgação, visto que o contexto histórico da época representava a oscilação do direito constitucional em dois extremos, destituídos de normatividade (BARROSO, 2015)

Ao longo desse período, o discurso crítico se fundava em uma desconstrução do sistema vigente. Tal característica causou uma composição de um direito constitucional democrático, alcançado em 1988, quando “teve início a luta teórico e judicial pela conquista de efetividade pelas normas constitucionais”, conforme Barroso (2015, p. 27)

Diante disso, depois de 21 anos de Ditadura Militar, um período de supressão de direitos da pessoa humana, foi promulgada a Constituição democrática, com a adoção do neoconstitucionalismo. Este

trouxe uma nova teoria pós-positivista de supervalorização dos direitos fundamentais, humanos, e da personalidade, além da utilização de princípios como base normativa.

Neste sentido, de acordo com Haberle (1997), “os direitos fundamentais são parte da base de legitimação democrática para a interpretação aberta tanto no que se refere ao resultado, quanto no que diz respeito ao círculo de participantes”. Ainda nesse diapasão, Sarlet (2019) aponta que esses direitos estão em constante processo de reconstrução, além de serem marcados por uma dialética recíproca de influência e de funcionarem como parâmetros hermenêuticos de interpretação constitucional.

Logo, enquanto os direitos fundamentais implicam uma relação pública entre estado e indivíduo, os direitos da personalidade têm enfoque privado. Por isso, há a inserção de novos direitos e conceitos que se enquadram em um ou outro, com a finalidade de proteger a pessoa humana com os direitos inerentes a ela.

Não obstante, Sarlet (2019) confessa que o princípio da dignidade da pessoa humana não apenas faz parte dos direitos fundamentais, mas assume uma posição basilar desses direitos, que vêm a servir com um instituto de direito material para que haja a identificação de direitos implícitos.

Sob essa perspectiva, o atual direito ao esquecimento se constata como um direito implícito, fundamentado pela dignidade humana e pelos direitos fundamentais. Complementa Mendes (2018) que aquele direito:

“Direito fundamental implícito, corolário da vedação o à adoção de pena de caráter perpétuo e dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da proporcionalidade e da razoabilidade. ” (p.855)

2. O DIREITOS AO ESQUECIMENTO COMO FUNDAMENTAL NA ERA MODERNA

Com o passar dos anos, ocorreram mudanças abrangentes derivadas da evolução da internet, das relações sociais, econômicas e educa-

cionais, como aponta Junior e Neto (2013). Tal fato tornou imprescindível reconhecer que as alterações da tecnologia na era moderna implicam, inclusive, a discussão acerca da dominação da vida pelas tecnologias, e suas consequências para o mundo jurídico (MARTÍNEZ et al, 2020).

Um exemplo disso é a criação ambientes eletrônicos estatais que possibilitam a efetivação da publicidade e a substituição de processos físicos pelo eletrônico. Assim, evidencia-se que a tecnologia de informação pode trazer mudanças positivas para o Direito, como novas mudanças estruturais para efetivação da Justiça.

Nesta senda, a inteligência artificial está rapidamente se desenvolvendo e mudando a sociedade de forma imprevisível. O Direito, bem como as demais ciências humanas, tem o dever de continuar acompanhando essa tecnologia, de modo a preencher as eventuais lacunas criadas pelas novas situações (VILLARONGA et al, 2018, p .19), e tornar o ambiente digital uma seara na qual também reitere a tutela de direitos e garantias fundamentais, para estabelecer-se padrões, como ocorreu no caso do marco civil (Lei nº 12.965, de 23/04/2014)

Contudo, embora o Marco Civil da Internet preveja um direito à exclusão de conteúdos tidos como prejudiciais e/ou ilícitos, ele não aborda expressamente o direito ao esquecimento. Este não se limita a conteúdos nocivos, pois consiste no direito de o indivíduo não ter a sua integridade ameaçada devido a fatos ocorridos no passado, por meio da exclusão de conteúdo online do fato ou desconexão de mecanismos de busca.

Todavia, para se enquadrar nesse direito, deve-se atender a determinados critérios, que devem ser rigorosamente controlados nos casos específicos (SARLET, 2018), e serem criados na esfera legislativa. Então, enquanto essa regulamentação não ocorre, o *right to be forgotten* fica à mercê de enquadramento em outros institutos normativos, que não garante o seu efetivo cumprimento.

Imperioso notar que, nessa era do superinformacionismo, não apenas dados podem ser coletados com facilidade, mas também podem ser expostos com a mesma agilidade. Percebe-se a existência de uma linha tênue entre censura e informação (JUNIOR et al, 2013), sendo imprescindível estabelecer-se um limite e ponderações a esses valores.

Desse modo, recaí sobre o juízo do caso concreto realizar esse sopesamento e encontrar a solução para o problema de forma argumentativa. Para isso, deve-se realizar um juízo de valor que capte o sentimento social, e se enquadre no ordenamento. Espera-se, na era pós-positivista, que o magistrado vá para além da subsunção mecânica de normas e passe a ter um papel mais proativo, com a compreensão dos institutos políticos.

Ademais, essa ponderação no limite a informação torna-se ainda mais importante quando se trata da tecnologia de informação, visto que, diferentemente da televisão, em que o programa divulga algum dado e notícia por alguns instantes, na internet nada é apagado, como aponta Melo (2015, p. 191):

“Na prática, nada na internet é apagado, tudo lá permanece na dependência da capacidade de navegação, de uso de ferramentas de busca. Ser deixado tranquilo e ter o exclusivo controle de sua privacidade nas trocas estabelecidas via internet acaba por se tornar uma empreitada para especialistas e não para o cidadão comum, impondo um aprimoramento no nível do interacionismo sociotécnico.” (MELO, 2015, p. 191)

Assim, mesmo que o direito à liberdade de expressão e a informação estejam amparados no artigo 5º da CF/88, conforme incisos IV, VIII, IX, X e no artigo 220, parágrafo 2, cumpre ressaltar a necessidade de cautela no momento de disseminar a informação, para salvaguardar o direito ao esquecimento e, por consequência, os direitos fundamentais de terceiros. Estes, além de fundamentais, também estão tutelados no Código Civil, como direitos da personalidade, do artigo 11 ao 21. Referente a essa ponderação, deve ocorrer uma:

“Responsabilização de quem de modo abusivo veicula alguma informação ou mesmo o reconhecimento de um direito de resposta acabam, de algum modo, operando como fatores que podem levar a uma maior contenção (ou mesmo não reiteração) quando do exercício da liberdade de expressão e de informação.” (SARLET, 2018, p. 494)

O ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes (2018), já se pronunciou sobre o tema. Conforme o jurista, a liberdade de expressão engloba o direito de se exprimir, de se informar, e de se expressar, e mesmo sendo fundamental, especialmente por se destacar depois de um período de repressão, não abrange a violência, em qualquer forma.

Dessa maneira, não há margens para ofensas à privacidade, à honra, à intimidade, ou à imagem, quando se utiliza do argumento de exercício da liberdade de expressão ou de imprensa. Porém, esses institutos merecem destaque, pois possuem “um caráter de pretensão a que o Estado não exerça censura” (MENDES, 2018, p. 391), concluindo que a Carta magna:

”Admite a interferência legislativa para proibir o anonimato, para impor o direito de resposta e a indenização por danos morais e patrimoniais e à imagem, para preservar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, e para que se assegure a todos o direito de acesso à informação.” (MENDES, 2018, p. 399)

Por esse influxo, deve ser feita uma análise da razoabilidade, que deve “atender aos critérios informadores do princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito)” (MENDES, 2018, p. 402). Nesse tocante, Nishiyama (2011) aponta como o princípio da proporcionalidade está inserido no da razoabilidade, já que há uma relação de qualidade sobre a atuação e de quantidade, referente a proibição do excesso.

Logo, não tardou para que o termo direito ao esquecimento se tornasse vastamente utilizado, e fosse agregado à linguagem popular, à mídia e à jurisprudência de diversos países (SARLET, 2018). Isso ocorre porque cada vez mais a internet ganha destaque como um espaço permanente de informações e, por conseguinte, conteúdos indesejados permanecem na rede, o que gera insatisfação na população.

Além disso, a Corte de diversos países Europeus reconheceu a interpretação do *right to be forgotten* como amparado pelo princípio da dignidade da pessoa humana e à inviolabilidade pessoal, conforme Neto

(2013, p. 20). O Tribunal Alemão, sobre o direito a proteção de dados, decidiu que:

“As pessoas devem ser protegidas da busca ilimitada, armazenamento, uso e transmissão de dados pessoais, como condição para o livre desenvolvimento da personalidade, considerando as condições modernas de processamento de dados (...) sendo facultado ao indivíduo determinar por si quando o Estado pode usar ou divulgar os seus dados pessoais” (SARMENTO, p. 46)

De início, Sarlet (2018) fala acerca do problema do encaixamento do direito ao esquecimento na condição de direito fundamental. Entretanto, reflete como essa denominação torna-se imprescindível para impedir que alguém “sofra permanentemente e de modo indeterminado as repercussões negativas associadas a fatos do passado” (SARLET, 2018, P. 497).

Todavia, é possível afirmar que, mesmo com dificuldades em relação à efetividade em termos práticos, “o direito ao esquecimento pode e deve ser reconhecido, também no caso brasileiro, como um direito fundamental implícito e vinculado à proteção da dignidade humana e dos direitos de personalidade” (SARLET, 2018). Por isso, é necessário apenas uma complementação legislativa que determine o seu alcance, visto que diferentemente da seara televisiva, a internet deve contemplar o direito de exclusão dos dados nos mecanismos de buscas.

Com efeito, Melo (2015) corrobora que nenhuma pessoa deve ser obrigada a conviver para sempre no passado, conforme a tese de direito ao esquecimento do STJ, no enunciado 531, “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”. Sendo assim, o Tribunal justificou a tese afirmando que, como não é possível reescrever a própria história, é importante assegurar a possibilidade de disposição desses fatos nas novas tecnologias, e como eles são lembrados.

Ademais, o direito ao esquecimento pode ser mencionado não apenas nos casos em que o sujeito de fato cometeu um delito, e essa informação se disseminou, mas também quando a informação, por si só, cria o delito (NETO, 2013). Nesse caso, o sujeito é punido pela

sociedade e sofre os efeitos da pena, mesmo antes de qualquer condenação. Isso evidencia que, nesse caso, presencia-se que o indivíduo é vítima de um preconceito inevitável.

Frisa-se que o direito ao esquecimento não recai apenas sobre a vítima, mas também sobre seus parentes, que não querem ser marcados por fatos doloridos do passado. Pessoas acusadas injustamente de algum delito, e que tiveram seus nomes divulgados antes de serem inocentadas; criminosos que já cumpriram a pena e querem reinserir-se na sociedade, também não querem permanecer estigmatizados, como aponta Ferriani (2016).

Nesse caso, a condição de ex-detento impede que ele possua uma ressocialização eficaz, especialmente quando os dados da penitência se encontram nas redes. Impede-se, dessa maneira, a existência digna do indivíduo, que possui o direito de dispor sobre informações privadas de si mesmo.

Logo, a partir do reconhecimento do *right to be forgotten* como parte da dignidade da pessoa humana e como matéria de interesse público-constitucional, resultam “obrigações para com outros seres e correspondentes deveres mínimos e análogos de proteção” (SARLET, 2019, p. 43), que possuem consequências jurídicas com a ordem social vigente:

“Assim, quanto se fala – no nosso sentido equivocadamente – em direito à dignidade, se está, em verdade, a considerar o direito a reconhecimento, respeito, proteção e até mesmo promoção e desenvolvimento da dignidade, podendo inclusive falar-se de um direito a uma existência digna, sem prejuízo de outros sentidos que se possa atribuir aos direitos fundamentais relativos à dignidade da pessoa” (SARLET, 2019, p. 82)

Ainda sobre conquistas na esfera dos Tribunais Superiores, as principais decisões que envolveram o direito ao esquecimento, ainda que tais julgamentos tenham obtido ampla publicidade na ordem televisiva. São estes: caso conhecidos como Aída Curi (Resp. n. 1.335.153/RJ) e o caso Chacina da Candelária (RESP n. 1.334.097/RJ).

No primeiro caso, Aída Curi era uma jovem que foi estuprada na cobertura de um prédio e logo em seguida atirada do alto. Anos após o

ocorrido, a rede globo explorou o caso e os irmãos de Aída recorreram à Justiça pelo direito ao esquecimento. Este não foi deferido devido ao longo período de tempo que já havia passado, entre a morte e a exibição do programa. Contudo, os irmãos de Aída recorreram e o caso ainda não possui resposta definitiva.

Na segunda ocasião, o caso da Chacina da Candelária, um policial foi preso de forma equivocada e logo em seguida inocentado. Posteriormente, a rede globo trouxe à tona esse fato, sem menção à inocência. Então, o STJ deferiu indenização por danos morais no valor de 50 mil reais, com base no direito ao esquecimento, visto que esse policial teve que lidar novamente com essa situação infortuna do passado.

Como esses casos ocorreram em meio televisivo, não é cabível realizar, com presteza, um tratamento análogo com a seara Digital. Esta última possui um algoritmo próprio de busca e uma inteligência artificial diferenciada, além de possuir dados que ficam permanentemente nas redes. Logo, é importante que se utilize outras balizas para sua determinação e julgamento de casos.

Sobre este ponto, Villaronga et al (2018) discorrem que em alguns casos, é impossível ou até mesmo muito dificultoso promover a remoção completa dos fatos da inteligência artificial sem danificar seriamente o sistema, por conta do reforço necessário para que isso ocorresse, como aponta Melo:

“A regulação proposta estaria acentuando a diferença entre aqueles que sabem onde está a informação e podem procurá-la diretamente e aqueles que precisam de uma ferramenta de pesquisa. Por esta razão, há a suspeita de que não seja tecnicamente possível cobrir todas as possibilidades de busca, recuperação e remoção de dados e links” (MELO, 2015, p. 191)

Todavia, para Vilaronga et al (2018), a remoção seria mais prática quando se tratasse de um mecanismo de busca, backups ou até mesmo outros mecanismos internos, mais simples. Afinal, o direito ao esquecimento não possui a pretensão de apagar fatos históricos importantes para a memória coletiva (FERRIANI, 2016), mas apenas proteger a memória individual, não podendo ser aplicado quando houver grave

violação aos direitos humanos, como crimes de guerras ou massacres que não devem ser esquecidos, para não serem repetidos.

Em suma, os referidos casos repercutiram nacionalmente, e envolveram o conflito entre esquecimento e memória. No caso da Chacina, a mídia defendeu a liberdade de expressão em audiência pública, a partir da consideração dos seguintes aspectos: o policial não poderia usufruir do direito ao esquecimento por não ter sido a vítima do crime; a informação ter sido obtida por meios lícitos; não houve um conceito de direito ao esquecimento que informe seu alcance; negar fatos importantes seria a negação da própria história.¹¹

Em contrapartida, a outra parte ressaltou a existência do direito ao esquecimento, com base na dignidade humana e direitos fundamentais à honra, à imagem, à personalidade. Nessa discussão, desenvolveu-se uma tentativa de obter-se um consenso entre ambas partes, dentro do contexto específico do caso.

Sobre esse tópico, Hesse (1991) diz que:

“Quem se mostra disponível a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao estado democrático” (p. 22)

Por conseguinte, é indispensável determinar o limite de certos interesses privados, com base na razoabilidade e na proporcionalidade, para preservar os princípios constitucionais. Assim, a norma será interpretada de acordo com o caso concreto, para a melhor realização do fim constitucional. Firma-se então a força normativa e a essência do Estado democrático de Direito.

Dessa forma, o direito ao esquecimento deve ser protegido. De acordo com Tjong Tjin (T. F. E., 2016), apesar de as atividades na internet violem direitos, e haja uma certa regulamentação legislativa, que consegue enquadrar tal direito em princípios e regras, para o autor seria

11 ATA DA AUDIÊNCIA PÚBLICA RE 1.010.606 . Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/AUDINCIAPUBLICASOBREODIREITOAOSQUECIMENTO_Transcries.pdf . Acesso em 11 de julho de 2020.

importante que houvesse uma proteção mais estrita para se desenvolver com mais clareza o que seria esse direito e como se daria sua violação, indo então ao encontro de Sarlet (2018).

Decerto que esse direito gera reflexos nos âmbitos cíveis e penais. Pode-se exigir a cessação da ameaça ou lesão, e pleitear indenização por danos materiais ou morais, sem prejuízo das sanções penais cabíveis. Diante disso, Ferriani (2016) aponta a necessidade de que, em caso de lesão, seja deferido a concessão da tutela antecipada de urgência, que já “não se dará contra o dano, mas contra um ato ilícito em iminência de ser praticado ou então já praticado” (p. 131)

Mediante a concessão, protege-se o titular do direito ao esquecimento, pois ele não terá que aguardar até o resultado final da ação, momento em que a informação já alcançou o seu fim: atingir uma grande quantidade de pessoas. Além disso, quando a finalidade da notícia ou divulgação já tiver sido alcançada, cabe a tutela ressarcitória específica, com a propositura de uma ação de responsabilidade civil.

Nesse contexto, facultar-se-á a vítima ou a seus parentes a escolha entre memória e esquecimento, de maneira que lhes seja reconhecido ter o direito à ocultação, à supressão ou ao cancelamento de dados pessoais ou notícias antigas publicadas no passado.

A reparação de danos, concessão de tutelas, ou sanções penais possuem a pretensão de obter o ressarcimento em dinheiro, ou o restabelecimento da situação que existia antes do dano. Logo, almeja-se que os indivíduos tenham os dados deletados da internet, para assim, ter os dados removidos das mentes humanas (VILLARONGA, et al, 2018).

CONCLUSÃO

A internet é um meio que propaga informações de maneira devastadora, sendo indispensável que haja um controle de conteúdo, para que se evite a violação do direito ao esquecimento, que é um direito fundamental implícito e vinculado aos direitos de personalidade e a dignidade da pessoa humana, que é a base da ordem constitucional como um todo.

Esse controle pode ser ofertado mediante complementação legislativa que determine o alcance material do direito ao esquecimento, visto que a tarefa foi deixada à doutrina e à jurisprudência. Essa lacuna está presente em várias matérias de direito digital, e deve, também, ser discutida nos outros países, para que os dados sejam apagados em todo o ambiente virtual.

A internet deve contemplar o direito de exclusão dos dados nos mecanismos de buscas, para proteger os direitos fundamentais e garantir a ordem constitucional. Outrossim, precisa-se promover a responsabilização no âmbito cível ou penal de quem de modo abusivo veicula alguma informação, ou quando finda o direito à resposta.

Sendo assim, essa possível medida ajudaria as pessoas a lidarem melhor com a proteção de seus dados na internet. Dessa forma, a vítima e seus familiares poderão obter a supressão dos seus dados, o que pode gerar segurança jurídica e tutela da dignidade humana. Caso não existam motivos legítimos para que haja a conservação dessas informações, e ressaltar-se-á a liberdade de expressão e de imprensa, pois o direito ao esquecimento deve ser aplicado com cautela, para que não interfira na história ou na memória coletiva.

Assim, cabe ressaltar que a mudança legislativa iria, para o âmbito constitucional, contribuir para fortalecimento material de interpretação constitucional desenvolvida. Portanto, após definido e estruturado no âmbito do poder legislativo, estabelece-se determinados critérios para configuração e possíveis sanções, sendo necessário se utilizar da ponderação principiológica, mediante os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, para se obter um ponto de equilíbrio entre dois polos.

REFERÊNCIAS:

BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria.** Revista Brasileira de Políticas Públicas. Brasília, v. 5, p. 23-50, n. especial, 2015

FERRIANI, Luciana de Paula Assis. **O direito ao esquecimento como um direito da personalidade.** 2016. 245 f. Tese (Dou-

torado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991

HABERLE. Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Tradução por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997.

JUNIOR, Antônio Rulli. NETO, Antônio Rulli. **Direito ao esquecimento e o superinformacionismo**: apontamentos no direito brasileiro dentro do contexto de sociedade da informação. Revista Esmat. Palmas, Ano 5, nº 6, pag. 11 a 30, jul. /dez. 2013.

MARTÍNEZ, Vinício Carrilho. SCHERCH. Vinícius Alves. **Relações entre direito e tecnologia no século XXI**. Revista de Direito. Viçosa, Vol.12, n. 01, 2020.

MELO, J. C. **Regulação do direito ao esquecimento no ciberespaço**: heterogeneidade de lealdades no espaço público de postulação de interesses legítimos. Revista de Direito, Estado e Telecomunicações. Brasília, v. 7, n. 1, p. 171-194, maio, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. – (Série IDP)

NISHIYAMA. Adolfo Mamoru. **Os princípios da interpretação constitucional: a razoabilidade, a proporcionalidade e outros princípios interpretativos**. Meritum. Belo horizonte, v. 6, n. 1, p. 209-250, jan/jul. 2011.

SARLET. Ingo Wolfgang. **Proteção da personalidade no ambiente digital: uma análise à luz do caso do assim chamado di-**

reito ao esquecimento no Brasil. Espaço Jurídico Journal of Law. Joaçaba, v. 19, n. 2, p. 491-530, 16 ago, 2018.

SARLET. Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Coonstituição Federal de 1998.** 10 ed. rev. Atual. E ampl. 3. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019

SARMENTO, Daniel. **Liberdades comunicativas e direito ao esquecimento na ordem constitucional brasileira.** Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/2/art20150213-09.pdf>>. Acesso em 10/07/2020.

T. F. E., Tjong Tjin Tai. **The right to be forgotten - private law enforcement.** International Review of Law, Computers & Technology., Vol.30, p. 76-83, janeiro, 2016.

VILLARONGA, Eduard Fosch. KIESEBERG, Peter. LI, Tiffany. **Humans forget, machines remember: Artificial intelligence and the Right to Be Forgotten.** Computer Law & Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice. Vol.34 (2), p.304-313, april 2018.

AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NA EPIDEMIA DO ZIKA VÍRUS: O ABORTO COMO DIREITO SEXUAL E REPRODUTIVO DA MULHER OU DIREITO À VIDA DO NASCITURO COM SÍNDROME CONGÊNITA NEUROLÓGICA?

Nádia Regina da Silva Pinto

1. INTRODUÇÃO¹²

A epidemia do Zika vírus surgiu em 2015 e vem causando pânico na saúde pública e nas famílias que desejam engravidar.

É um pânico justificado pela recente descoberta de outras causas de transmissão do Zika vírus além da picada do mosquito *Aedes aegypti*, como contato sexual ou por secreções (saliva e urina), e agravado pela ausência de vacinas ou tratamento específico (NUNES et al., 2016).

A discussão da legalização do aborto como um direito à escolha da mulher perpassa também pelo direito à vida do feto, que, embora

¹² Monografia apresentada e aprovada em 07/07/2017 ao Programa de Graduação em Direito, da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro como requisito parcial para obtenção da aprovação na disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso II. Área de concentração: Direito. Avaliadores e docentes de Direito da UNIRIO: Prof^ª. Ana Paula de Oliveira Sciammarella (orientadora), Prof. Luiz Otávio Ferreira Barreto Leite e Prof^ª. Edna Raquel Hogemann.

sem personalidade jurídica, tem um rol de representantes legitimados na defesa de seus direitos fundamentais, os quais vão além de aspectos puramente religiosos.

Em contraponto, em um cenário no qual o aborto fosse legalizado, o risco de abortos eugênicos chancelados pelo Poder Público impõe discussão bioética relevante – antes mesmo da disseminação de mobilizações que colocam o aborto de fetos diagnosticados com microcefalia por Zika vírus exclusivamente como um direito à escolha da mulher, e não como um problema de saúde pública a ser resolvido com uma política de Estado séria, responsável e acolhedora em longo prazo.

2 ABORDAGEM METODOLÓGICA

O estudo foi o qualitativo–descritivo. As técnicas de coleta de dados reuniram buscas de trabalhos na internet e posterior análise documental.

3 A EPIDEMIA DO ZIKA VÍRUS

O Zika vírus é um flavovírus, isolado em estudo pela primeira vez em 1947, presente em um macaco Rhesus, na floresta denominada Zika, perto de Kampala, em Uganda, na África, segundo Dick, Kitchen e Haddow (1952 apud MARCONDES; XIMENES, 2016).

A transmissão do Zika vírus se dá por intermédio de vetores de artrópodes de tipos de mosquitos do gênero *Aedes* de múltiplas espécies, mais comumente o *Aedes aegypti*, amplamente distribuídos em vários continentes (AL-ABDELY, 2016).

A infecção pelo Zika vírus causa mal-estar; calafrios; febre; dor de cabeça; dor muscular; artralgia; dor periorbital; e outras complicações (MARCONDES; XIMENES, 2016).

Eventos esportivos de larga escala, como a Copa do Mundo de 2014 e os jogos Olímpicos de 2016, ambos ocorridos no Brasil recentemente, podem ter contribuído para a introdução de novos vírus derivados do Zika e outras arbovíroses de regiões com diferentes climas (MARCONDES; XIMENES, 2016).

3.1 As políticas públicas brasileiras para o controle da epidemia do Zika vírus

É universal a argumentação acerca da responsabilidade do Estado pelo não controle do vetor na epidemia do Zika vírus, da mesma forma que em relação à garantia do direito à dignidade e à saúde das mulheres social e economicamente vulneráveis (GALLI; DESLANDES, 2016).

No campo político-legislativo, a partir do art. 18 da Lei nº 13.301, de 27/06/2016 (BRASIL, 2016b), o que se oferece a essas mães e famílias são benefícios temporários de prestação continuada, por um prazo máximo de três anos, e condicionados ao término do salário-maternidade decorrente do nascimento da criança com microcefalia, desconsiderando insensivelmente o fato de que as deficiências neurológicas das crianças afetadas pelo Zika vírus perduram por toda a vida, ultrapassando esse prazo normativo exíguo, restritivo e severo.

O art. 18 da Lei nº 13.301, de 27/06/2016 (BRASIL, 2016b), também contempla apenas os diagnosticados com microcefalia em decorrência de sequelas neurológicas consequentes a doenças transmitidas pelo *Aedes aegypti*, excluindo outras desordens neurológicas causadas pela síndrome congênita do Zika vírus.

Além disso, a Lei nº 13.301, de 27/06/2016 (BRASIL, 2016b), em seu art. 1º, determina que suas disposições têm eficácia limitada enquanto perdurar a Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional – como se a epidemia estivesse sendo plenamente combatida e controlada pelo Poder Público; este, na realidade, não vem divulgando notícias ou relatórios atuais a respeito da epidemia em comento: casos novos notificados, como estão vivendo as famílias afetadas pelo Zika vírus, e como estão sendo assistidas pelos serviços de saúde do governo.

São várias restrições de direitos expressas na Lei nº 13.301, de 27/06/2016 (BRASIL, 2016b), considerando, sobretudo, que o art. 203, inciso V, da Carta Magna de 1988 (BRASIL, 1988) prevê, independentemente de contribuição à seguridade social, a garantia de um salário mínimo de benefício mensal a pessoas com deficiência e idosos que comprovem não dispor de meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. Portanto, limitar a um prazo

máximo de três anos os benefícios de prestação continuada a famílias e crianças com síndrome congênita neurológica decorrente do Zika vírus é flagrantemente inconstitucional.

A Lei nº 13.301, de 27/06/2016 (BRASIL, 2016b), também viola vários direitos: proteção à família e à criança (art. 203, inciso I); amparo às crianças (art. 203, inciso II); habilitação e reabilitação das pessoas com deficiência e promoção de sua integração à vida comunitária (art. 203, inciso IV); garantia de um salário mínimo para pessoa com deficiência (art. 203, inciso V, já mencionado); além de deveres de proteção do direito à vida, à dignidade e à saúde (arts. 6º e 227) – todos da Carta Magna de 1988 (BRASIL, 1988).

4. A JUDICIALIZAÇÃO NA EPIDEMIA DO ZIKA VÍRUS

A defesa da não criminalização do aborto induzido e voluntário nas primeiras 12 semanas foi objeto da ADPF nº 442, protocolada no STF em 08/03/2017, de autoria do Partido Socialismo Liberdade (PSOL), o qual pediu a concessão de liminar para suspender prisões em flagrante, inquéritos policiais e processos em trâmite ou decisões judiciais, com vistas, no mérito e a não recepção parcial dos artigos 124 e 126 do Código Penal de 1940 (Decreto-Lei nº 2.848, de 07/12/1940). Tal medida estaria em consonância com a manifestação autônoma das mulheres, sem exigência de permissão estatal, e da mesma forma autorizaria os profissionais de saúde a realizarem esse procedimento (BRASIL, 2017a).

A ADPF nº 442, de 2017 (BRASIL, 2017b), com pedido de medida cautelar promovida pelo PSOL teve por base a arguição ao desrespeito de preceito fundamental no texto constitucional, e tenta demonstrar seus argumentos com casos e pesquisas concretas em relação ao aborto, ao indagar nos autos a razoabilidade constitucional do poder coercitivo do Estado para coibi-lo, ressaltando que nenhuma mulher será obrigada a realizá-lo contra sua vontade.

Assim, na petição inicial da ADPF nº 442, de 2017 (BRASIL, 2017b), a partir de dados da Pesquisa Nacional do Aborto 2016, realizada pela Universidade de Brasília e pelo Instituto de Bioética, Di-

reitos Humanos e Gênero (ANIS), com financiamento do Ministério da Saúde e do Fundo de Investimento Social {ELAS}, revelou-se que, no Brasil, apenas no ano de 2015 há registro de que 417.000 mulheres interromperam voluntariamente a gravidez em segmento populacional urbano, bem como 503.000 mulheres para todo o país, concluindo-se que pelo menos uma mulher pratica aborto no Brasil a cada minuto, procedimento que se integra à realidade de suas vidas, de acordo com Diniz, Medeiros e Madeiro (2017 apud BRASIL, 2017b).

Contudo, a Advocacia Geral da União (AGU) defendeu a legislação atual, afirmando que devem ser ouvidos os diferentes setores da sociedade brasileira; essa exigência, em respeito à democracia moderna, torna imprescindível que o debate nessa seara seja amplo no âmbito do Poder Legislativo. Por conseguinte, o governo, por meio da AGU, defendeu a tese de que o debate sobre possíveis mudanças na legislação, destinadas a ampliar as possibilidades de aborto, seja realizado no âmbito do Congresso Nacional, a fim de que se garanta a legitimidade da decisão majoritária, mas também a salvaguarda dos direitos das minorias (PSOL, 2017).

De acordo com o PSOL (2017), como se trata de uma reivindicação de direito fundamental, o governo federal transferiu a responsabilidade para um dos congressos mais conservadores do período pós-redemocratização, ao considerar o Poder Legislativo brasileiro, com composição fundamentalista, aliado ao governo de Temer, o qual impõe retrocessos na área dos direitos humanos.

A relatora da ADPF nº 442, ministra Rosa Weber, ainda avaliará as respostas da AGU que expressam a posição da presidência da República, da Câmara e do Senado Federal, o que ainda está pendente de pronunciamento específico e independente sobre a matéria (PSL, 2017).

Adicionalmente, em decisão monocrática da ministra Rosa Weber do STF, divulgada em 02/06/2017 pelo Diário da Justiça Eletrônico (DJE) nº 117, considerando o caráter parcialmente técnico das justificativas e a amplitude de sua representatividade, foram deferidos os pedidos de ingresso na condição de *amicus curiae* de três instituições: Partido Social Cristão (PSC), na petição nº 13776/2017; União dos Juristas Católicos de São Paulo (UJUCASP), na petição

nº 15803/2017); e Instituto de Defesa da Vida e da Família (IDVF), na petição nº 17406/2017), as quais pleiteiam participar da ADPF nº 442 (BRASIL, 2017b).

As partes deferidas pela Suprema Corte para ingressar na condição de *amicus curiae* na ADPF nº 442 (BRASIL, 2017b) foram todas contrárias à legalização do aborto nas 12 primeiras semanas de gestação, e não favoráveis ao pedido do PSOL. Efetiva-se, portanto, o debate misto e democrático na sociedade civil, no âmbito do Poder Judiciário.

Há grande relevância na discussão com a sociedade a respeito da legalidade da matéria do aborto, o que torna essencial a participação de entidades na condição de *amicus curiae* na ADPF nº 442 (BRASIL, 2017b), por permitir um debate colaborativo, amplo e diversificado.

O PSC teve sua petição deferida pela Suprema Corte para participar como *amicus curiae* na ADPF nº 442, de 2017 (BRASIL, 2017b), pois se apoiou em fundamentos técnico-jurídicos importantes no cenário em que se defende a vida humana acima de tudo, em oposição ao PSOL, que a desconsidera nas 12 primeiras semanas de gestação.

Por sua vez, o PSC acredita que a reforma no Código Penal de 1940 (BRASIL, 1940) é desnecessária, pois, tendo em vista que se trata de vida a ser defendida, não há qualquer distanciamento entre o mandamento penal e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988), uma vez que esta última prevê orientações acerca do planejamento familiar precedente à concepção. Dessa forma, não há óbices para que as políticas públicas implementem o planejamento familiar em substituição à descriminalização do aborto, a fim de que a vida humana não seja banalizada por decisão arbitrária da mulher que deseja abortar voluntariamente, acreditando que, por ser proprietária de seu corpo, tem autonomia para decidir pela vida de um ser frágil e indefeso.

A União dos Juristas Católicos de São Paulo (UJUCASP), da mesma forma que o PSC, teve sua petição deferida pela Suprema Corte para participar como *amicus curiae* na ADPF nº 442, de 2017 (BRASIL, 2017b), pois também se apoiou em fundamentos técnico-jurídicos importantes no cenário em que se defende a vida humana desde a concepção, destacando a falta de tutela do nascituro pelo Ministério

Público e a falta de legitimidade do PSOL na propositura da referida arguição de descumprimento de preceito fundamental.

A tese que justifica a defesa do aborto como decisão autônoma da mulher reforça o argumento da UJUCASP, segundo o qual inexistente uma curadoria do Ministério Público para tutelar os embriões em seu estado inicial, destacando a falta de curadoria daquele órgão para os embriões formados em seu estágio inicial. O direito da mulher à escolha não deveria sobrepor-se ao direito do feto à vida, considerando-se o caráter inviolável e protetivo dos direitos humanos em âmbito nacional e internacional.

De acordo com a UJUCASP, a legalização do aborto, por tornar seguro um crime, seria uma arbitrariedade, resultado de uma transcendência jurídico-legislativa que não leva em consideração os preceitos fundamentais da Constituição Federal brasileira de 1988.

Nesse sentido, para UJUCASP, a verdadeira defesa das mulheres é incompatível com o pedido do PSOL na ADPF nº 442, de 2017 (BRASIL, 2017b), não desmerecendo, entretanto, o fato de estas necessitarem de políticas públicas especiais que tratem de suas vulnerabilidades e especificidades, porém sem esquecer que o direito à vida é o mais fundamental e relevante de todos.

O IDVF é uma associação civil de âmbito nacional sem fins lucrativos, de natureza suprapartidária e supraconfessional, fundada em 21 de junho de 2004, com duração por tempo indeterminado (BRASIL, 2017b).

O IDVF também teve sua petição deferida pela Suprema Corte para participar como *amicus curiae* na ADPF nº 442, de 2017 (BRASIL, 2017b), uma vez que se baseou em fundamentos técnico-jurídicos relevantes na defesa da vida humana.

Para o IDVF, a vida humana se inicia com a concepção e termina com a morte natural, não podendo jamais ser interrompida por atos volitivos e cerceadores de direitos dos nascituros, seres frágeis e indefesos. Como premissas estatuídas, esse instituto defende e valoriza a vida humana, a família, a liberdade religiosa e de consciência, e a moralidade sexual (BRASIL, 2017b).

Por sua vez, a Advocacia Geral da União (AGU) acredita que, a partir de precedentes judiciais, como a ADPF nº 54 (BRASIL, 2012) e

a ADI nº 3510 (BRASIL, 2010), não há justificativa com fundamento de analogia normativa para deferimento do pedido de legalização do aborto nas 12 primeiras semanas de gestação, conforme o pedido do PSOL, pois não há semelhança de casos em relação aos mesmos efeitos jurídicos, não podendo se estabelecer tratamento jurídico igual.

Na ADPF nº 54 (BRASIL, 2012), formalizada em 17/06/2004 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), apresentou-se a anencefalia fetal como objeto do pedido da legalização do aborto sob exame do STF. Pelo fato de se tratar de uma patologia letal e não compatível com a vida extrauterina, julgou-se procedente o pedido formulado na inicial para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, do Código Penal brasileiro de 1940.

Dessa forma, a decisão proferida na ADPF 54 (BRASIL, 2012) acrescentou nova modalidade que exclui a hipótese de crime de aborto quando diagnosticada a anencefalia; esta última, entretanto, não tem relação com a microcefalia ou com síndromes congênitas neurológicas causadas pelo Zika vírus, considerando que nestas situações existe viabilidade fetal, embora com a existência de graves deficiências neurológicas, além de outras comorbidades associadas.

Nesse diapasão, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510 (BRASIL, 2010), formalizada em 30/05/2005 no STF pelo Procurador-Geral da República brasileira, foi julgada improcedente, em 28/05/2010, em relação à descaracterização do aborto quanto às pesquisas científicas com células-tronco embrionárias para fins terapêuticos, conforme autoriza a Lei nº 11.105/2005 (BRASIL, 2005), com o objetivo de tratar patologias e traumatismos de cursos evolutivos severos e incapacitantes.

O reconhecimento pelo STF quanto a não caracterização de aborto em pesquisas científicas com células-tronco embrionárias, pelo fato de inexistir vida a ser salvaguardada nestas situações *in vitro*, não tem correlação que fundamente o pedido do PSOL na ADPF nº 442, de 2017, quanto à legalização do aborto nas 12 primeiras semanas de gestação em razão de infecção pelo Zika vírus. Considera-se que, neste

caso, existe vida fetal em potencial de evolução, pois esta vida está en-
tranhada e nutrida por tecido materno, além de ter viabilidade extrau-
terina atestada por acompanhamento médico regular no pré-natal e a
partir do nascimento da criança acometida pelos efeitos da virose.

No ordenamento jurídico brasileiro, percebe-se a posição ma-
joritária contrária à legalização do aborto nas 12 primeiras semanas
de gestação, permitindo inferir que não será diferente no julgamento
final da ADPF nº 442, de 2017 (BRASIL, 2017b); consolida-se assim
uma das premissas defendidas nas teses de oposição ao pedido do
PSOL, tal como o respeito ao princípio da separação dos poderes,
segundo o qual não cabe ao Poder Judiciário assumir a competência
de legislador positivo.

Nesse sentido, de acordo com a Conferência Nacional dos Bispos
do Brasil (CNBB), associação civil sem finalidade econômica, não ad-
mitida a intervir na ADPF nº 442, de 2017 (BRASIL, 2017b) como
amicus curiae, o STF já se posicionou em outras circunstâncias, como na
ADIN nº 3510 (BRASIL, 2010) e na ADPF nº 54 (BRASIL, 2012),
acerca da discussão sobre o aborto, ao afirmar que não compete à Su-
prema Corte legislar sobre a matéria, cabendo ao Congresso Nacional
legislar sobre a questão. Justificou-se em seguida que, em ambos os
julgamentos descritos, ficou demonstrado claramente que não se trata-
va de hipóteses de ampliação da excludente de punibilidade do aborto,
senão o reconhecimento, em ambos os casos, de que não havia vida a
ser resguardada (BRASIL, 2017b).

Nesse mesmo cenário de discussão do aborto nas 12 primeiras se-
manas de gestação, objeto do pedido do PSOL na ADPF nº 442, de
2017 (BRASIL, 2017b), a ADI nº 5581 (BRASIL, 2016c), protocolada
no STF em 24/08/2016, de autoria da ANADEP, traz à tona uma série
de questões relevantes e transversais sobre este tema, pois questiona
dispositivos da Lei nº 13.301, de 2016 (BRASIL, 2016b), a qual trata
de medidas de vigilância em saúde em relação aos vírus da dengue,
chikungunya e zika (BRASIL, 2016b).

Contudo, a Lei nº 13.301, de 2016 (BRASIL, 2016b), requer ime-
diato controle de constitucionalidade, pois transparecem lacunas e fâ-
lhas na boa prestação de serviços públicos integrais compatíveis com a

gravidade da epidemia do Zika vírus, conforme se verifica na ADI nº 5581, de 2016 (BRASIL, 2016c), cumulada com a ADPF.

Há grande descaso e inércia do Poder Público ao cercear direitos pétreos constitucionais que deveriam ser universais, mas na prática passam a ser excludentes, visto que a Lei nº 13.301, de 2016 (BRASIL, 2016b) condiciona os benefícios de prestação continuada a um limite máximo de três anos – incompatível com a deformidade neurológica por toda a vida causada pelo Zika vírus –, proibindo a cumulação destes benefícios com o salário-maternidade, e ainda exigindo comprovação da seqüela neurológica por meio de perícia no Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS).

4.1 O direito da mulher à escolha como mudança de foco nas mobilizações ativistas que pedem a legalização do aborto por anomalias neurológicas oriundas do Zika vírus

No Brasil, a prática do aborto é considerada crime, à exceção dos casos de risco de vida para a mulher e quando há crime sexual (GALLI; DESLANDES, 2016).

Camargo (2016) traz à baila o direito à escolha, e não o direito ao aborto, como objetivo necessário de qualquer mobilização, escolha esta que deve compreender o direito legal ao aborto e o direito a levar a gravidez a termo.

O direito legal ao aborto incluiria o acesso ao aborto legal e seguro na rede pública de saúde, e o direito de levar a gravidez adiante seria com apoio social integral (CAMARGO, 2016).

Para Diniz e Almeida (1998, p.127), “Tratar, no entanto, o aborto seletivo como eugênico é nitidamente confundir as práticas. Especialmente porque a ideologia eugênica ficou conhecida por não respeitar a vontade do indivíduo”.

A prática do aborto seletivo não se baseia na obrigatoriedade de interromper a gestação com fundamento em alguma ideologia de extermínio de indesejáveis, assim como foi praticado pela medicina nazista (DINIZ; ALMEIDA, 1998).

A autonomia reprodutiva seria o valor que abrange a interrupção seletiva ou voluntária da gestação, bem como todas as questões pertinentes à saúde reprodutiva (DINIZ; ALMEIDA, 1998).

De acordo com Faúndes e Barzelatto (2004), a interrupção da gravidez com base no sacrifício da vida do feto que poderia vir a sobreviver após um parto natural não é aceitável, a não ser nas situações excepcionais em que não existe outra maneira de salvar a vida da mulher.

De outro lado, para muitas pessoas, a existência do embrião ou do feto não se revela uma questão moral importante durante as primeiras 12 semanas de gestação; segundo esta visão, o feto só obtém *status* moral pleno na vida extrauterina, mesmo que o alcance de sua independência ainda dependa de cuidados apropriados fora do corpo da mulher. A percepção materna quanto ao início dos movimentos fetais também é outro marcador de impacto psicológico sobre posição contrária ou favorável ao aborto (FAÚNDES; BARZELATTO, 2004).

A legalização do aborto reduziria a clandestinidade, e a não criminalização desta prática teria o efeito de reduzir os índices de mortalidade e de morbidade materna, porém aumentaria os índices de mortalidade dos nascituros com amparo legal – o que de certa forma violaria direitos fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988) –, tornando-os vulneráveis à manifestação da vontade da mulher, de forma unilateral e arbitrária.

Embora a vida do nascituro seja defendida tanto no Código Penal Brasileiro de 1940 (BRASIL, 1940) quanto na Constituição Federal Brasileira de 1988 (BRASIL, 1988), não há como negar que o aborto é um problema de saúde pública que deve ser enfrentado à luz de políticas públicas mais adequadas que ofereçam solução em lugar de punição exacerbada.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os resultados desta pesquisa demonstraram a existência de muitas lacunas nas políticas públicas de saúde para combater eficazmente a epidemia do Zika vírus, o que torna imprevisível almejar um prognóstico saudável para todas as mulheres grávidas e suas famílias, as quais já cuidam de crianças com síndromes congênitas neurológicas decorrentes desta grave infecção transmissível, sem o controle sistêmico do mosquito *Aedes aegypti*, transmissor de outras doenças como a dengue, a febre amarela e a chikungunya.

Esta pesquisa demonstrou também que o aborto como instrumento de direito sexual e reprodutivo das mulheres protagoniza a questão da isonomia entre gêneros como elemento principal da campanha favorável ao aborto nas primeiras 12 semanas de gestação, bem como a autonomia da manifestação da vontade das mulheres, em especial as que enfrentam maiores dificuldades econômicas e as que são marginalizadas socialmente pela raça. De outro lado, os direitos dos nascituros infectados pelo Zika vírus são amplamente defendidos pelo Poder Público e por segmentos religiosos, mesmo sem a conclusão do julgamento pela Suprema Corte, tanto da ADPF nº 442, de 2017 quanto da ADI 5581 nº, de 2016.

Cabe chamar a atenção para a Lei nº 13.301, de 27/06/2016, que condiciona inúmeros direitos dos afetados pela epidemia do Zika vírus a fatores restritivos severos, em contramão aos direitos que deveriam ser assegurados universalmente pela Constituição Brasileira de 1988.

Essa Lei não trouxe benefícios de prestação continuada em longo prazo e cerceia a um limite temporal máximo de três anos as medidas necessárias para o atendimento integral e contínuo das famílias prejudicadas pelos efeitos adversos da epidemia do Zika vírus. Semelhante quadro se agrava pelo fato de a Lei não permitir a cumulação desse benefício com o salário-maternidade, submetendo as famílias vulneráveis e em evidente sofrimento ao crivo pericial arbitrário do Instituto Nacional de Seguridade Social, imputado pelo Poder Público, que falha regularmente como autoridade máxima do Sistema Único de Saúde.

Tanto a falta de amparo do Poder Público no planejamento familiar adequado quanto a falta de apoio familiar, nas circunstâncias adversas em que a mulher se percebe sozinha, podem causar-lhe desespero e levá-la a abortar clandestinamente ou abandonar, após o nascimento, a criança com síndrome congênita neurológica.

Nesse cenário, assiste-se à omissão do Poder Público quando este transfere sua responsabilidade na epidemia do Zika vírus à faculdade de escolhas individuais de cada mulher, mas sem programar-se para as políticas públicas resolutivas de assistência médica às mulheres em idade reprodutiva.

A defesa da delegação da responsabilidade do Poder Pública ao direito à escolha da mulher, dentro de um cenário em que o aborto deixe de ser penalizado como um crime à vida do concepto, não pode prescindir de razões biomédicas, científicas e especialmente bioéticas, no que tange à seleção de genes potencialmente capazes, por meio de abortos voluntários. Temos que considerar que o direito à vida do feto precisa ser representado como uma questão humanitária, e não somente os direitos da mulher.

A discussão acerca da possibilidade jurídica ou não do aborto de crianças com microcefalia ou com outras sequelas neurológicas decorrentes do Zika vírus se faz necessária, até que a eficácia das vacinas em humanos seja provada. Outras questões ainda têm que ser consideradas, pois, à semelhança de determinadas doenças congênitas – como a síndrome de *Down*, em que a penetrância das alterações fenotípicas é extremamente variada, indo desde forma leve da síndrome até acometimentos totalmente incapacitantes –, a infecção pelo Zika vírus pode causar tanto ausência de dano cerebral clinicamente evidenciável quanto processos de degeneração neuronal extrema, com microcefalia secundária associada, quando o cérebro do feto não consegue crescer no ritmo normal. Ademais, pacientes diagnosticados com microcefalia podem ter áreas de acometimento neuronal diferentes, cuja evolução apresenta danos cognitivos e motores diferenciados em pacientes com mesmo grau de redução do perímetro cefálico. Portanto, não é possível prever o grau de comprometimento intelectual e motor do concepto infectado pelo Zika vírus apenas por métodos de imagem ou exames laboratoriais que possam justificar medidas extremas como o aborto, pois estes ainda são extremamente ineficazes para definir tal questão.

REFERÊNCIAS

AL-ABDELY, Hail M. Zika: an emerging teratogenic virus. **Saudi Medical Journal**, Riyadh, Kingdom of Saudi Arabia, v. 37, n. 8, p. 831-833, 2016.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do**

Brasil, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Seção 1, p. 2391. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del-2848compilado.htm>. Acesso em: 10 jun. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.118 p. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao/constituicao.htm>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

BRASIL. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam Organismos Geneticamente Modificados e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança, revoga a Lei nº 8.974, de 5/01/1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23/08/2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10º e 16º da Lei nº 10.814, de 15/12/2003, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília**, DF, 28 mar. 2005. Seção 1, p. 1. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm>. Acesso em: 29 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510 de 28 de maio de 2010**. Dispõe sobre a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados. Relatoria de Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=3510&processo=3510>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 de 12 de abril de 2012**. Dispõe sobre a inconstitucionalidade da interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal brasileiro de 1940. Relatoria de Ministro Marco Aurélio. Disponível

em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954>> Acesso em: 18 jun. 2017.

BRASIL. Lei nº 13.301, de 27 de junho de 2016b. Dispõe sobre a adoção de medidas de vigilância em saúde quando verificada situação de iminente perigo à saúde pública pela presença do mosquito transmissor dos vírus da dengue, chikungunya e o da zika; e altera a Lei nº 6.437, de 20/08/1977. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília**, DF, 28 jun. 2016. Seção 1, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13301.htm>. Acesso em: 18 dez. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5581 cumulada com arguição de descumprimento de preceito fundamental, com requerimento de medida cautelar de 24 de agosto de 2016c**. Dispõe sobre a declaração pretendida quanto à inconstitucionalidade de vários dispositivos da Lei nº 13.301, de 2016 que trata da adoção de medidas de vigilância em saúde em relação ao vírus da dengue, chikungunya e zika, bem como outras providências, etc. Relatoria de Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5581&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Notícias STF no dia 8 de março de 2017a**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=337860>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442 de 08 de março de 2017b com pedido de medida cautelar**.

Dispõe sobre a declaração pretendida quanto a não recepção parcial dos art. 124 e 126 do Código Penal (Decreto-Lei no 2.848/1940). Relatoria de Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/>>

ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>. Acesso em: 25 jun. 2017.

BRAZELTON, T. B.; CRAMER, B. G. The earliest relationship: parents, infants and the drama of early attachment. **Readings**, MA. Addison-Wesley Publishing Company Inc., 1990 apud FAÚNDES, Aníbal; BARZELATTO, José. **O drama do aborto: em busca de um consenso**. Campinas: Ed. Komedi, 2004. 304 p.

BUCKSHEE, K. Impact of roles of women on health in India. **International Journal Gynaecol & Obstetrics**, v. 58, p. 35 - 42.1997 apud FAÚNDES, Aníbal; BARZELATTO, José. **O drama do aborto em busca de um consenso**. Campinas: Ed. Komedi, 2004. 304 p.

CAMARGO, Thais Medina Coeli Rochel de. O debate sobre aborto e Zika: lições da epidemia de AIDS. **Caderno Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 32, n. 5, p. 1- 3, mai. 2016.

CASAS, L. **Mujeres procesadas por aborto** Foro Abierto de Salud Y Derechos Reproductivos. Santiago, Chile, 1996 apud FAÚNDES, Aníbal; BARZELATTO, José. **O drama do aborto em busca de um consenso**. Campinas: Ed. Komedi, 2004. 304 p.

DICK, GW; KITCHEN, SF; HADDOW, AJ. Zika virus. Isolations and serological specificity. **Trans R Soc Trop Med, Hyg**, v. 46, p. 509-520.1952 apud MARCONDES, Carlos Brisola; XIMENES, Maria de Fátima Freire de Melo. Zika virus in Brazil and the danger of infestation by Aedes (Stegomyia) mosquitoes. **Revista da Sociedade Brasileira de Medicina Tropical**, v. 49, n. 1, p. 4-10, jan./fev. 2016.

DINIZ, Débora; ALMEIDA, Marcos de. Bioética e aborto. In: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; Oselka, Gabriel; GARRAFA, Volnei (Coords.). **Iniciação à bioética**. Brasília: CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 1998. p. 125-137.

- DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. **Revista Ciência e Saúde Coletiva**, v. 22, n. 2, p. 653-660, 2017. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/1413-81232017222.23812016>>. Acesso em: 25 fev. 2017 apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442 de 08 de março de 2017b**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>>. Acesso em: 25 jun. 2017.
- FAÚNDES, Aníbal; BARZELATTO, José. **O Drama do Aborto: em busca de um consenso**. Campinas: Ed. Komedi, 2004. 304 p.
- MARCONDES, Carlos Brisola; XIMENES, Maria de Fátima Freire de Melo. Zika virus in Brazil and the danger of infestation by *Aedes (Stegomyia)* mosquitoes. **Revista da Sociedade Brasileira de Medicina Tropical**, v. 49, n. 1, p. 4-10, jan./fev. 2016.
- NUNES, Magda Lahorgue et al. Sociedade Brasileira de Pediatria. Microcefalia e vírus Zika: um olhar clínico e epidemiológico do surto em vigência no Brasil. **Jornal de Pediatria**, Porto Alegre, v. 92, n. 3, p. 230-240. 2016.
- PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE (Brasil). Em resposta à ADPF do PSOL, Temer transfere debate sobre aborto para o Congresso Nacional. Disponível em: <<http://www.psol50.org.br/blog/2017/04/11/em-resposta-a-adpf-do-psol-temer-transfere-debate-sobre-aborto-para-o-congresso-nacional/>>. Acesso em: 25 jun. 2017.
- PÉREZ-AGUIRRE, L. Religious aspects of induced abortions. In: **Meeting of Parliamentarians from Latin America and the Caribbean on Induced Abortion**. Universidad Externado de Colombia, 2000. p. 47-69 apud FAÚNDES, Aníbal; BARZELATTO, José. **O drama do aborto em busca de um consenso**. Campinas: Editora Komedi, 2004. 304 p.

NEOCONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E CONSTITUCIONALISMO ANDINO: UMA POSSÍVEL APROXIMAÇÃO COM AS FILOSOFIAS DO DIREITO CONTEMPORÂNEAS

Luiz Renato Telles Otaviano

1 INTRODUÇÃO

A proposta do trabalho é analisar aspectos delineadores do atual constitucionalismo latino-americano, intentando uma aproximação com a classificação dos três caminhos da Filosofia do Direito Contemporânea, inscrita na obra *Filosofia do Direito*, de Alysson Leandro Mascaro.

A propósito de se falar em constitucionalismo latino-americano contemporâneo, toma-se como ponto de partida a consideração de que a doutrina constitucional tem discutido a validade da afirmação da existência de um novo paradigma jurídico, denominado *neoconstitucionalismo*, originado das inovações implantadas nas constituições europeias após a Segunda Grande Guerra.

Tomada como válida a existência do neoconstitucionalismo, apresentam-se aspectos de sua influência no constitucionalismo latino-americano contemporâneo, pós-ditaduras militares (décadas de 1960-1980). Assim, considera-se o que se tem denominado

neoconstitucionalismo latino-americano e também o constitucionalismo andino.

Em sequência, a classificação dos três caminhos das Filosofias do Direito Contemporâneas é descrita, na sua conceituação elementar. Para, ao final, propor-se uma possível aproximação do constitucionalismo latino-americano contemporâneo com as Filosofias do Direito Contemporâneas.

2 NEOCONSTITUCIONALISMO, NEOCONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E CONSTITUCIONALISMO ANDINO

Não é pacífico que o mundo constitucional ocidental esteja vivendo sob a égide de um novo paradigma jurídico. Distante de um consenso, a validade dessa afirmação desperta “*tormentosa polémica na doutrina nacional e estrangeira*” (MAIA, 2012, p. 3). Não obstante, tem-se nomeado esse fenômeno jurídico-político de corte pós-positivista, especialmente em solo ibero-italo-latino-americano, de neoconstitucionalismo, ou neoconstitucionalismos, tendo em vista a dificuldade de se enquadrar sob uma mesma conceituação, harmônica, todas as nuances desse fenômeno jurídico (CARBONELL, 2009, p. 9).

Importante ressaltar que, em linhas gerais, a origem do fenômeno em comento foi a aspiração de normatividade constitucional plena (HESSE, 1991, p. 32). Então, busca-se a superação do caráter político-programático dos preâmbulos e declarações de direitos, como foram concebidas as primeiras constituições europeias, após a Segunda Guerra. Dessa forma, contextualizado historicamente, tal fenômeno faz referência à busca pelos ideais da modernidade (STRECK, 1999, p. 19-20).

Para a doutrina constitucional, portanto, esse importante marco teórico da constitucionalização da ordem jurídica, também denominado pós-positivismo, consubstancia-se no reconhecimento da juridicidade dos princípios, em contraposição à noção de que estes conteriam fórmulas vagas, cimentadas em meras aspirações ético-políticas (MAIA, 2012, p. 6).

Em solo brasileiro, a doutrina constitucional se apoia, especialmente, em Dworkin e Alexy, para tratar da normatividade dos princí-

pios. Enfatizam-se as proposições contidas nos capítulos 2 e 3 da obra *Levando os direitos a sério* (DWORKIN, 2002, p. 23-125), e no capítulo 3 da obra *Teoria dos direitos fundamentais* (ALEXY, 2008, p. 85-179).

Dissenso à parte, impossível desconsiderar as alterações provocadas pelo fenômeno neoconstitucionalista, inclusive em países da periferia do capitalismo mundial, como os latino-americanos. Assim, ao se considerar o período pós-guerra, como ponto de partida da guinada do constitucionalismo ocidental, tem-se afirmado que entre os aspectos de maior relevo, estão a condição dirigente e não meramente procedimental das constituições (BERCOVICI, 2009, p. 732).

É de se considerar, ainda, que o câmbio do constitucionalismo ocidental contemporâneo, pode ser definido – e isso, sem qualquer dúvida – como sintoma da busca de solução para os problemas que assolam a regulamentação social nos Estados organizados a partir dos modelos constitucionais derivados dos constitucionalismos inglês, norte-americano e francês. Em verdade, nem só as mudanças constitucionais se identificam com os momentos de crise, como surgiram no contexto de afirmação e aprimoramento do Estado e do direito.

Desse contexto, resulta indispensável, também, levar-se em conta toda a realidade limítrofe ao exercício do poder no Estado, sem a qual não se permite alcançar o sentido e natureza das normas constitucionais, em cada quadra da história e em cada local específico (BONAVIDES, 2015, p. 17).

Para além de um aprofundamento doutrinário e conceitual do fenômeno que se tem chamado neoconstitucionalismo, objetiva-se analisar aspectos de sua provável influência na América Latina, onde sem tem identificado o neoconstitucionalismo latino-americano.

Na obra *La pachamama y el humano*, Eugenio Raúl Zaffaroni (2012) questiona a exclusividade do ser humano como sujeito de direitos e, por todo o texto, afirma a existência de um neoconstitucionalismo latino-americano. Em outros escritos, já no título se reconhece o fenômeno, vejamos, a propósito: *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes* (GARGARELLA, COURTIS, 1999), e *El Neoconstitucionalismo transformador el estado y el derecho en la constitución de 2008* (SANTAMARÍA, 2011).

Se, ao se falar em neoconstitucionalismo, adota-se o segundo pós-guerra como corte temporal, no que respeita ao neoconstitucionalismo latino-americano, constata-se que entre as décadas 1960 e 1980 boa parte dos países da região esteve imersa em regimes militares autoritários, circunstância que marca profundamente os textos constitucionais gestados posteriormente aos períodos de exceção.

Então, após um período de exceção, no qual houve a ruptura com a usual adoção de fórmulas importadas do constitucionalismo ocidental dos países centrais do capitalismo, a América Latina foi tomada uma onda de constituições democráticas, permeada por textos com ampla pretensão normativa-prescritiva e ambiciosamente reformadores, inspirados na novidade neoconstitucional.

A primeira dessas Constituições latino-americanas, influenciadas pelo neoconstitucionalismo, seria a brasileira de 1988, seguida pela colombiana de 1991, e pela reforma da constituição argentina, em 1994.

Em solo latino-americano, entretanto, defende-se a existência de um movimento nativo e mais recente, voltado às especificidades da região. Tal fenômeno, embora não de forma pacífica, tem-se intitulado constitucionalismo andino, e é representado, principalmente, pelas Constituições do Equador, de 2008, e da Bolívia, de 2009 (SANTAMARÍA, 2011, p. 14-17).

A propósito de se dividir o constitucionalismo contemporâneo da América Latina em neoconstitucionalismo latino-americano (Brasil, Colômbia e Argentina) e constitucionalismo andino (Equador, Bolívia e Venezuela, em menor medida), necessário, então, expor as diferenças que dão azo à classificação.

O neoconstitucionalismo europeu ocidental tem matiz pós-positivista, ou ainda, positivista contemporâneo. Não por outro motivo, o neoconstitucionalismo latino-americano nasceu pródigo do reconhecimento de novos direitos e da afirmação dos direitos sociais, estampando a preocupação ocidental com uma compreensão contemporânea do Estado e do direito (SANTAMARÍA, 2011, p. 75).

A verdadeira inovação, entretanto, se dá com o constitucionalismo andino, em especial no Equador e na Bolívia. Novidades como a menção a *Pachamama* e ao *sumak kawsay*, e a introdução da noção

de plurinacionalidade e de interculturalidade, são comumente citados para ilustrar a preocupação com as peculiaridades regionais, exposta nos textos constitucionais. Assim, rechaça-se a busca de solução de problemas locais por intermédio da adoção de soluções acriticamente importadas de Estados com realidades distintas (SANTAMARÍA, 2011, p. 17, 78, 202 e 216).

Em sentido análogo, Leonel Júnior (2015, p. 80), leciona que:

O reconhecimento de que a experiência histórica dos países latino-americanos não é devidamente explicada pelas teorias hegemônicas, conduziu vários pensadores a buscarem a compreensão que articule adequadamente as pluralidades que marcam essas experiências históricas. Esses elementos ligados aos povos latino-americanos que foram, até então, marginalizados pela adoção de marcos teóricos e modelos políticos que não os levaram em conta, ganharam reconhecimento a partir das lutas sociais e inspiram uma série de transformações institucionais caracterizando um verdadeiro “constitucionalismo achado nas ruas”.

A tendência à inclusão social de grupos historicamente marginalizados, como os indígenas – marcante nos processos constituintes do novo constitucionalismo andino (BRANDÃO, 2015, p. 14) –, é um importante fator que permite uma separação entre as primeiras constituições elaboradas em seguida aos regimes militares autoritários, como a do Brasil e da Colômbia. Daí se falar, em duas vertentes do neoconstitucionalismo latino-americano.

O caso brasileiro bem ilustra esse corte. Afinal, no país não prevaleceu a intenção de se eleger uma constituinte exclusiva, a ser dissolvida após o encerramento dos trabalhos. Ao contrário, os poderes constitucionais foram delegados ao Congresso Nacional, incluindo-se Senadores eleitos anteriormente à instalação da Assembleia Nacional Constituinte (BARROSO, 2009, p. 41).

Em regra, pode-se afirmar que as constituições nascem em momentos de crise, a fim de solucionar um drama político-social fundamental (GARGARELLA, COURTIS, 1999, p. 10). E, no final da dé-

cada de 1980, as democracias latino-americanas nascentes objetivavam alcançar a estabilidade política.

A luta se dava, principalmente, pelo viés do combate ou abrandamento do hiperpresidencialismo, então identificado como a causa de instabilidade política. Não se pode olvidar, entretanto, que os primeiros constituintes pós-ditadura não resistiram à tentação de atender a objetivos de curto prazo e à importação de modelos desenvolvidos nos países centrais do capitalismo (GARGARELLA, COURTIS, 1999, p. 10).

Na contramão desse movimento, destacam-se os textos das atuais Constituições plurinacionais e interculturais da Bolívia e do Equador. Superando a mera adoção acrítica de modelos constitucionais europeus, incluíram muito da novidade neoconstitucional, mas voltaram-se também à solução dos problemas atuais, sem descuidar de olhar para o futuro, e mantiveram-se atentas às especificidades locais. Dessa forma, esses países também se afastaram da costumeira prática de submissão aos interesses de curto prazo.

Falar-se em neoconstitucionalismo latino-americano e constitucionalismo andino se mostra válido, portanto, ao se partir da observação das peculiaridades das Constituições do Equador e da Bolívia. A formação de Estados plurinacionais e interculturais, o reconhecimento da essencialidade da natureza (*Pachamama*), e a busca pelo regime do bom viver (*sumak kawsay*) para todos os povos que formam aqueles países, são elementos constitucionais incomuns e remetem às questões eminentemente regionais.

3 FILOSOFIA DO DIREITO CONTEMPORÂNEA

A filosofia do Direito será aqui tratada por intermédio da análise da obra *Filosofia do Direito*, de Alysson Leandro Mascaro. Então, algumas considerações acerca da metodologia utilizada no desenvolvimento da obra, mostram-se imprescindíveis.

Mascaro (2016, p. 3) estabelece, já de início, que “*é o atrito do direito com a tradição da história da filosofia que constitui a filosofia do direito*”. Com isso, finca uma das bases adotadas para o desenvolvimento do trabalho, que é a filosofia vista como tradição. Mais adiante, trata de colocar a

práxis como um segundo aspecto, pontuando que “*é o atrito da filosofia com a realidade que alimenta, de maneira superior, tanto a filosofia quanto a realidade*” (MASCARO, 2016, p. 6). Assim, estabelece-se a dupla estrutura da filosofia, como tradição e como práxis.

Posta a filosofia como tradição e práxis, a filosofia do direito é tratada como objeto da filosofia, ou seja, considerada como um aprofundamento de um tema específico da filosofia. Sem se descuidar, entretanto, da consciência de que o tratamento específico de um tema, no caso o direito, não implica em seu absoluto isolamento em relação a outros objetos específicos, tais como política e ética (MASCARO, 2016, p. 10-12).

Adota-se a noção de que a filosofia do direito é “*a expressão máxima da verdade do direito*”. E, com isso, diferencia-se a filosofia do direito da teoria geral do direito. Enquanto esta representa “*a expressão máxima do afazer do jurista*”, aquela simboliza a “*expressão máxima do próprio direito enquanto verdade social*”. Eis que, “*extraída do fundo do pensamento original e radical, crítico e transformador, a filosofia do direito é a verdade jurídica maior que o próprio direito*” (MASCARO, 2016, p. 15-17).

Ancorando-se nessas premissas, desenvolve-se um estudo da filosofia do direito, abordando todas as etapas do pensamento filosófico humano. Desde os gregos, passando pelos medievais, modernos, culminando nos contemporâneos, que aqui interessam, especialmente.

3.1 OS TRÊS CAMINHOS DA FILOSOFIA DO DIREITO CONTEMPORÂNEA

Diversamente do que se aplica com os filósofos antigos, medievais e modernos, o estudo calcado na mera sucessão temporal dos filósofos contemporâneos, não é adequado. A contemporaneidade trouxe consigo um emaranhado de correntes filosóficas, que demanda um cuidado de sistematização maior que a mera temporalidade (MASCARO, 2016, p. 310).

Tal cuidado, se expressa na adoção da classificação da filosofia do direito contemporânea, dividida em três caminhos distintos. O que não dispensa, entretanto, a observação de que ainda que estudados em conjunto, cada filósofo propõe uma filosofia própria. Assim, a sistema-

tização em grupos permite a identificação de aspectos gerais de cada uma das proposições filosóficas (MASCARO, 2016, p. 311).

Dois grandes caminhos se abrem na filosofia do direito contemporânea. O pensamento conservador, baseado na ideia de que o direito positivo estatal é a única maneira de se conceber filosoficamente o direito, e o pensamento crítico, que avança para além do juspositivismo.

Mascaro (2016, p. 311-312) aponta que desses dois caminhos, três vertentes se abrem. A primeira, formalista, institucional, liberal ou juspositivista, aceita e legitima o direito e as instituições políticas e jurídicas vigentes. Outra, não formalista, não liberal e não juspositivista, tem por base uma visão realista do fenômeno jurídico. E, por fim, uma terceira, crítica, que se abre diante das possibilidades do aprofundamento crítico do marxismo. Assim, o que diferenciaria as duas vertentes não juspositivistas é o fato de que esta última é plena, pois se abre ao marxismo que *“representa a crítica mais profunda e o horizonte mais amplo da transformação social, política e jurídica”*.

Essa breve introdução procura aclarar o pensamento de Mascaro, que assume o entendimento de que a doutrina marxista é o único caminho para a plenitude da compreensão filosófica do fenômeno jurídico. Entretanto, tem-se que a honestidade intelectual não vicia a qualidade da análise, ao contrário, torna-a mais nítida e compreensível.

3.1.1 AS FILOSOFIAS DO DIREITO JUSPOSITIVISTAS

Para Mascaro (2016, p. 313), o juspositivismo, teoria mais aceita pelos juristas e teóricos do direito, tem se valido da filosofia analítica reducionista, com base nos pensadores da teoria geral do direito, tais como Hans Kelsen, Alf Ross, Herbert Hart e Norberto Bobbio. O tratamento analítico se dá por meio da redução do direito à norma, tomando-o de forma autônoma e fragmentada. Contudo, separado da realidade social, o direito se torna limitado e específico.

A filosofia da linguagem e a ciência da lógica, despontam como importantes instrumentais da filosofia do direito analítica reducionista. Na prática jurídica, o juspositivismo estrito lida com as normas jurídicas estatais e, filosoficamente, trata-as de forma analítica, lógica e lin-

guística. O juspositivismo, entretanto, não é todo de cunho reducionista. Ainda no século XIX, com a Escola Histórica e Jhering, assim como, no século XX, com Miguel Reale e o culturalismo, mostrou-se eclético, não completamente reduzido à identificação do direito à norma (MASCARO, 2016, p. 313-314).

Se, por um lado, há o viés eclético do juspositivismo, que antecede ao fenômeno do juspositivismo estrito. Há um outro, que se coloca como posterior a ele. Trata-se do juspositivismo ético, pós-reducionista, que atrai os demais fenômenos sociais para a teia do reducionismo, como faz Jürgen Habermas. Assim, essa vertente pode ser considerada o triunfo do juspositivismo reducionista. Não obstante, a face conservadora do juspositivismo sempre se faz presente, e se manifesta com desconto, no juspositivismo eclético; com justeza, no juspositivismo estrito; ou com exacerbação, no juspositivismo ético (MASCARO, 2016, p. 313-314).

3.1.2 AS FILOSOFIAS DO DIREITO NÃO JUSPOSITIVISTAS

As filosofias do direito não juspositivistas não marxistas, devem ser divididas em vários caminhos específicos. Entre os filósofos mais importantes estão Martin Heidegger, Carl Schmitt e Michel Foucault. Sob sua fórmula existencial, intenta-se uma reconstrução do passado, já que se contrapõe ao presente e ao futuro, representados pelo capitalismo e pela técnica. Ao se trocar a moderna técnica pela antiga arte, como condição político-jurídico-filosófica, provoca-se o ressurgimento de um direito natural, de cunho fisicista ou aristotélico, prudencial e não técnico. Ao lado de Heidegger, Gadamer surge como expoente dessa filosofia do direito existencial (MASCARO, 2016, p. 314).

Capitaneada por Schmitt, a filosofia do direito não juspositivista não marxista de corte decisionista, afasta, veementemente, a modernidade liberal e tolera, em certa medida, os meios da técnica. Porém, o faz apenas para reputá-las insuficientes na busca da verdade do direito. É o poder estatal que importa para Schmitt. Muito além da técnica jurídica normativa, é o poder que desvela a verdade do direito nas sociedades capitalistas contemporâneas. O que se vê, portanto, não é a

negação da modernidade, como em Heidegger, mas a sua exacerbação, na roupagem de poder estatal, que supera a importância da modernidade normativa (MASCARO, 2016, p. 315).

Na forma de variante própria da filosofia do direito não juspositivista e não marxista, surge Foucault, com seu pensamento complexo acerca do mundo moderno. Se não é crítico acerca do futuro alcançável, como são os marxistas, Foucault pode ser visto como crítico do presente, em especial pelas obras *A arqueologia do saber* e *A genealogia do poder*. No entanto, o pensamento foucaultiano vai além de Heidegger, Gadamer e Schmitt, na busca pela superação do presente, ao desvendar a falácia do direito positivo (MASCARO, 2016, p. 315).

O pensamento de Foucault pode ser incluído na seara da crítica transformadora. Tal perspectiva se mostra mais viável em países da periferia do capitalismo mundial, como os da América Latina, nos quais se pode vislumbrar uma espécie de futuro universal, ante a presença do arbítrio do poder e ausência do direito formal. Em países centrais do capitalismo mundial, Europa e EUA, tal viés se torna menos provável, uma vez que o juspositivismo já alcançou sua plenitude e a crítica foucaultiana se coloca mais como forma de desconstruir o discurso universalista do direito (MASCARO, 2016, p. 313-315).

As vertentes filosóficas do direito não juspositivistas não marxistas costumam ser apreciadas de forma crítica e jungidas ao marxismo. Assim, Heidegger, Gadamer e Schmitt podem ser lidos como reacionários, como eles próprios já se colocaram. De outro lado, podem ser utilizados em análises existenciais, hermenêuticas e decisionistas progressistas críticas e até serem utilizados pelo marxismo (MASCARO, 2016, p. 316).

3.1.3 AS FILOSOFIAS DO DIREITO CRÍTICAS

Com a afirmação de que “o marxismo é a plena filosofia do direito crítica”, Mascaro (2016, p. 316) abre a análise das filosofias do direito críticas. Para o autor, a plenitude do marxismo, decorre da compreensão do direito na totalidade no tempo atual, o capitalismo. Muito além da busca da legitimação do direito estatal posto, o marxismo busca o

entendimento do direito na sua concretude histórica, daí ser a superação das disposições genéricas oriundas das filosofias não juspositivistas não marxistas, de tratar do poder sob corte existencial e decisionista.

Mascaro (2016, p. 316), para fins de melhor aproveitamento didático, divide o pensamento marxista nos temas: revolução; política; técnica; método e a questão do justo. Não pretende afirmar, com isso, que cada pensamento jusfilosófico dos marxistas esteja limitado a um desses temas. Ao contrário, normalmente todos os temas são tratados, cada um com um interesse específico.

Nesse contexto, duas importantes vertentes se abrem para tratar o direito, relacionando-o com o aspecto econômico do capitalismo. A revolução e a ação política transformadora no Estado capitalista, são esses os caminhos de que dispõe o marxismo para a superação do presente. A revolução foi melhor tratada por Lênin e Pachukanis, já o aspecto político recebeu olhar atento de Gramsci, de início, e em sequência no debate italiano sobre socialismo e democracia (MASCARO, 2016, p. 316).

Merece destaque, ainda, a contribuição da Escola de Frankfurt, que tratou de correlacionar o direito e a técnica, e o direito e a psicanálise. Da mesma forma, mostram-se relevantes dois grandes métodos epistemológicos. O de Lukács, na sua talentosa demonstração da relação do direito com a totalidade da vida social. E o segundo, de Althusser, que vincula o direito à própria lógica da reprodução econômica capitalista. E, por fim, a refutação da possibilidade de se considerarem justas as sociedades capitalistas, o que importa, necessariamente, na superação do presente, rumo ao socialismo. Aqui, destaca-se Ernst Bloch, para quem a sociedade capitalista é injusta, na sua essência (MASCARO, 2016, p. 317).

4 NEOCONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E CONSTITUCIONALISMO ANDINO: UMA POSSÍVEL APROXIMAÇÃO COM A FILOSOFIA DO DIREITO CONTEMPORÂNEA

Colocados alguns aspectos substanciais do fenômeno que se tem intitulado neoconstitucionalismo latino-americano e constitucionalismo andino, e descritas as bases da classificação da Filosofia do Direito

Contemporânea, como delineada por Alysson Leandro Mascaro, intenta-se uma possível aproximação.

Um olhar inicial permite vislumbrar, no caráter pós-positivista do neoconstitucionalismo latino-americano – inspirado no neoconstitucionalismo europeu ocidental –, uma identificação com as Filosofias do Direito não Juspositivistas não marxistas.

De mesmo modo, a busca de inclusão de povos marginalizados, o reconhecimento da essencialidade da natureza e a busca pela plenitude da vida humana, podem identificar o constitucionalismo andino, alcunhado transformador, com as Filosofias do Direito Críticas. Se não sob a vertente revolucionária, ao menos no seu viés estratégico de ação política transformadora, já que se trata de uma transformação inserida no contexto do Estado capitalista contemporâneo.

Entrementes, responder se essa possível identificação, vista de início, resiste a um certo aprofundamento da análise, é o que se almeja adiante.

No que respeita à identificação do neoconstitucionalismo latino-americano com as filosofias do direito não juspositivistas não marxistas, o pensamento de Habermas se mostra como fio condutor que permite a confirmação da tese.

O neoconstitucionalismo europeu ocidental não prescinde de Habermas. O pensamento habermasiano é colocado, inclusive, como ponto distintivo entre neoconstitucionalistas e juspositivistas. A teoria discursiva de Habermas, ao reconhecer a indispensável relação entre direito, moral e política, apresenta-se como definitiva separação entre o neoconstitucionalismo e o positivismo. E, isso porque, o juspositivismo insiste na contingencialidade dessa relação, mesmo na vertente que se declara inclusiva, e que reconhece a inclusão dos princípios jurídicos nos textos constitucionais normativos (MAIA, 2012, p. 20).

Se, na doutrina constitucional contemporânea, Habermas é aclamado como ponto de sustentação do neoconstitucionalismo, enquanto superação do juspositivismo. Na classificação jusfilosófica de Mascaro (2016, p. 314-317), seu pensamento se coloca como juspositivista ético, na medida em que exacerba o reducionismo juspositivista, ao estendê-lo à política, à economia, à cultura e à sociedade. Dessa forma,

Habermas “*mais se credencia como ala radical do juspositivismo do que como ala conservadora dos críticos*”.

Ao se classificar, portanto, o neoconstitucionalismo latino-americano como integrante da Filosofia do Direito Juspositivista ética, pós-reducionista, insta colocar à prova a identificação do constitucionalismo andino com as Filosofias do Direito Críticas.

Para se distinguir o constitucionalismo andino, apontado como transformador, a doutrina constitucional destaca os aspectos inovadores das Constituições do Equador e da Bolívia. Conforme se fixou, dito caráter transformador o identifica, *a priori*, como incluído nas Filosofias do Direito Críticas, especificamente, na perspectiva da estratégia da ação política transformadora no Estado capitalista.

De fato, os textos constitucionais destacados não propõem uma negação do Estado em si, mas sim uma proposta de mudança estrutural das instituições desses Estados Plurinacionais, que não se pretende meramente capitalista (VARGAS, 2010, p. 81). Tanto a Constituição do Equador¹³, quando a da Bolívia¹⁴, preveem, além das características já mencionadas, o pluralismo econômico, que confere substância à exaltação doutrinária do seu caráter transformador.

Vargas (2010, p. 84–85), afirma que “*el nuevo derecho, aquel que se sostiene en lo Plurinacional Comunitario, es el punto de ruptura con la regulación social y el punto de partida de la emancipación social, con la construcción de la igualdad material o democracia igualitaria*”. E mais, que a democracia igualitária somente pode ser alcançada pela análise global das ciências

13 Art. 283. El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir. El sistema económico se integrará por las formas de organización económica pública, privada, mixta, popular y solidaria, y las demás que la Constitución determine. La economía popular y solidaria se regulará de acuerdo con la ley e incluirá a los sectores cooperativistas, asociativos y comunitarios.

14 Artículo 306. I. El modelo económico boliviano es plural y está orientado a mejorar la calidad de vida y el vivir bien de todas las bolivianas y los bolivianos. II. La economía plural está constituida por las formas de organización económica comunitaria, estatal, privada y social cooperativa.

sociais. Superando-se o viés limitado da análise da regulação social, que se presta à perpetuação do capitalismo e não a sua interrupção e/ou superação política.

Concebe-se, também, que o objetivo do constitucionalismo transformador andino é proporcionar um salto paradigmático do estado tradicional e neoliberal, para se criar um estado do bom viver. Nesse entendimento, mais conservador, o Estado Plurinacional, enquanto proposta de um estado alternativo ao estado liberal de direito, implica na refundação do estado moderno (SANTAMARÍA, 2008, p. 80 e 202).

Nos casos do Equador e da Bolívia, a proposta de transformação social, baseada na inclusão social e na busca da plenitude da vida humana em harmonia com a natureza (regime do bom viver – *sumak kawsay*), não foi mera inserção de um ideal, utópico, no bojo de textos constitucionais tradicionais. Ao contrário, faz parte de um projeto constitucional integral, com pretensão de transformar o Estado.

No aspecto teórico, portanto, pode-se afirmar que o constitucionalismo andino pode ser identificado como incursão nas Filosofias do Direito Críticas. Não no caminho revolucionário, mas pela via da ação política transformadora no Estado capitalista. Inegavelmente, os textos Constitucionais de Equador e Bolívia, assim como a doutrina constitucional correlata, almejam mudanças estruturais do Estado. Mudanças, ao que parece, não vislumbradas na doutrina neoconstitucional ou nas Filosofias do Direito Juspositivistas e não Juspositivistas não marxistas.

Há que se ressaltar, contudo, que a aspiração de inserção estratégica na economia mundial e integração regional – presentes na Constituição do Equador¹⁵, e da Bolívia¹⁶, podem sugerir uma aproximação à

15 Art. 284.- La política económica tendrá los siguientes objetivos: [...] 2. Incentivar la producción nacional, la productividad y competitividad sistémicas, la acumulación del conocimiento científico y tecnológico, la inserción estratégica en la economía mundial y las actividades productivas complementarias en la integración regional.

16 Artículo 265. I. El Estado promoverá, sobre los principios de una relación justa, equitativa y con reconocimiento de las asimetrías, las relaciones de integración social, política, cultural y económica con los demás estados, naciones y pueblos del mundo y, en particular, promoverá la integración latinoamericana.

teoria foucaultiana. Desde que vista esta, na forma de um “*libelo iluminista*”, voltado à uma “*nova construção libertária*”, a um “*futuro universal*”. De qualquer sorte, dita perspectiva pode ser creditada à forma complexa e conflituosa como Foucault vê o “*mundo moderno, normativo-estatal-capitalista*” (MASCARO, 2016, p. 315-317).

5 CONCLUSÕES

A proposta deste trabalho, conforme se disse de início, é analisar alguns aspectos delineadores do atual constitucionalismo latino-americano, de forma a buscar uma possível aproximação com a classificação dos três caminhos da Filosofia do Direito Contemporânea, da lavra de Alysson Leandro Mascaro.

Em que pese a incerteza doutrinária acerca do que se convencionou denominar neoconstitucionalismo europeu ocidental, é evidente que seus influxos foram recebidos pela onda constitucional renovatória latino-americana do período pós-ditadura militar da segunda metade do século XX.

Em um primeiro momento, tal influência se deu à base da tradição importação de soluções oriundas de países diferentes, sem maior preocupação com as necessidades específicas da região. Desse movimento, decorre o neoconstitucionalismo latino-americano, que influenciou, em boa medida, as atuais Constituições brasileira, colombiana e argentina, essa última, pela via reformatória.

Num segundo momento, já no século XXI, as Constituições do Equador e da Bolívia são tidas como documentos influenciados por um outro fenômeno, que se tem identificado como constitucionalismo andino.

Então, considerada a profunda influência do pensamento de Habermas nos postulados do neoconstitucionalismo europeu ocidental, e o predomínio desses postulados no neoconstitucionalismo latino-americano, permite-se concluir que se este fenômeno pode ser visto como alinhado com o juspositivismo ético, na classificação jusfilosófica de Mascaro.

O constitucionalismo andino, por sua vez, mais se aproxima de uma inserção nas Filosofias do Direito Críticas. Não em sua vertente

revolucionária, mas sim na perspectiva da estratégia da ação política transformadora no Estado capitalista.

Advirta-se que não há pretensão de se apresentarem conclusões definitivas. A própria obra da qual se emprestou a classificação jusfilosófica utilizada, aprofundou o tema, para além da conceituação descrita, mediante análise dos pensamentos filosóficos que a ampara. Porém, uma análise exauriente desse pensamento filosófico contemporâneo demanda amplitude incompatível com o que aqui se propôs.

O que se objetiva, de fato, é fomentar o debate entre a doutrina constitucional e a jusfilosofia, em especial, no que respeita aos novos saberes constitucionais latino-americanos. Por fim, advirta-se que o constitucionalismo latino-americano contemporâneo foi visto na sua condição teórica e, mesmo em se tratando da análise de textos constitucionais, as conclusões não se prestam a avaliar a sua efetividade concreta.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BERCOVICI, Gilberto. Estado intervencionista e Constituição social no Brasil: o silêncio ensurdecedor de um diálogo de ausentes. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Org.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BOLÍVIA. Constitución (2009). Constitución Política del Estado de Bolivia, La Paz, Macrodistrato Cotahuma, 2009. Disponível em: <<https://www.lexivox.org/norms/BO-CPE-20090207.html>>. Acesso em: 02 jul. 2020.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

- BRANDÃO, Pedro. *O novo constitucionalismo pluralista latino-americano*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ECUADOR. Constitución (2008). Constitución de la República del Ecuador, Quito, Distrito Metropolitano, 2008. Disponível em: <https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2020.
- GARGARELLA, Roberto; COURTIS, Christian. El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes. *Naciones Unidas, CEPAL, Serie Políticas Sociales*, n. 153, Santiago, nov. 1999.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.
- LEONEL JÚNIOR, Gladastone. *O constitucionalismo latino-americano: um estudo sobre a Bolívia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- MAIA, Antonio Cavalcanti. Sobre a teoria constitucional brasileira e a carta cidadã de 1988: do pós-positivismo ao neoconstitucionalismo. *Revista Quaestio Iuris*, 2012.
- MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do direito*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas Editora, 2016.
- SANTAMARÍA, Ramiro Ávila. *El Neoconstitucionalismo transformador el estado y el derecho en la constitución de 2008*. 1. ed. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2011.
- STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999.

VARGAS, Idón Moisés Chivi (coord.). *Bolivia – nueva Constitución política del estado: conceptos elementales para su desarrollo normativo*. La Paz: Convergencia Comunicación Global, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La pachamama y el humano*. Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo y Ed. Colihue, 2012.

O ATIVISMO JUDICIAL E A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES

Caroline Levergger Costa

INTRODUÇÃO

Uma jurisdição constitucional é aquela que deve proteger e garantir a força normativa de uma Constituição bem como seu conteúdo.

Como texto magno que é a Constituição Federal possui a base do Estado de Direito (e por que não, Estado Constitucional de Direito), e como tal, deve ser o centro de todo e qualquer provimento jurisdicional.

Partindo deste viés constitucional a presente pesquisa trata do fenômeno conhecido como ativismo judicial, uma interferência criativa do Poder Judiciário, ora tida no cenário jurídico como ferramenta para a concretização de direitos, ora como abuso ao ideal democrático e ameaça à segurança jurídica.

O que se pode perceber a partir da análise de alguns recortes jurisprudenciais é que a maior interferência do Judiciário em problemas políticos e sociais com uma postura proativa, ativista, extrapolando os limites legais e até mesmo criando novos regramentos com base em voluntarismos, passou a ser utilizada sob o manto da ponderação relacionada por vezes à proporcionalidade.

Há quem defenda esta abertura principiológica como atividade necessária a uma mutação legislativa. Uma espécie de processo informal no qual a legislação se adequa ao contexto de cada época.

Os defensores de tal corrente sustentam ainda que criticar esta subjetividade ou abstração é retornar ao positivismo jurídico.

Quer boas ou más, posturas ativistas, que se apresentam de diversas maneiras, trazem questionamentos de conceitos como legitimidade e democracia, e podem apontar para insegurança jurídica e para a fragmentação das decisões, sendo por isso um problema sempre atual.

Dito isto, não questiona a existência de princípios e sua aplicação, mas a tendência que aparenta se instalar no Poder Judiciário de sempre encontrar o princípio que lhe convém para fundamentar decisões, nos mais diversos casos. Assim, o estudo se preocupa, sobretudo, em desenvolver um pensamento crítico sobre a técnica decisória.

Para buscar entender e averiguar tais aspectos, foi realizada uma pesquisa explicativa, valendo-se do método dedutivo e com caráter qualitativo utilizou-se a revisão bibliográfica, o estudo documental e o exame de algumas decisões pontuais.

Como marco teórico são utilizados autores como Lenio Luiz Streck, Elival da Silva Ramos, Bernardo Gonçalves Fernandes e Ronald Dworkin.

Na primeira seção é realizada a observação da ascensão dos direitos sociais e do neoconstitucionalismo como um divisor de águas no Direito Constitucional, passando ainda pelo crescimento do Poder Judiciário que se expande para garantir os direitos sociais. Neste ponto questiona-se a discricionariedade e o comportamento do julgador.

Na segunda seção, é registrado, por oportuno, o que é uma postura ativista e como ela se relaciona com a fundamentação das decisões, buscando extrair um olhar crítico-explicativo sobre a técnica decisória e a necessidade de seu amadurecimento.

1 NEOCONSTITUCIONALISMO: O MARCO CONSTITUCIONAL

1.1 O Neoconstitucionalismo e a ascensão dos direitos sociais

O neoconstitucionalismo é compreendido como o movimento de constitucionalização do direito, surgido após a Segunda Guerra Mundial, a partir do qual a Constituição passou a ser o centro da ordem jurídica.

Até o advento da Segunda Guerra Mundial, as leis editadas pelo parlamento é que detinham verdadeira supremacia. Os direitos fundamentais só teriam validade se amparados pela legislação hoje chamada de infraconstitucional.

As constituições possuíam um caráter meramente político, servindo como norte para a orientação dos legisladores, contudo sem caráter obrigatório.

A barbárie ocorrida durante o nazi-fascismo, apoiada pelas maiorias e até mesmo pelo parlamento na Alemanha e em toda a Europa, denunciou ao mundo a necessidade de imposição de limites jurídicos para a atuação de todos os poderes públicos.

Padilha (2011, p. 5) deixa claro em sua narrativa o fenômeno histórico ocorrido naquela época que, notoriamente, influenciou em uma nova concepção do direito moderno, esclarecendo que as atrocidades cometidas por Adolf Hitler, por maior espanto que causem, não foram dotadas de ilegalidades ou inconstitucionalidades.

Pode-se dizer que após este contexto de barbárie legitimada pela própria lei invocou-se uma reaproximação entre o direito e a moral ou entre o direito e os valores, gerando a promessa de um Estado justo e solidário.

Mesmo existindo diversas críticas contemporâneas, como será demonstrado a seguir, em um primeiro momento o neoconstitucionalismo gerou euforia e apostou na expansão dos direitos sociais.

Fala-se em constitucionalização do direito, fortalecimento das Cartas Magnas e a existência de uma maior intervenção do Estado na sociedade com um viés garantista.

Nas palavras de Streck (2011, p. 6):

Diferenças à parte – e sobre essas falaremos mais adiante –, uma coisa é certa: sob o novo paradigma neoconstitucional, o mundo prático passou a importar os juristas. O direito já não seria mais o mesmo. (...) As questões morais, políticas e econômicas – rejeitadas pelo positivismo jurídico – passaram a fazer parte da preocupação da comunidade jurídica.

No Brasil, a Constituição Brasileira de 1988, a partir da gama de direitos por ela instituídos, inaugurou esta nova roupagem jurídica.

Sendo garantista e ao mesmo tempo dirigente, a Constituição Cidadã de Ulysses Guimarães com a ascensão dos direitos sociais reclamou uma atuação estatal em programas voltados para um Estado cada vez mais social.

As normas sociais não prosperaram diante de um formalismo exacerbado, no entanto, encontraram um terreno extremamente fértil após a introdução dos princípios e da carga, sobretudo, axiológica conferida ao direito do pós-guerra.

Estamos diante dos denominados direitos fundamentais de segunda geração, em uma atuação legislativa voltada para as políticas sociais, para a segurança, a saúde, o trabalho e a economia.

O Estado deixou de ser apenas garantidor da não violação de direitos. Agora, lhe é exigida uma atuação positiva para remover entraves e promover a legislação social instituída.

O desafio a partir de então foi e continua sendo conferir concretude aos direitos fundamentais.

1.2 O agigantamento do Poder Judiciário e a interpretação do direito

Com a ascensão dos direitos sociais, o campo de atuação do direito foi ampliado. O ordenamento jurídico não deveria mais se preocupar somente com um indivíduo, mas principalmente com toda a coletividade, caracterizando uma relação entre o Estado e o indivíduo.

Para concretizar os novos direitos instituídos, deveria o Estado atuar em todos os seus setores de maneira harmônica, existindo responsabilidades atribuídas a cada um dos seus poderes.

Há casos atribuídos pela Constituição a cargo dos legisladores que devem disciplinar incontáveis matérias, há políticas públicas a serem implementadas pelo Executivo e há controvérsias a serem decididas pelo Judiciário, tudo no afã de concretizar direitos.

No entanto, devido à dinâmica social ou mesmo por certa ingerência entre a tripartição do poder, tais tarefas não vêm sendo desempenhadas da forma como se espera ou da forma como a sociedade demanda.

O fato é que, seja pelo descrédito popular nos demais poderes ou ainda por conta do jogo político ou mesmo pela limitação da atividade

legiferante em prever todas as hipóteses de incidência de uma norma, quando o Executivo se omite e não atua, quando o Legislativo permanece inerte e não legisla, o que se observa é uma postura comissiva do Judiciário que se agiganta para garantir direitos, uma vez que não pode deixar de apreciá-los.

Estamos diante do fenômeno conhecido por protagonismo judicial, onde o papel do Judiciário ganha destaque ao ditar a solução de casos que, em sua essência, seriam tradicionalmente resolvidos pelo Legislativo e pelo Executivo.

Ocorre, portanto, uma judicialização da política que se origina da delicada relação entre os três poderes, além de materializar o resultado de verdadeira crença cultural. Isto porque, o Judiciário transmite ao cidadão um “quê” de imparcialidade, uma imagem ética, já tão descreditada em relação à representação política, crescendo a busca por suas soluções.

Superada a existência da judicialização, o que se busca estudar com o presente não é a quantidade de demandas judicializadas, mas sim como têm sido decididos os casos postos ao ordenamento.

É no ato de interpretar e aplicar que se tem a aproximação entre o que está posto em um código ou em um corpo normativo e o caso concreto, a fim de permitir a decisão judicial.

No plano de uma hermenêutica jurídica, ao longo do tempo, buscou-se observar a lei a partir de um contexto ora gramatical, ora sistemático, histórico, sociológico, teleológico ou finalista, através das chamadas escolas de interpretação das normas jurídicas.

A escola exegética, também conhecida por legalista, cuidava da aplicação literal da lei pelo julgador; a escola da evolução histórica tratava da aplicação da lei mediante a adaptação ao momento histórico da sociedade; a escola da livre investigação reuniu as duas concepções existentes até então e por fim, a escola do direito livre responsável por conferir extrema liberdade ao julgador, dotando-o de discricionariedade e do poder de decidir até mesmo *contra legem* (RAMOS, 2015, p. 1).

Para Ramos (2015, p. 1):

Os defensores da ideia do direito livre partiram, pois, do pressuposto de que todas as decisões judiciais são necessariamente

te uma atividade pessoal, sendo uma ilusão acreditar que tais decisões são fundadas na aplicação lógica do direito ao caso concreto.

Com o advento do neoconstitucionalismo e a necessidade de uma hermenêutica da efetividade, pode-se perceber através da revisão bibliográfica o que Judiciário apoiou-se exatamente na escola do direito livre para decidir os casos jurídicos, valendo-se de sua discricionariedade.

A discricionariedade passou, portanto, a preponderar nas decisões judiciais servindo por vezes como fundamento para afastar a aplicação do texto legal em nome de um sentimento de justiça.

A partir deste pensamento, surgiram correntes que anunciaram que o julgador decide de forma completamente subjetiva, fato a que Streck (2013, p. 105) atribui o nome de *solipsismo*, termo oriundo da filosofia que em sua origem significa a negação de tudo o que está além de si mesmo.

Assim, a partir da visão do citado jurista, tem-se que com esta forma de decisão, o julgador se vale somente de suas convicções pessoais e utiliza a lógica apenas depois, para justificar a decisão já tomada, o que soa perigoso em um Estado Democrático de Direito.

2 ATIVISMO JUDICIAL E A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES

2.1 Ativismo, ponderação e a crítica moderna

No contexto já apresentado, a abertura à utilização dos valores, dos princípios e do sentimento do intérprete em sua decisão, no ordenamento jurídico, sobretudo brasileiro, objeto do presente estudo, tem sido porta de entrada para posturas ativistas por vezes tidas como isentas de fundamentação.

Tratando-se de ativismo judicial não há no mundo jurídico um consenso quanto ao seu conceito. Para Silva (2013, p. 1):

O ativismo judicial se caracteriza por um modo pró-ativo de interpretação constitucional pelo Poder Judiciário, de modo

que, não raro, os magistrados, na solução de controvérsias, vão além do caso concreto em julgamento e criam novas construções constitucionais. O ativismo judicial é uma forma de interpretação constitucional criativa, que pode chegar até a constitucionalização de direitos, pelo que se pode dizer que se trata de uma forma especial de interpretação também construtiva.

Lado outro, segundo Ramos (2010, p. 129), ativismo judicial é:

(...) exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes.

Em síntese, podem ser divididas em duas as correntes doutrinárias que tratam sobre o fenômeno conhecido por ativismo judicial.

A primeira se refere à Teoria Procedimentalista, segundo a qual o ativismo, na busca de uma solução mágica, na extração de um princípio que fundamente a decisão (razoável ou não), acaba por afrontar a separação dos poderes (REVERBEL, 2010, p. 73).

A segunda trata da Teoria Substancialista, que considera dever do Judiciário intervir nestas questões, pois quando certos comportamentos podem prejudicar a paz social, a vida digna de uma coletividade e direitos mínimos existenciais, é um dever garantir os direitos fundamentais.

Embora possuam diferenças o que se pode perceber da análise de tais teorias é que se de um lado há a necessidade de garantir direitos fundamentais, de outro fica evidenciada a existência de um déficit democrático ao transferir o problema da concretização dos direitos dos demais poderes para o Judiciário.

E mais, com esta postura criativa outra problemática a ser perquirida diz respeito ao grau de criatividade, seus limites e a legitimidade das decisões proferidas sob esta iniciativa.

Basicamente, conforme prelecionam as teorias e os autores estudados, as críticas tecidas ao ativismo judicial giram em torno de três pontos fundamentais: a aplicação do princípio da inafastabilidade da jurisdição, que veda ao Judiciário deixar de apreciar qualquer lesão ao direito, a observância ao princípio da separação dos poderes, cabendo a cada poder o desempenho de sua função e do seu próprio espaço e o princípio democrático, onde todo poder emana do povo que o exerce por meio de representantes eleitos, não podendo certas questões serem decididas pelo Judiciário sem legitimidade representativa.

Para parte da doutrina, uma decisão judicial não detém a maioria representativa existente nos atos legislativos, ocorrendo uma verdadeira “juristocracia”, enfraquecedora do ideal democrático.

Ao contrário, outra parte considerável dos estudiosos, encontra uma legitimidade implícita que permite ao julgador realizar esta atuação proativa.

Tais elementos contrastam entre si e acabam gerando decisões ora tidas como corretas, ora traçadas como ilegítimas e inadequadas e por tal razão, há doutrinadores que concebem ativismo judicial como um fenômeno do qual se pode originar duas vertentes: o bom e o mau ativismo.

É justamente a relatividade do comportamento ativista que o torna, segundo a crítica moderna, uma patologia ou um problema. Dizer se o comportamento ativista empregado em um dado momento foi bom ou mau dependerá sempre de qual posição o indivíduo está, em uma espécie de loteria.

Ocorre que quando encarado como um fenômeno do Direito Contemporâneo, o ativismo judicial não pode ser tido bom ou mau, mas simplesmente um problema existente

A situação ganha contornos ainda mais preocupantes quando, além do problema de legitimação, vislumbra-se que várias decisões judiciais vêm sendo proferidas sem a menor fundamentação, contrariando o devido processo legal previsto no artigo 5., inciso LIV, da Constituição Federal, bem como o dever expresso de fundamentação encontrado no artigo 93, inciso IX, do mesmo diploma legal.

Em contraposição com a necessidade de efetividade e com a inafastabilidade da jurisdição, várias sentenças e acórdãos têm se aproveitado de argumentos de abertura interpretativa, lançados como princípios ou mesmo como ponderação, para decidir unicamente conforme a “vontade do julgador”, valendo-se da mais ampla discricionariedade.

Nas palavras de Sarmiento (2006, p. 199-200):

Esta ‘euforia’ com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, convertem-se em verdadeiras ‘varinhas de condão’: com eles, o julgador consegue fazer quase tudo o que quiser.

Não é raro encontrar expressões como “decido conforme minha consciência”, “o juiz não é obrigado a se manifestar sobre todos os pontos suscitados pelas partes”, “utilizo, pois, o livre convencimento” em julgados brasileiros que, por si só, pretendem constituir o fundamento de uma decisão. Porém, é necessário lembrar que até mesmo o livre convencimento deve ser motivado e que não é o livre convencimento o próprio motivo do *decisum*, por assim dizer.

No estudo e na aplicação do direito dizer que assim decide porque este é o seu pensamento não constitui verdadeiro fundamento. De acordo com a legislação e a técnica judicial pátria vigente deve-se indicar porque este é o seu pensando, quais foram os fatores que o levaram a tal decisão, ponto que tem sido esquecido na prática da decisão jurídica segundo apontam os autores estudados.

A título de exemplo, veja o seguinte trecho do voto relatado pelo Ministro Humberto Gomes de Barros, do STJ, no julgamento do AgReg em REsp n. 279.889/AL, STJ, *in verbis*:

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. (...) Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelec-

tual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Sr. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos, ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. (DJe 11-6-2001)

É certo que, para que o magistrado exerça sua função jurisdicional ele deve possuir autonomia, o que não se confunde com discricionariedade, nos termos em que foram traçados.

Oportuno observar que a preocupação com o fundamento de uma resposta jurídica não se restringe apenas ao campo doutrinário. A Lei n. 13.105/15, em seu artigo 489, § 1., estabelece quando não será considerada uma decisão como fundamentada, vedando aos aplicadores por exemplo, não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo ou mesmo invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão. O referido artigo do Código de Processo Civil vincula agora mais do que nunca o magistrado à fundamentação de seu *decisum*.

Não está o juiz livre de qualquer amarra e argumentar neste sentido, em pleno estado democrático de direito, deveria ser desnecessário, porém quando analisada a fundamentação de diversas decisões judiciais, como a citada acima, percebe-se que “estar comprometido apenas com a sua consciência passa a ser o elemento que sustenta o imaginário de parcela considerável dos magistrados brasileiros” (STRECK, 2013 p. 25-26).

Ainda segundo os ensinamentos do professor e doutrinador Luiz Streck (2013, p. 20), essa “tendência” de apostar na consciência do julgador recebeu incentivo doutrinário decorrente de uma recepção equivocada daquilo que ocorreu na Alemanha pós-segunda guerra, no que foi chamado de “jurisprudência dos valores”.

Remontando essa mesma essência de aposta no valorativo, só que desta vez sob a bandeira de uma justiça social, o termo ponderação é que surgiu entre os aplicadores do direito, oriundo principalmente

das dissertações encontradas nas teses germânica e inglesa de Alexy e Dworkin, ambas apreciadas por Fernandes (2011, p. 236-241).

A ponderação, apesar de ser concebida de modo diferente entre os citados juristas, deveria ocorrer quando o intérprete estivesse diante dos chamados “casos difíceis”, hipótese na qual não seria aplicada a subsunção à lei, mas sim o procedimento da ponderação, que no Brasil foi recepcionado como proporcionalidade entre os princípios.

Ocorre que outro traço característico das decisões voluntaristas é o uso de algum “princípio” para conferir fundamento à prestação jurisdicional.

Há um princípio para cada caso e quando não há, por vezes, o aplicador o cria. Ora, não se questiona a existência de princípios e a necessidade de sua aplicação no ordenamento, mas a tendência que aparenta se instalar no Poder Judiciário de sempre encontrar o princípio que lhe convém nos mais diversos casos, para justificar até mesmo a violação ao texto constitucional.

A título ilustrativo veja o julgamento da questão de ordem formulada no Inquérito n. 2.424-RJ, pelo Supremo Tribunal Federal, trazido por Streck (*in Revista direito e práxis*, 2013, p. 362) em que foi decidido, por maioria de votos, que as provas produzidas por meio de interceptações telefônicas oriundas da esfera criminal, poderiam ser utilizadas como prova emprestada em processo administrativo disciplinar de caráter civil, sob o pretexto de que haveria uma colisão entre o princípio da privacidade e o direito de intimidade – tutelado pelas regras que determinam a produção de provas – e o princípio da supremacia do interesse público – que estaria a requerer o uso processual de tais provas.

A decisão se formou a partir da ponderação entre os princípios –pretensamente em colisão – determinando que as provas colhidas no âmbito do direito penal e do processo penal fossem utilizadas em um processo de natureza civil, a despeito do artigo 5. da Constituição Federal, em seu inciso XII, restringir as possibilidades de violação de sigilo telefônico ao âmbito criminal e processual penal.

Assim, o que pontua o referido autor é que a ponderação no caso narrado foi usada muito mais para legitimar a decisão querida pelos

magistrados do que para resolver um problema de efetividade de direitos, sendo usada de forma indiscriminada.

Outro exemplo por ele citado é o do artigo 212 do Código de Processo Penal, ou melhor, a interpretação conferida a tal artigo pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC n. 121.215, ao considerar que o magistrado poderia continuar a iniciar a inquirição de testemunhas como sempre fez. Nas palavras de Streck (2012, p. 1):

O STJ, por sua 6ª Turma (HC 121.215), decidiu que a inovação do artigo 212 não alterou o sistema inicial de inquirição, podendo o juiz seguir fazendo “como de praxe”, Contrariando ao que diz o STJ, tenho a dizer que “onde está escrito que o juiz somente fará perguntas complementares”, deve-se ler “o juiz somente fará perguntas complementares”. E não somente por isso. Em “si mesma”, a regra poderia dizer pouco; mas, entendida no âmbito de um processo penal democrático e do princípio acusatório, a alteração semântica tem importância, sim.

Extrai-se, portanto que no Estado Democrático de Direito a ciência jurídica não pode se resumir a um jogo de poder. As decisões judiciais não devem ficar a cargo da vontade dos julgadores, alteração semântica de uma norma, por exemplo, tem sim importância, considerando todo o contexto normativo em que ela é inserida.

2.2 Positivismo ou integridade jurídica?

Aqueles que defendem a abertura do direito à discricionariedade sustentam a tese de que permitir os atos criativos do Judiciário implica em superar o positivismo jurídico.

Neste ponto, relevante é o estudo do positivismo, separado em positivismo exegético e positivismo normativo, como vem apresentar Streck em diversas obras.

Partindo de tais estudos, a ideia de compreensão do positivismo jurídico como uma aplicação estritamente legalista ou literal da lei encontra-se no campo do positivismo denominado de exegético.

Nesta primeira fase do positivismo o código ou, até mesmo antes das codificações, o *Corpus Juris Civilis* era visto como uma espécie de texto sagrado que conteria todas as soluções para a interpretação do direito.

Ocorre que esta espécie de positivismo já foi superada há muito tempo e o que se seguiu a partir de então foi o chamado positivismo normativo, encontrado em Hans Kelsen.

Neste período, ainda que o positivismo buscasse fortalecer a concretude de conceitos jurídicos com a literalidade das normas, o que foi chamado pelo doutrinador de jurisprudência dos conceitos, o método acabou se rendendo à discricionariedade ao reconhecer que a interpretação do direito estaria sempre contaminada de subjetivismos. (STRECK, 2010, p. 160-165).

Desta forma, Streck denuncia o que muitos juristas parecem não perceber, que a discricionariedade já estava presente também no positivismo jurídico, não sendo ela nenhuma inovação ou superação deste método de interpretação.

Melhor dizendo, a compreensão de que o texto da lei não é único capaz de dizer o direito não é uma nova descoberta. Mesmo em Hans Kelsen foi reconhecida a existência do subjetivismo e da discricionariedade.

Portanto, para proclamar a superação do positivismo jurídico é preciso que a ciência do direito faça mais do que apostar em discricionariedade, que nada tem de novo.

Dworkin *apud* Fernandes (2011, p. 236), combate essa relativização do direito, ocasionada pela discricionariedade, apostando na integridade da decisão.

Essa integridade seria construir o direito com base em argumentos coerentes com toda a ciência jurídica, uma interpretação colaborativa que controla a atuação até mesmo do juiz.

Nas palavras de Fernandes (2011, p. 274):

Para explicar melhor, então, a dinâmica de aplicação do direito à luz da integridade, Dworkin desenvolve uma metáfora (já citada nessa obra) a qual denomina de “romance em cadeia”. Aqui,

cada juiz deve assumir o papel de um romancista que está escrevendo um capítulo para uma obra coletiva. Ele tem de ler tudo o que os demais fizeram para se inteirar da narrativa e procurar construir uma história que preserve a linha de raciocínio já estabelecida pelos romancistas anteriores. Logo, não lhe é autorizado ignorar o que passou, nem transformar o livro coletivo em uma obra de contos desconexos. Ao contrário, seu capítulo tem de ter uma ligação com o passado e, ao mesmo tempo, permitir uma abertura para o futuro, de modo que a história possa evoluir e não apenas ser repetida pelos futuros participantes dessa prática.

Deste modo, valendo-se da integridade de Dworkin, a decisão jurídica deixa de ser uma escolha fundada na vontade do julgador e passa a ser uma construção lógica-argumentativa que se relaciona com os casos já ocorridos anteriormente, mas não os copia, e mais, confere à lei o seu devido peso na construção do raciocínio, sem que isto configure um “reprovável” positivismo.

A questão é melhor ilustrada pela já mencionada crítica de Streck (2012, p. 1), àqueles que acusam que aplicar a lei é ser positivista. Em suas palavras:

Não podemos admitir que, ainda nessa quadra da história, sejamos levados por argumentos que afastam o conteúdo de uma lei — democraticamente legitimada — com base numa suposta “superação” da literalidade do texto legal e sob o argumento do “exegetismo”. Ou seja: bem sei que o Direito não cabe na lei (até Antígona sabia disso); mas, se às vezes cabe, qual é o problema? Hein?

Assim quando afastar a aplicação da lei sob a falsa bandeira de estar utilizando uma interpretação principiológica vira a regra no momento de decidir, temos um grave prejuízo à legalidade, sobretudo à legalidade constitucional.

Nem sempre aplicar a lei é seguir o positivismo, lei esta que foi criada e aprovada pelo povo ou por seus representantes, ou ao menos assim deveria ser.

Por vezes, aplicar e fundamentar de acordo com a lei em detrimento da “consciência do julgador” é conferir aos jurisdicionados uma resposta adequada ao Estado Democrático de Direito, é dar uma passo à frente na ciência jurídica, já que, em razão de fatores comportamentais, defender a legalidade em um solo como o brasileiro é uma árdua tarefa.

Analisar a abertura do direito no Judiciário brasileiro, bem como a fundamentação das decisões é observar exatamente qual é o momento de maturidade jurídica do país.

Em uma democracia, como a brasileira, sequer foi alcançado o patamar de afirmação de legalidade. Porém, há quem defenda que precisamos cada vez mais de liberdade.

Diante de tais correntes de pensamento, o devido cuidado a ser tomado é a realização de um controle das decisões, uma resposta do Estado Democrático de Direito, que exige a fundamentação adequada ao *decisum* em oposição aos voluntarismos do julgador.

CONCLUSÃO

O presente estudo procurou verificar alguns contornos do ativismo judicial e de como ele pode influenciar, durante a prática jurídica, na fundamentação de uma decisão.

Constatou-se houve um aumento considerável na invocação de “princípios” e no uso da “ponderação” para a resolução dos casos concretos, não somente no direito brasileiro, mas em todo o mundo jurídico após a Segunda Guerra Mundial, possibilitado pelo movimento conhecido como neoconstitucionalismo.

Ocorre que se em um primeiro momento essa abertura principiológica causou euforia no mundo jurídico, ante a possibilidade de fazer valer a tão sonhada justiça social, percebeu-se que o fenômeno analisado mais de perto deve ser estudado e aplicado com cautela.

Isto porque, os aplicadores da lei usando e abusando dos princípios não podem decidir os casos concretos como bem entenderem ou mesmo fundamentar suas decisões com jargões e frases genéricas que na realidade nada dizem e a nada fundamentam, conforme destacam os teóricos estudados.

De acordo com a revisão bibliográfica decisões como estas, pautadas em voluntarismos, são prolatadas diariamente nos mais diferentes níveis do Judiciário e, por diversas vezes, são vistas até mesmo como um mal necessário.

As questões acerca do ativismo judicial e da fundamentação das decisões, sua legitimidade, sua origem e seus perigos, estão longe de serem esgotadas. Tampouco será encontrado um posicionamento unânime sobre o assunto, porém de acordo com os estudos realizados, o ativismo judicial não pode ser tido bom ou mau, mas simplesmente como um problema existente que decorre tanto de um traço comportamental, quanto de um *déficit* democrático, deslocando a resolução de problemas originariamente de competência do Executivo e do Legislativo para o âmbito do Judiciário.

Enfrentamos em solo brasileiro uma crise de representatividade, com o descrédito no parlamento. Porém, a lei elaborada pelos representantes do povo e, por isso, dotada do preceito democrático, não pode ser afastada como regra geral para a resolução dos casos concretos.

O afastamento da lei ainda que pretensamente para fazer uma justiça social deve possuir uma fundamentação coerente.

Respeitar e aplicar a lei não é ser positivista, da mesma forma que apostar em discricionariedade e liberdade não implica na superação do positivismo jurídico.

Em um Estado Democrático de Direito os jurisdicionados não podem depender da vontade de seu julgador ou de sua consciência, sob pena de vermos a ciência jurídica se transformar em uma “justiça lotérica”.

Para evitar posturas como estas, uma alternativa possível é buscar constantemente a integridade e a fundamentação dos atos jurídicos de forma coerente, como mecanismos que permitem um controle das decisões judiciais.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitu-**

cional no Brasil. Revista sobre a reforma do Estado, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, Salvador, 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial n. 279.889. Humberto Gomes de Barro, DJe 11-06-2001.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GOMES, Nestor Castilho; SOUZA, Aldo Jaison de; GANCHEIRO, Evelyn; *et al.* **Neoconstitucionalismo, hermenêutica e póspositivismo:** uma crítica a partir da teoria estruturante do direito. Anais do X simpósio nacional de Direito Constitucional. Curitiba, 2012. Disponível em: <www.abdconst.com.br/anais2/CriticaNestor.pdf>. Acesso em 15. abr. 2015.

PADILHA, Rodrigo. **Direito constitucional sistematizado.** Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial:** parâmetros dogmáticos. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Ativismo judicial e estado de direito. In: Estado de direito e ativismo judicial.** José Levi Mello do Amaral Júnior (Coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SARMENTO, Daniel. **Livre e iguais:** estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Palestra sobre o “ativismo judicial e seus limites” no Brasil.** Seminário de 25 da Constituição Federal de 1988. Disponível em: <www.oab.org.br>. Acesso em: 12. jun. 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?**. Disponível em: <www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308/1623>. Acesso em: 7. mai. 2015.

_____. **Constituição, economia e desenvolvimento**. Curitiba: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2011.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. **Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy**. Revista Direito & Práxis, v. 4, n. 7, Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/8350/6377>. Acesso em: 29. abri. 2015.

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DO ARTIGO 492, I, "E", DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: UMA ANÁLISE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO TRIBUNAL DO JÚRI

Abraham Hand Vargas Mencer

Gabriela Lacerda Gianizeli

INTRODUÇÃO

Com a deflagração de operações da Polícia Federal, como o Mensalão e a Lava Jato, com apoio da grande mídia, aumentou-se o sentimento anticorrupção no Brasil, baseado nas premissas de que: i) as penas são pequenas, por isso há crimes (primeiramente de corrupção, depois de outros crimes); ii) o processo penal deve ser mais rígido; iii) um processo penal que não seja célere necessariamente causa impunidade. Com base nelas, ideais de Direito Penal Máximo – quiçá do inimigo – foram propagados por todo o Brasil.

Com o *impeachment* da ex-presidente Dilma Roussef e a ascensão de um governo que não possuía apoio popular, Michel Temer, houve uma extrema polarização e uma crescente no movimento de um direito [processual] penal mais rígido, promovendo demasiadamente o que já existia. Temáticas como a maioria penal aos 18 anos, o estatuto

do desarmamento e as próprias garantias processuais começaram a ser postas em cheque na opinião pública.

Em 2018, foi eleito o candidato Jair Messias Bolsonaro, cujo discurso principal era o enrijecimento do sistema penal e o combate à corrupção. Ao colocar o ex-juiz que ganhou fama ao julgar os casos da Lava Jato Curitiba, Sérgio Moro, como ministro da Justiça e da Segurança Pública, enviou um projeto de lei ao Congresso Nacional, com o apoio do antigo magistrado, denominado “Pacote Anticrime”, visando concretizar o seu discurso. Mesmo com críticas em vários pontos e debates no Congresso Nacional, várias disposições foram aprovadas, mesmo com modificações, e depois sancionadas pelo Presidente da República, gerando a Lei nº 13.964/2019.

Dentre as inovações trazidas pela Lei Anticrime está a execução provisória da pena em certas circunstâncias. Dentre elas está a da nova redação do Art. 492, I, “e”, do Código de Processo Penal, que estabelece que o Presidente do Conselho de Sentença, no caso de condenação no Tribunal do Júri:

e) mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva, ou, **no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, determinará a execução provisória das penas**, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos (BRASIL, 2019a);

Por ser de grande relevância a temática, ser recente a legislação e o Supremo Tribunal Federal ter decidido, com efeito *erga omnes*, sobre o alcance do princípio da presunção de inocência nas ADC’s 43, 44 e 54, o presente estudo visa responder ao seguinte questionamento: “a nova redação do Art. 492, I, “e”, do Código de Processo Penal é constitucional materialmente”?

Para responder a esse questionamento, foi utilizada pesquisa documental qualitativa, com coleta de conceitos doutrinários e jurisprudenciais pertinentes à temática. No primeiro capítulo foi analisada a mudança legislativa realizada, comparando a redação antiga com a nova.

O segundo capítulo analisou a compatibilidade da diferença entre condenações com penas acima e abaixo de 15 anos sob uma perspectiva de onipotência da soberania dos veredictos. O terceiro capítulo, por final, analisou a constitucionalidade material da execução provisória da pena no tribunal do júri, sob os princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório, presunção de inocência e a soberania dos veredictos, em consonância com a doutrina majoritária e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre os temas.

1 DA MUDANÇA TRAZIDA NO CPP

A Lei 13.964/2019 ficou conhecida como “Pacote Anticrime” pois tratou-se de uma série de alterações na legislação brasileira, principalmente no Código de Processo Penal, no Código Penal, na Lei de Crimes Hediondos e na Lei de Execução Penal, propostas inicialmente pelo ex-Ministro da Justiça Sergio Moro. Mas o projeto, no decorrer da tramitação, sofreu alterações significativas. O pacote idealizado pelo ex-Ministro tinha como objetivo, de acordo com o Ministério da Justiça e Segurança Pública (BRASIL, 2020), o combate à corrupção, ao crime organizado e aos crimes violentos.

Nesse sentido, houve mudanças trazidas na legislação penal e processual penal, dentre elas, a alteração do texto do Art. 492 do Código de Processo Penal, que trata acerca do papel do juiz presidente na hora de sentenciar o réu que foi julgado perante o Tribunal do Júri, nas hipóteses de condenação e absolvição. Assim, o inciso I, que trata da hipótese de condenação do réu, em sua alínea “e” tinha a seguinte redação antes do Pacote Anticrime:

Art. 492. Em seguida, o presidente preferirá sentença que:

I-no caso de condenação:

[...]

e) mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-à à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva; (BRASIL, 1941).

Observa-se que a prisão do réu condenado pelo júri seria realizada se presentes os requisitos para prisão preventiva, presentes nos Arts. 312 e 313 do Código de Processo Penal. Caso não houvesse, em regra, o réu aguardaria o trânsito em julgado da sentença, em liberdade, para que seus recursos fossem analisados.

Entretanto, a nova redação trouxe uma mudança relevante e que gerou diversas controvérsias no âmbito jurídico. Segue a redação do novo texto do Art. 492, I, alínea “e”:

Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que:

I- no caso de condenação:

[...]

e) mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva, ou, no caso de condenação de uma penal igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos; (BRASIL, 2019).

Veja que agora a alínea foi dividida em duas situações: primeiramente, nos casos em que a pena for inferior a 15 anos, a situação do réu será similar a redação anterior, ou seja, se presentes os requisitos para prisão preventiva ele poderá ser preso, mas, caso não haja, em regra, aguardará o conhecimento dos recursos em liberdade. Entretanto, há uma segunda situação, que foi uma inovação trazida pela Lei Anticrime, em que, caso a condenação do réu seja de pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, haverá a execução imediata da pena.

Deve-se ressaltar que, nos casos em que houvesse a execução imediata, os recursos interpostos não deixariam de ser analisados. Entretanto, o réu não iria aguardar o trânsito em julgado em liberdade, mas preso. Outra questão, é que o Pacote Anticrime também trouxe os parágrafos terceiro ao sexto do Art. 492, que são exceções à execução provisória nos casos em que: i) o juiz presidente verificar que há

questão substancial para revisão da condenação; ii) houver a atribuição de efeito suspensivo na apelação quando, cumulativamente, verificar-se que o recurso não tem propósito meramente protelatório e aborda questões substanciais que podem resultar em absolvição, novo julgamento, redução de pena para menos de 15 (quinze) anos ou anulação.

Para tanto, o ponto central da discussão será em torno da alteração na alínea “e”, que, apesar das exceções apresentadas, a regra é a execução imediata nos casos de condenação igual ou superior a 15 (quinze) anos. Nesse sentido, tendo em vista as discussões em torno de tal alteração, será analisada a sua constitucionalidade sob uma ênfase a partir da Lei Fundamental e da posição do Supremo Tribunal Federal (STF).

2 O NOVO TEXTO DO ART. 492 E A RELATIVIZAÇÃO DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS

A Constituição da República, em seu Art. 5º, XXXVIII, alínea “c” estabelece que:

Art. 5. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXVIII- é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

[...]

c) a soberania dos veredictos; (BRASIL, 1988).

A soberania dos veredictos, de acordo com Fernando Capez (2016, p. 677), “implica na impossibilidade de o tribunal técnico modificar a decisão dos jurados pelo mérito”. Entretanto, o próprio Capez afirma que tal princípio é relativo, pois em caso de apelação de decisão ou revisão criminal tal princípio poderá ser mitigado. Mas, em regra, tem-se a decisão proferida pelo júri como insubstituível, não cabendo

ao Judiciário modificar a decisão impugnada ao réu (com exceção da hipótese de prova manifestamente contrária aos autos), podendo, no entanto, a defesa entrar com os recursos cabíveis.

Assim, ao se falar de uma aplicabilidade mais rigorosa da soberania dos veredictos, onde em regra não há mitigação de tal princípio, e analisar o novo texto do Art. 492, I, alínea “e” CPP percebe-se que há um paradoxo. A redação da alínea “e” faz uma divisão entre os réus condenados a menos de 15 (quinze anos) e os condenados a igual ou superior a 15 (anos), de modo que, os que foram condenados a menos, poderão esperar o julgamento dos recursos em liberdade (caso não haja prisão preventiva), e os que tiverem condenação a partir de quinze anos terão, em regra, a execução imediata da pena. Ao se realizar essa divisão, percebe-se que foi adotado pelo legislador um critério mais “fechado” do princípio da soberania dos veredictos, em que, para aqueles com pena igual ou superior à estabelecida na alínea, a decisão dada pelo júri deve começar a ter aplicabilidade imediata, partindo-se da ideia de que ela é insubstituível, mas para aqueles com pena inferior à da alínea, houve uma relativização, pela qual o réu condenado poderá, em regra, esperar o trânsito em julgado em liberdade.

A diferenciação dada pelo legislador é confusa, como afirma Paulo Queiroz (2020) “[...] o só fato de o réu sofrer uma condenação mais ou menos grave não o faz mais ou menos culpado, já que a culpabilidade tem a ver com a prova produzida nos autos e com critérios de valoração da prova, não com o quanto de pena aplicado [...]”, tendo tal situação uma verdadeira lesão ao princípio da isonomia (Art. 5º, *caput*, da CR/88). Além disso, como já exposto, é evidente que a própria redação do texto legal faz um fracionamento do princípio da soberania dos veredictos.

Diante de tal situação que tem gerado discussão, o Supremo Tribunal Federal (STF), se vê diante do julgamento do Recurso Extraordinário 1.235.340, em cujo processo os ministros deverão julgar se a soberania dos veredictos autoriza a execução imediata após a condenação pelo Júri. Até o presente momento, não houve a decisão final. Entretanto, diante do exposto, espera-se que o STF chegue a uma conclusão conforme à Constituição Federal, para executar a todos (inde-

pendente da pena) ou de não executar ninguém, pois a diferenciação feita pelo legislador é incoerente, tendo em vista a busca pela execução imediata do réu com base na soberania das decisões, mas essa mesma soberania só ser válida para alguns.

Posto que a lei não pode diferenciar a condenação por mais ou menos de 15 anos da condenação pelo Conselho de Sentença no Tribunal do Júri e o Supremo Tribunal Federal, no âmbito do julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.235.340, deverá declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da execução provisória da pena em todas as condenações pelo Tribunal do Júri, deve-se examinar a constitucionalidade material da medida, em abstrato.

3 DA CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DA EXECUÇÃO IMEDIATA DA PENA APÓS A CONDENAÇÃO PELO CONSELHO DE SENTENÇA

Ao abordar o tema da execução provisória da pena no Direito Penal, deve-se observar o disposto no Art. 5º, LVII, da Constituição da República, que estabelece o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (BRASIL, 1988).

Junto a esse postulado constitucional se encontra o inciso LXI do Art. 5º da CR/88 que estabelece a necessidade de decisão judiciária fundamentada para conduzir alguém à prisão, a exceção da prisão em flagrante delito. Considerando ambos os dispositivos, conclui-se que deve-se esperar o trânsito em julgado para haver formação de culpa e, assim, ser aplicada a pena, senão seria caso de uma antecipação de pena

a um suspeito por cometimento de infração penal (já que a própria Constituição estabelece o trânsito em julgado como condição *sine qua non* para alguém ser considerado culpado perante o Estado).

Entretanto, conforme dita Gilmar Ferreira Mendes (2019, p. 579), sempre houve muita discussão em relação ao significado do princípio da não culpabilidade e, em consonância da afirmação feita no parágrafo anterior, o conceito de trânsito em julgado. Ao abordar sobre a execução imediata da pena na pendência de recursos sem efeito suspensivo, ou seja, condenação no segundo grau de jurisdição e pendência dos recursos especial e/ou extraordinário, o professor escreve sobre as diferentes concepções de trânsito em julgado.

Ao abordar o Habeas Corpus 84.078, Mendes (2019, p. 587) escreve que há uma corrente, adotada pelo STF no julgamento, de que não poderia haver a execução imediata da pena, por haver pendência de recursos e, portanto, ausência do trânsito em julgado. Porém, em 2016 o STF modificou novamente sua visão, apontando uma visão de que após a condenação em segunda instância poderia ser realizado o cumprimento imediato da pena. Isso seria justificado porque somente as duas primeiras instâncias – ordinárias – analisam questões fáticas e, portanto, haveria uma decisão reconhecendo autoria e materialidade, “[...] com considerável força de que o réu é culpado e sua prisão é necessária. Nesse estágio, é compatível com a presunção de não culpabilidade determinar o cumprimento das penas, ainda que pendentes recursos” (MENDES, 2019, p. 588), porque, pelas análises de questões fáticas, haveria o trânsito em julgado material.

Entretanto, a questão, que já era em muito debatida na doutrina e tinha sido fixados entendimentos em processos subjetivos – que possuem efeitos *inter partes* pela interpretação teleológica do Art. 52, X, da Constituição da República –, foi pacificada nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, em uma demonstração de controle abstrato, concentrado e com efeitos *erga omnes*. Quanto ao entendimento fixado, antes de adentrar no mérito, importante ressaltar trecho da fala de abertura do Presidente do Supremo Tribunal Federal à época que assentou que:

Esse entendimento [que seria fixado pelo STF nas ADC's] se estenderá a todos os cidadãos brasileiros a que estiverem sujeitos a sua eventual aplicação, sem distinção, em um ou outro sentido. Esta é uma premissa fundada, exatamente, no princípio da estrita igualdade de todos perante a lei (PLENO..., 2019).

No julgamento, o voto do Ministro Relator, Marco Aurélio Mello, seguindo a mesma linha de raciocínio exposta desde a década de 1990, foi de que não se poderia ser aplicada a condenação imediata da pena antes do trânsito em julgado formal de sentença penal condenatória, ou seja, o esgotamento da possibilidade de interposição de quaisquer recursos (PLENO..., 2019). O entendimento foi abarcado por outros 5 ministros e, pelo mínimo estabelecido na Lei 9.099/98 para se fixar um entendimento em controle concentrado, de forma a alcançar todos os brasileiros de forma idêntica, ficou assentado que não se poderia executar imediatamente a pena na pendência de qualquer recurso, quer seja de apelação, quer sejam os extraordinários (BRASIL, 2019b).

A vista desse julgamento, poderíamos pensar que não há dúvidas quanto à ausência possibilidade de execução provisória da pena após condenação pelo Conselho de Sentença no Tribunal do Júri. Entretanto, foi suscitada a questão, como exposto no capítulo anterior, que nesse caso poderia sim, pelo princípio constitucional da soberania dos veredictos, estabelecido no Art. 5º, XXXVIII, da Lei Fundamental. Afiguraria-se, assim, um conflito entre princípios fundamentais. Para afirmar que há um conflito, deve-se analisar, primeiramente, o conteúdo e a natureza jurídica da soberania dos veredictos no Tribunal do Júri.

Quanto ao conteúdo, ele foi brevemente exposto no capítulo anterior. Entretanto, gostaria de trazer os conceitos elencados pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, ao comentar sobre a posição do Supremo Tribunal Federal sobre a soberania dos veredictos. Conforme Mendes (2019, p. 520), há autores que sustentam o princípio de forma a impedir, em qualquer situação, a reforma da decisão do tribunal do júri, tendo como conceito a onipotência do tribunal do júri, sendo a decisão condenatória ou absolutória insubstituível, mesmo que contrária à prova dos autos. Nessa seara, claro estaria o conflito entre a soberania

dos veredictos (impossibilidade de modificação da decisão), o direito ao recurso contido no princípio da ampla defesa e do contraditório (Art. 5º, LV, da CR/88) e o princípio da presunção de inocência, devendo haver uma ponderação, nos moldes da teoria de Robert Alexy, para solucionar.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal tem o entendimento de que a soberania dos veredictos não se confunde com a onipotência do tribunal do júri. Conforme Gilmar Mendes (2019, p. 521), o STF admite a realização de novo júri se a sentença condenatória ou absolutória tenha sido proferida de forma contrária às provas dos autos. Questionar-se-ia, portanto, se há soberania dos veredictos se o Tribunal de Justiça já realiza o juízo de valor se há ou não contrariedade às provas dos autos – e conseqüentemente juízo escrito, fundamentados e público sobre materialidade e autoria do crime – para haver novo júri. O professor-ministro explica que, na realidade, ela permanece inabalável, porque o novo júri não é vinculado a proferir uma decisão contrária à do júri anterior (MENDES, 2019, p. 521).

Nessa seara de entendimento, percebe-se que: i) a ampla defesa e o contraditório não estão prejudicados, porque há possibilidade de recurso de apelação; ii) a soberania dos veredictos é compatível com uma decisão de um segundo júri contrária a do primeiro, sendo a do primeiro, então, provisória e não definitiva, ou seja, não fere a soberania dos veredictos o cabimento de recursos; iii) a presunção de não culpabilidade exige que não haja aplicação imediata da pena enquanto houver possibilidade de recursos que revertam a sentença condenatória em qualquer julgamento. No caso concreto, com as definições já estabelecidas pelo STF de soberania dos veredictos e com os efeitos *erga omnes* da decisão nas ADC's 43, 44 e 54 sobre presunção de inocência, percebe-se que não há conflito entre o conteúdo dos dois princípios e a existência de proibição constitucional para a execução imediata da pena.

Além do conteúdo já demonstrar que é incompatível a execução provisória da pena no Tribunal do Júri, é de grande valia notar a natureza jurídica do Tribunal do Júri e da soberania dos veredictos, para analisar se essa é a correta interpretação a ser dada. Conforme Gilmar Mendes (2019, p. 520, grifo nosso): “A Constituição de 1988 reco-

nhece o júri como *garantia constitucional*, assegurando a [...] soberania dos veredictos [...]”. Sendo, portanto, o júri garantia constitucional processual e a soberania dos veredictos um elemento constitutivo dela, revela-se como instrumento de limitação ao poder punitivo estatal, de forma a assegurar o direito à liberdade de locomoção (por ser a prisão a sua restrição).

Sendo, portanto, garantia constitucional, seguindo o princípio da máxima efetividade das normas definidoras direitos fundamentais e que ela visa tutelar a própria dignidade do acusado, não se pode admitir que a soberania dos veredictos seja utilizada para cercear o direito do réu de responder o processo em liberdade. Se assim o fosse, seria utilizada uma garantia constitucional em prol do Estado Soberano com monopólio das armas e não do indivíduo que necessita de proteção. No mesmo sentido, Lenio Streck (2020), ao comentar o princípio da soberania dos veredictos, aborda que “[...] o fato de a Constituição garantir a soberania das decisões não significa que o Júri pode tudo ou qualquer coisa. [...] O que isto quer dizer? Simples: quer dizer que a aludida soberania dos vereditos é uma garantia do réu e não algo que possa ser invocado contra ele”, ou seja, invocar a soberania dos veredictos que foi posta como garantia do réu para ser usada contra ele, ao pedir sua execução imediata, feriria uma garantia constitucional.

Ante o exposto, conclui-se que é inconstitucional materialmente qualquer execução imediata da pena após decisão do conselho de sentença no Tribunal do Júri, tanto pelo conteúdo, quanto pela natureza jurídica, da soberania dos veredictos e os princípios da ampla defesa, contraditório e presunção de não culpabilidade, devendo, em abstrato ou incidentalmente, ser declarada a inconstitucionalidade material, sem redução de texto, do Art. 492, I, “e” do Código de Processo Penal para impedir tal situação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com as constantes denúncias de corrupção crescentes no Brasil, grandes operações se tornaram visíveis aos olhos da mídia e da sociedade com o intuito de combate a prática. O *impeachment* da ex-presidente

Dilma Rousseff, a prisão do ex-presidente Lula e a ascensão do atual presidente Jair Bolsonaro ao poder que veio com um discurso anti-corrupção, levou o ex-ministro Sergio Moro a criar um projeto de lei, conhecido como Pacote Anticrime, com o intuito de endurecer leis penais e processuais penais. Uma das mudanças trazidas pela nova lei foi a redação do Art. 492, I, alínea “e” do Código de Processo Penal.

A redação do artigo dispõe acerca da sentença em caso de condenação do réu no Tribunal do Júri. Enquanto a redação anterior à inovação legislativa preceituava que via de regra o réu aguardaria o trânsito em julgado em liberdade e, apenas em casos de prisão preventiva, seria preso; com a nova redação, houve uma diferenciação: os condenados a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos, teriam a execução imediata.

O problema diante da alteração se dá na relativização da soberania dos veredictos – em sua concepção mais rígida, de onipotência, que justificaria a execução imediata da pena – e do ferimento ao princípio da igualdade, que foram mitigados ao realizar uma diferença para os condenados abaixo de 15 (quinze) anos e para aqueles condenados com pena igual ou superior a 15 (quinze) anos. Mister se faz, portanto, a análise da constitucionalidade material da execução imediata da pena no tribunal do júri, independentemente do *quantum* estipulado na dosimetria.

Para isso, analisou-se a nova redação com base no Art. 5º, LVII da CR/88 que trata acerca do princípio da presunção de inocência, além do direito ao recurso e a concepção do STF de soberania dos veredictos, que permite a apelação por decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Recente alvo de debate no STF, nas ADC’s 43 e 44, o disposto no Código de Processo Penal contraria o postulado constitucional da presunção de não culpabilidade, porque o STF no ano de 2019 decidiu pela ausência de execução provisória da pena antes do trânsito em julgado formal e é cabível recursos contra sentença do júri.

Por fim, analisou-se a natureza jurídica da soberania dos veredictos, para confirmar se essa deveria ser a interpretação dada. Como ela configura uma garantia processual, nenhuma interpretação dada a ela pode ser contrária ao próprio réu – tutelado pela norma –, sob pena de se ferir o elemento teleológico das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

Ante a natureza jurídica de garantia processual da soberania dos veredictos e o conteúdo desta, em conjunto com a interpretação dada pelo STF à presunção de inocência e o direito ao recurso no Tribunal do Júri, entende-se que a alteração do Art. 492, I, alínea “e” do Código de Processo Penal realizada pelo Pacote Anticrime é materialmente inconstitucional, sendo vedada pela Constituição quaisquer hipóteses de execução imediata da pena.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 9 jun. 2020.
- BRASIL. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 10 jun. 2020.
- BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. **Lei Anticrime**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 11 jun. 2020.
- BRASIL. Ministério da Justiça e da Segurança Pública. **Anticrime**. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/elaboracao-legislativa/projetos/anticrime-1>. Acesso em: 12 jul. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43. 7 nov. 2019**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=4966014&ext=RTF>. Acesso em: 9 jun. 2020.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2019.

PLENO – Condenação em segunda instância (1/2). [Brasília, TV Justiça], 2019. 1 vídeo (1h47min11s). Publicado pelo canal STF. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=T12G-9CLw_Fk. Acesso em: 9 jul. 2020.

QUEIROZ, Paulo. **A nova prisão preventiva - Lei nº 13.964/2019.** 13 jan. 2020. Disponível em: <https://www.pauloqueiroz.net/a-nova-prisao-preventiva-lei-n-13-964-2019/>>. Acesso em: 10 jun. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. Júri: pode um simples “não” levar à imediata prisão do réu?. **Consultor Jurídico.** 30 jan. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-30/senso-incomum-juri-simples-nao-levar-imediata-prisao-reu>. Acesso em: 10 jun. 2020.

TRANSCONSTITUCIONALISMO: ESTADO CONSTITUCIONAL E DIREITO INTERNACIONAL COMO AGREGADOS NA LUTA PELA EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

Felipe Gomes Santiago

1. INTRODUÇÃO

Em sociedades construídas sob a influência e perspectiva dos territórios, a partir de líderes autoritários e absolutistas, é de fácil indagação como a soberania dos Estados foram interpretadas ao longo da história. A globalização foi o principal fator que ocasionou o fenômeno exposto por Marcelo Neves (2009). Nesta perspectiva, a partir do momento em que o Direito se mostrou como o principal agente a gozar de soberania, o diálogo constitucional ficou mais democrático e benéfico, dentre as noções de Direito, Estado e Democracia. É neste enfoque que a seguinte pesquisa se desdobrou.

Os Direitos Humanos, assim como as diversas matérias de julgamento em várias cortes, não são assuntos particulares entre as nações. Um exemplo é como questões ambientais podem influenciar regras de livre comércio entre os países do Mercosul com os pertencentes à União Europeia. E assim, fazer com que determinadas cortes julguem o mesmo fato, gerando instabilidade jurídica.

Ao virar os olhares para o Supremo Tribunal Federal brasileiro é possível perceber que, métodos de controle de constitucionalidade – como o difuso e concentrado – foram expostos em nações distintas e hoje são utilizados na forma de resguardar a Constituição Federal de 1988. Neste panorama, uma vez encontrados instrumentos constitucionais reutilizados em nações distintas, fica explícito o benefício do diálogo transnacional.

A grande objeção que o tema se desdobrou em desmistificar foi sobre uma possível perda de soberania quando se fala em diálogos transnacionais. Com o estudo da Hermenêutica, que se procura estabelecer métodos de interpretação legal, foi possível entender o embate prejudicial a evolução constitucional necessária. Assim, a presente pesquisa trouxe o Transconstitucionalismo como grande proporcionador de estabilidade jurídica, afim de sempre prevalecer pelos Direitos Humanos e garantias fundamentais.

2. O DNA DO POSITIVISMO COMO IDEOLOGIA HERMENÊUTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

O Juspositivismo clássico teve sua relevância a partir do momento em que um indivíduo legitimado expunha as teses dos fatos sociais, e neste momento é possível perceber que o Positivismo jurídico teve sua origem no Positivismo científico (HESPANHA, 2005). Em outras palavras, pode se afirmar que se hoje existe Positivismo jurídico foi por proveniência evolutiva de um Positivismo científico.

A partir deste conceito evolutivo, com Hans Kelsen (1881 – 1973) o Juspositivismo é influenciado pela percepção de uma interpretação literal da Lei. Neste momento, a decisão judicial é consequência de uma aplicação formal e analítica da lei ao caso concreto. Abordado como puro e neutro¹⁷, Kelsen esclarece possíveis equívocos que podem ser praticados com o conceito de interpretação literal:

17 Para tanto, ver: KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito**. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 6. ed. rev. da tradução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 161.

Neste sentido, a teoria Pura do Direito tem uma pronunciada tendência anti-ideológica. Comprova-se esta sua tendência pelo fato de, na sua descrição do Direito Positivo, manter este isento de qualquer confusão com o direito ‘ideal’ ou ‘justo’. Quer representar o direito tal como ele é, e não como ele deve ser: pergunta pelo Direito real e possível, não pelo Direito ‘ideal’ ou ‘justo’. Neste sentido, é uma teoria do Direito radicalmente realista, isto é, uma teoria do positivismo jurídico. (KELSEN, 2009, p. 161)

Este conceito *kelseano* trouxe luz a interpretação literal da Lei, ao expor que ela provém da premissa de que o Direito não se separa da moral na vida real, mas o estudo deste instituto deve ser realizado separadamente afim de evitar falácias de ambiguidade e equívocos ocasionados da ação das massas movidas de senso comum e ‘moral’.

Com as escolas jurídicas do séc. XIX, quais sejam a Escola da Exegese¹⁸ e Jurisprudências dos conceitos, o sistema positivista passou a sofrer transformações, sobretudo com a presença das obras de Hans Kelsen (BOBBIO, 2006). Esse período de transição que sofreu expressivas mudanças, inclusive na teoria da interpretação do qual o Positivismo se apropriava.

Apesar de divergir quanto a postura de Hans Kelsen perante o conceito de Juspositivismo, Lênio Streck agrega a presente pesquisa ao expor a fusão *kelseana* entre Direito e a Ciência do Direito, assim como, a ausência da fusão entre o Direito e a Moral (STRECK, 2014). Em outras palavras, o Positivismo se preocupava com o Direito enquanto projeto científico, mas não com o Direito enquanto status social. Por sua vez, o operador do Direito, sobretudo os juízes, estariam subordinados a um modelo interpretativo bem mecânico (BOBBIO, 2006).

Neste sentido, a partir do cabresto que o movimento Juspositivista impôs até este momento, é fácil perceber o DNA do Positivismo im-

18 A Escola da Exegese afirmava que Direito teria que se subordinar às leis escritas, por prever em seu corpo os princípios permanentes e imutáveis abordado pela Escola Natural do Direito. A linha teórica que a Escola da Exegese ora abordara era que o ordenamento jurídico se mostrava como um “catálogo”, com previsão de todos os fatos ocorridos e que viessem a ocorrer naquela determinada sociedade Positivista (DUARTE, 2013, p. 75)

pregnado no sistema jurídico brasileiro. Ao fazer com que a letra da lei seja apreciada minuciosamente, decisões repetidas estão sujeitas a aparecerem afim de prejudicar a função social do Direito.

2.1 DO POSITIVISMO AO CONSTITUCIONALISMO

O Constitucionalismo é um movimento fruto de uma evolução do iluminismo e das revoluções burguesas do séc. XVI e XVII (CANOTILHO, 2002). Por meio do positivismo que propunha uma interpretação da letra da lei e uma codificação dos dados objetivos daqueles governados, finda-se posteriormente o Constitucionalismo com a tendência de codificar os direitos fundamentais.

O iluminismo abriu margem para grandes conquistas e lutas sociais ao longo do tempo, até mesmo as revoluções burguesas¹⁹. O conceito de Constitucionalismo democrático representativo pode ser fundado desta premissa, com o respeito à vontade da maioria, em um momento pós-absolutista. Quando exposto, o Constitucionalismo é um compilado de referências históricas que invocam o movimento das revoluções liberais (CANOTILHO, 2002).

Dentre os primeiros passos do Constitucionalismo, pode-se citar o advento da Magna Carta (CANOTILHO, 2002). A Magna Carta de 1215 é um dos documentos mais importantes da história da humanidade. Este documento, deu ascensão a um ideal de liberdade e diminuiu a concentração de poder no Estado Inglês. Com a queda de regimes absolutistas por meio de revoluções²⁰ que influenciaram a as-

19 O iluminismo, movimento intelectual que transformou a idade das trevas (idade média) em luz, trouxe prerrogativas às revoluções burguesas que culminaram a conquista de um Estado Constitucional. Este movimento ao trazer o homem para o centro do diálogo social, o enalteceu, e acabou em fazer com que os ideais de autonomia e inteligência deste homem o fizeram capaz de comandar a sociedade do qual se inseria. A partir disso, culminaram as revoluções burguesas, quais sejam puritana-gloriosa e a francesa (RIBEIRO, 2014, p. 99).

20 A Revolução Gloriosa e a Revolução Puritana são exemplos clássicos que trouxeram a limitação dos poderes dos monarcas e transferiram para o parlamento. A trouxe a vitória do liberalismo político sobre o absolutismo e, com a aprovação do Bill of Rights em 1689, assegurou a supremacia legal do Parlamento sobre a realeza e instituiu na

sinatura do documento, a ideia de um parlamentarismo surgiu afim de instituir a monarquia constitucional, que tirou o monarca do centro do poder político (COMPARATO, 2008).

A presença filosófica do Positivismo na implementação do Constitucionalismo, trouxe uma interpretação valorativa às Constituições. Pode-se perceber tal afirmativa pela hierarquia das leis de Hans Kelsen, onde a Constituição seria o topo da cadeia interpretativa que os juristas teriam que se submeter. A interpretação *kelseana* trouxe uma importante relevância às Constituições. A partir deste período, as Constituições se tornaram ordens jurídicas, e deveriam afastar cargas morais e políticas (KELSEN, 2009). Pensamento este que contraria a concepção política de Carl Schmitt²¹.

O Constitucionalismo tem como base os direitos fundamentais e José Joaquim Gomes Canotilho (2002) afirma que o Constitucionalismo é uma teoria do princípio do governo limitado, ou seja, da limitação do poder que se mostra indispensável à garantia dos direitos com valor basilar da organização político-social de uma sociedade.

2.2 DO CONSTITUCIONALISMO AO NEOCONSTITUCIONALISMO

Logo na primeira onda do Constitucionalismo, tivemos Kelsen e Schmitt em discussões sobre quem pertencia o cargo de guardião da Constituição. Hans Kelsen abordara uma posição favorável a instituição de cortes jurídicas que se voltam a defesa e guarda do texto constitucional (KELSEN, 2009). Exposto esta visão, é possível perceber que o Supremo Tribunal Federal se mostra como guardião da Constituição de 1988, e neste sentido, a própria Carta possui dispositivo com o ter-

Inglaterra uma monarquia limitada. Já a Puritana chegou ao seu fim, abrindo novas possibilidades políticas dentro da Inglaterra. (MELLO, 1993, p. 79-110)

21 Carl Schmitt (1888 – 1985) defendia um modelo estadista baseado no realismo político. Em suas obras, Schmitt afirmava que o Direito não pode ser apenas fruto de um código ou uma lei, mas também de suas decisões, uma vez que o Direito é criado por uma vontade (LIMA, 2011, p. 164-173).

mo da discussão filosófica²². Ao partir para visão de Carl Schmitt, o governo dos homens, qual seja a força política sobre o direito – o poder sobre a técnica – justifica a realidade em que a soberania é o Direito e não o Estado (SCHMITT, 2010).

O avanço no tema, sobretudo na postura de Carl Schmitt na primeira onda do Constitucionalismo, se dá na situação delicada em que o mesmo se encontrou. A Europa vivenciou uma crise econômica que foi associada a um autoritarismo e neste momento é fácil perceber que a democracia não poderia mais ser interpretada como regra social da maioria afim de afastar as tendências falaciosas de tirania da maioria²³ (SCHMITT, 2010).

A ausência de solo fértil para a aplicação do Constitucionalismo na Europa é evidenciada com a presença de regimes totalitários e autoritários na Alemanha, Áustria, Itália, entre outros países. Neste contexto, a queda destes regimes despóticos evidenciou a ascensão do Neoconstitucionalismo. Entretanto, esta conquista não foi onipresente, e a terceira onda do Constitucionalismo só foi acontecer quando os países da América Latina e África presenciaram a queda de regimes despóticos durante as décadas de 70 e 80. E com o Brasil não foi diferente, a promulgação da Constituição Cidadã é a grande vitória da sociedade brasileira pós vinte e um anos sob o regime militar. Deste então, o principal objetivo do, então denominado, Constitucionalismo contemporâneo, foi a preocupação com os Direitos Fundamentais.

Desta premissa, a Carta Magna passou a receber uma carga normativa e os ideais de supremacia e hierarquização da mesma fortaleceram o Constitucionalismo democrático (BARROSO, 2004). Liberdade, justiça e o macro princípio da dignidade da pessoa humana surgem neste período e fazem objetivar o caminho que o Neoconsti-

22 O dispositivo supracitado é o artigo 102 da CF/88. O dispositivo expressa: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe...” (BRASIL, 1988).

23 Este momento, pode ser exemplificado com a crescente presença do Nazismo no 1º pós-guerra onde a Alemanha saiu devastada com índices alto de desemprego. A baixa afinidade do povo alemão com a Constituição de Weimar também foi decisiva.

tucionalismo teria que traçar, qual seja a fusão entre o Direito e a Ética (SOARES, 2006).

Com a vitória dessas ideologias, surgem cortes internacionais constitucionais e mecanismos de controle de constitucionalidade afim de sustentar o Constitucionalismo Democrático (BRANDÃO, 2017). Finda-se assim, a dedicação a efetividade das normas, sobretudo das Constituições que esta nova fase do Constitucionalismo trouxe.

2.3 DO NEOCONSTITUCIONALISMO AO TRANSCONSTITUCIONALISMO

Neste contexto histórico-evolutivo, a quarta onda do Constitucionalismo vem para agregar a expansão global do Poder Judiciário. A expansão do poder judiciário é um fenômeno que tomou conta do final do século passado, com início em 1989 com a queda do muro de Berlim onde ocorreram transições, em diversas nações, socialistas para o regime de economia de mercado (TATE, 1995).

A partir deste momento, as nações adotaram o Tribunal Constitucional como mecanismo de controle dos demais poderes, afim de evitar a Tirania da maioria e assim, efetivar o sistema de freios de contrapesos²⁴. Neste instante, a Jurisdição Constitucional atinge seu clímax. Ao abrir uma reflexão acerca da atuação da Constituição como metáfora, Marcelo Neves (2009) admite que a partir do momento em que a metáfora for utilizada em seu conceito de “transação entre conceitos” ao interagir entre dois conteúdos semânticos não restará dúvidas que a Constituição seria uma das metáforas da semântica social (NEVES, 2009).

Entretanto, o autor continua a refletir sobre a natureza simbólica da Constituição e neste momento é de suma importância evidenciar a presença *Luhmaniana* na obra de Marcelo Neves²⁵:

24 Sistema que propõe a harmonia entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Neste sistema, um Poder fiscaliza o outro, afim de evitar abusos de um ou outro.

25 Para tanto, ver: GOLÇALVES, Guilherme Leite; FILHO, Orlando Vilas Bôas. **Teoria dos Sistemas Sociais: Direito e Sociedade na obra de Niklas Luhmann**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 34.

Cabe observar não só que as inovações semânticas relacionam-se com transformações estruturais, mas também que a obsolescência de semânticas específicas pode estar associada ao esgotamento das estruturas respectivas, pois, “se o nível de complexidade da sociedade modifica-se, a semântica orientadora do viver e agir precisa adequar-se a ele, porque, senão ela perde a conexão com a realidade”. (NEVES, 2009, p.3)

Em suma, esta citação, vem para relacionar crises na semântica constitucional e de transformações estruturais com problemas emergentes neste plano das estruturas. Desta forma, a carga jurídica que a Constituição carrega precisa de se adequar aos níveis de complexidade da sociedade contemporânea, com o objetivo de não perder conexão com a realidade e continuar a assegurar “o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça”²⁶.

Este processo de adequação não culminaria uma perda de soberania, e a força normativa do Positivismo se dissiparia em meio à improvisos jurídicos. Pelo contrário a adequação social do Direito deve se focar na capacidade de possibilitar a coexistência não destrutiva de diversos projetos e perspectivas (NEVES, 2009). Sendo assim, a presença do Transconstitucionalismo não anularia a pirâmide *kelseana*, onde a Constituição é o topo da cadeia.

A ausência de uma norma que trate estes problemas que ultrapassam o limite estatal, aparecem cada época de uma forma em uma ordem jurídica, mantendo-a desestruturada. Neste caminho, Marcelo Neves parafraseia Mathias Jestaedt²⁷ (2008):

26 O preâmbulo da CF/88 dispõe expressamente: "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte, para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil". (BRASIL, 1988)

27 Mathias Jestaedt (1961) é professor na Universidade Albert-Ludwig Universität de

Uma ordem jurídica só pode entrar em relação normativa com enunciados de dever-ser, pertencente inicialmente a outra ordem jurídica, desde que – mediante recepção, delegação, transformação ou outra maneira qualquer – eleve-os a enunciados normativos da própria ordem jurídica. (KELSEN, 2009, p. 122)

Salienta-se que a relação transconstitucional não diz respeito somente a prestações recíprocas, mas também que a diversas sociedades do globo possam pertencer a mesma tendência. Finda-se assim, ser ineficaz a interpretação monista em uma perspectiva globalizada.

3. TRANSCONSTITUCIONALISMO COMO IDEOLOGIA PROMISSORA DO SÉCULO XXI

Ao passar desta conjuntura estrutural da Constituição no viés Positivista, passa-se a compreender a Constituição no conceito de Estado Constitucional²⁸, e neste momento não é possível compreender a Constituição como sistema autônomo de comunicação. A contar deste estágio, os entrelaçamentos ficaram cada vez mais evidentes, e as “pontes de transição” entre ambos os sistemas foram objeto de desenvolvimento de uma racionalidade transversal (NEVES, 2009).

Assim, Marcelo Neves desassocia a Constituição do movimento *Luhmaniano* com a teoria dos sistemas, ao expor:

Cabe observar que a Constituição transversal não se restringe a uma conexão estrutural no nível da observação de primeira ordem entre os sistemas. Ela pressupõe que a política e o direito se vinculem construtivamente no plano reflexivo,

Freiburg. É membro colaborador e correspondente internacional do Instituto Hans Kelsen em Viena e, desde 2006, dirige o Centro de Pesquisas Hans Kelsen, sendo responsável pela edição completa das obras de Kelsen na Alemanha. (JESTAEDT, 2013, p.13-67)

28 José Afonso da Silva (2003, p. 37) destaca que o Estado Constitucional de Direito é caracterizado pela supremacia da Constituição com enfoque especial nos direitos fundamentais, pela consagração do princípio da legalidade como subsunção efetiva de todos os poderes públicos ao direito, e a ‘funcionalização’ de todos os poderes do Estado para garantir o desfrute dos direitos de caráter liberal e a efetividade dos direitos sociais.

implicando observações recíprocas de segunda ordem. (NEVES, 2009, p. 63)

A presença deste plano reflexivo, proporciona um enorme aprendizado, mas também pode desigualar a relação entre os dois sistemas. O autor disserta sobre este possível problema que pode ser encontrado, qual seja a Constitucionalização Simbólica (1994) que possui natureza problemática no contexto da hipertrofia da função política em desvantagem da função jurídica (NEVES, 2011). De antemão, faz-se necessário evidenciar que algumas falácias podem vir prejudicar a compreensão sobre o tema. A ideia de uma Constituição global é uma delas, uma vez que no âmbito do direito internacional já é complicado fazer com que algumas nações cumpram dispositivos legais de tratados internacionais.

De fato, o Transconstitucionalismo não se assemelha com a ideia de Constituição global, mas sim com a ideia de um diálogo transnacional (NEVES, 2009). O contexto político institucional de cada país é o maior exemplo desta característica complicada ao tentar se apropriar de uma Constituição global. Quando a própria União Europeia – que aparenta ser um bloco econômico extremamente coeso – teve uma enorme dificuldade em criar uma Constituição Europeia, foi possível constatar quão inviável seria propor uma Constituição para diversas culturas e instituições (ARAÚJO, 2017).

Luis Claudio Martins de Araújo (2017) fundamenta que diversos autores vem trabalhando na perspectiva da criação de uma corte na ONU afim de garantir a efetivação dos Direitos Humanos e Fundamentais, pois são direitos irrenunciáveis a todo ser humano. Neste sentido, pode-se afirmar que existem alguns elementos sociais dados como globais. O Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos de 1966, o Pacto Internacional de Direitos Sociais e Econômicos também de 1966 e a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 formariam um *Bill of Rights*²⁹ no meio constitucional (ARAÚJO, 2017).

29 O Bill of Rights foi um movimento instituído pós revolução Gloriosa (1689) que colocou em prática a Monarquia Constitucional, que seria uma forma do parlamentarismo ganhar poder e, de certa forma, tirar o monopólio das mãos da família real.

Entre as cortes internacionais existentes que versam sobre estas matérias, estão o Tribunal Internacional de Haia³⁰ e o Tribunal Internacional Penal³¹. Neste caso, o projeto de um Tribunal Constitucional Internacional se volta a ser um método de criação de instituições para monitorar as ações dos países-membros da ONU (MENEZES, 2017). Mas em contrapartida, os próprios órgãos se mostram carentes de dispositivos e efetividade, e sendo assim a teoria se versa em incentivar a autonomia do Tribunal Constitucional Internacional, para que eles passem de órgãos fiscalizadores a serem atuantes, nesta lacuna jurisdicional existente.

Os dispositivos legais internacionais não conseguem funcionar por si sós, sendo necessária vontade política e ações para concretiza-los, ou seja, algo mais que meras palavras e assinaturas. Apesar da ampla adesão a esses pactos, alguns Estados ignoram a Carta das Nações Unidas, envoltos por doutrinação religiosa e ditaduras travestidas de Repúblicas. Quênida de Rezende Menezes³² discorre sobre a democracia no cenário internacional, ao dizer que mesmo ela sendo portadora de um valor universal, é impossível aplicá-la de modo a contar com seu contexto local. Ao considerar a democracia e aplicação dos direitos fundamentais neste plano, é proposto um mecanismo judicial internacional, com jurisdição automática, capaz de monitorar as disposições e práticas constitucionais dos Estados em relação à estas normas (MENEZES, 2017).

Preocupado com a banalização dos Direitos Fundamentais e Humanos, Douglas Elmauer (2016) evidencia que existe um ceticismo crescente na sociedade global, uma vez que os Estados-Nação perderam força e o controle de questões que envolvem estes direitos, e a credibilidade dos mesmos caíram no conceito popular por meio de falácias

30 A Corte de Haia ou Tribunal de Haia (1945), também pode ser chamada de Corte Internacional de Justiça. Fundada após a Segunda Guerra Mundial, a corte tem sede em Haia (Holanda), no Palácio da Paz.

31 Tribunal Penal Internacional foi criado pelo Estatuto de Roma e adotado em Roma em 17 de julho de 1998 pela Conferência Diplomática reunida de 15 de junho a 17 de julho de 1998 (MENEZES, 2017, p. 680).

32 Mestre e Doutora em Direito. Associada ao Haitian-American institute for Justice & Law (HAIJL), Lawrenceville, GA, EUA.

argumentativas que banalizam os Direitos Humanos. Encontrada entre as matérias constitucionais, pode-se dizer que tal crise evidencia fragmentos constitucionais. Baseado em Durkeim, o autor propõe a *colère publique*, que seriam grandes revoltas e protestos para com a violação destes direitos. Para Elmanuer, muitos direitos fundamentais iriam se validar com a presença de grandes processos de repercussão global.

Um Constitucionalismo sem fronteiras foi proposto por Marcelo Neves, e com a globalização advinda das revoluções tecnológicas, o mundo se estreitou. Problemas constitucionais, podem se apresentar ao mesmo momento de forma relevante para mais de uma ordem jurídica. É válido lembrar que o Transconstitucionalismo tem como seu principal objeto, os Direitos Fundamentais (ARAÚJO, 2017). A limitação dos poderes ultrapassa as fronteiras e duas ou mais cortes podem estar com uma mesma lide a ser julgada.

No primeiro capítulo desta pesquisa foi possível perceber que o DNA do Positivismo Jurídico está impregnado na Jurisdição Constitucional, e desta visão pode-se concluir que existe uma postura obsessiva quanto a soberania e hierarquização das normas constitucionais. Contudo, para pacificar este viés de soberania estatal, a tese não impõe hierarquização tampouco subordinação, mas sim diálogos transnacionais³³ para solução de lides que não se resolveriam sem a presença do fenômeno (NEVES, 2009).

Exemplificando, a justiça desportiva *Lex Sportiva*³⁴ protagonizou embates com o direito estatal. Na Espanha, o Tribunal Arbitral do Esporte presenciou uma lide entre um ciclista espanhol acusado de alterações em seu exame de *doping* – proferido por uma instituição americana porém cadastrada no Tribunal – e seu exame sem alterações disponível por uma instituição de seu país. O renomado ciclista foi a juízo no Tribunal Constitucional para requerer seu direito fundamental de acesso à justiça, e ao fim foi decidido que o *doping* prevalente fosse o da instituição devidamente cadastrada ao Tribunal, uma vez que ele

33 Neves (2009) expõe que: “não cabe falar de uma estrutura hierárquica entre ordens: a incorporação recíproca de conteúdos implica uma releitura de sentido à luz da ordem receptora” (NEVES, 2009, p. 118)

34 O neologismo “*Lex Sportiva*” indica o conjunto de regras desportivas transnacionais.

valia para todos os atletas ali subordinados. A partir deste exemplo, é possível perceber que o modelo estatal clássico não é mais vantajoso, afim de gerar em diversas conjunturas, a instabilidade jurídica (FORNASIER; SILVA, 2017).

O Brasil já deu indícios de práticas do diálogo do Transconstitucionalismo. Entre as abordagens no Supremo Tribunal Federal, tem-se a questão do aborto. O STF discutiu o aborto na ADPF 54 de 2012 na condição de anencefalia, e recentemente em 2018, a ADPF 442 se desdobrou sobre a possibilidade de aborto até o terceiro mês de gestação. Neste desdobramento, é possível perceber que houve uma importação de ideias para discutir este problema, como por exemplo os EUA já haviam discutido esta matéria no caso *Roe versus Wade* de 1973, descriminalizando a prática de aborto nos casos em que houvessem riscos a vida da gestante. E não termina por aqui, diversos países na Europa também discutiram a mesma matéria.

Ao tratar da matéria discutida na ADPF 54, é possível se remeter ao debate constitucional ocorrido na França em 1975. O embate teve origem no Poder Legislativo, e não no Judiciário como ocorrido nos EUA. Entretanto, foi permitido a “realização da interrupção voluntária da gravidez nas dez primeiras semanas de gestação quando haja risco à sua vida ou saúde, ou exista forte probabilidade de que o feto gestado venha a sofrer, após o nascimento, de doença particularmente grave reconhecida como incurável no momento do diagnóstico” (SARMENTO, 2005).

O modelo de Transconstitucionalismo chamado de “Interlocução” é a proposta de intervenção oferecida por Luis Cláudio Martins de Araújo (2017) em “Constitucionalismo Transfronteiriço, Direitos Humanos e Direitos Fundamentais”. Este modelo nada mais é que a troca, compreensão, e reflexão para que se aproveite as decisões constitucionais internacionais. A discussão deste método e como as decisões serão aproveitadas deverá ser feito na concepção de *Ratio Decidendi*³⁵.

35 Rubens Glezer (2011) professor da Escola de Direito da FGV Direito SP, em publicação na Enciclopédia Jurídica da PUC-SP, diz que: “A noção de *ratio decidendi* tem a ver com a identificação dos fundamentos centrais de certa decisão judicial. Literalmente são as razões para decidir presentes em sentenças e acórdãos. Nesse sentido, a *ratio* de uma

Assim, as razões de decidir da corte irão surgir naquela finalidade para dentro de seu ordenamento jurídico, ou para a jurisdição doméstica (ARAÚJO, 2017).

Essa importação de problemas complexos e esse trabalho de como será uniformizada a jurisprudência das cortes em relação a temas complexos é o que se encontra no movimento do Transconstitucionalismo (ARAÚJO, 2017). Admitir um debate transconstitucional, irá conceder a uniformidade jurisdicional e segurança jurídica ao globo. O Direito Internacional seria um mecanismo de observação de segunda ordem.

4. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A APLICAÇÃO DO TRANSCONSTITUCIONALISMO

Marcelo Neves (2009), qual seja o principal referencial teórico da pesquisa, defende que os direitos fundamentais não sustentam sua efetividade pelos Estados-Nação com ideologias de ilhas constitucionais individuais. Ao longo desta pesquisa, foi possível concluir que esta posição abordada pela parte majoritária dos países é herdada pela personalidade positivista que o Direito possui, sobretudo no Brasil.

Neste contexto, Marcelo Neves dispõe:

[...] a sociedade moderna nasce como sociedade mundial, apresentando-se como uma formação social que se desvincula das organizações políticas territoriais, embora estas, na forma de Estados, constituam uma das dimensões fundamentais à sua reprodução. Ela implica, em princípio, que o horizonte das comunicações ultrapassa as fronteiras territoriais do Estado. (NEVES, 2009, p. 26)

decisão está ligada à noção de fundamentação da decisão judicial. Porém, esse é apenas o início da compreensão dessa noção central para discutir o sistema de vinculação nos precedentes.” (GLEZER, 2011, p. 4)

Sendo assim, com toda essa tendência transnacional proposta pelos autores supracitados, é fácil contestar se a cúpula do Poder Judiciário brasileiro agregou suas decisões com o movimento. Uma vez que o Supremo Tribunal Federal seja o defensor da Constituição Federal de 1988 – carta que tem sumo apreço com os Direitos Fundamentais e Humanos – é de extrema relevância abordar seus julgamentos afim de desmistificar a banalização da soberania estatal.

4.1 ADPF Nº 153/DF - CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL X PRESIDENTE DA REPÚBLICA E CONGRESSO NACIONAL

O caso *Madison v. Marbury*, em 1803, foi um dos pioneiros a discorrer sobre o tema. E nesta perspectiva, a ADPF se mostra como um modelo de controle de constitucionalidade subsidiário bastante peculiar (BONAVIDES, 1997). Arguição de preceito fundamental é o significado da sigla desta ação constitucional, e ela se desdobra a tratar de leis ou atos normativos federais, estaduais, municipais e até distritais, inclusive anteriores a promulgação da Constituição Federal de 1988 (BONAVIDES, 1997).

A ADPF Nº 153, buscou a revisão da Lei da Anistia 1979. Este dispositivo legal, é bastante criticado pelos defensores e ativistas dos Direitos Humanos, uma vez que se mostrou como um acordo dilatório para redemocratizar o país (MAZEROBBA, 2003). A destituição de um presidente democraticamente eleito, que causou um longo e sombrio período de Estado de exceção, foi perdoada e hoje a tendência autoritária ousa em propagar sob a sociedade brasileira.

Entretanto, o embate entre o conselho federal da OAB, o Presidente da República e o Congresso Nacional, teve seu estímulo pelo desejo de ver aqueles agentes sendo punidos e neste ambiente o conselho da OAB, amparado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, ajuíza ADPF com o intuito de revisar o texto da Lei da Anistia (ARAÚJO, 2015).

Dentre os votos proferidos, o Transconstitucionalismo foi constatado nos votos dos ministros, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Celso

de Melo, e César Peluso. O Ministro relator Eros Grau analisou a matéria de fato no âmbito da América Latina³⁶:

Na Argentina, estando ainda no exercício do poder os militares, a Lei n° 22.924 - chamada “Ley de Pacificación” -, em 23 de março de 1983 concedeu anistia aos delitos cometidos com motivação, finalidade terrorista ou subversiva desde 25 de maio de 1973 até 17 de junho de 1982. Tido posteriormente como lei de “auto-anistia”, a Lei n° 23.040, de 22 de dezembro do mesmo ano, derogou-a, declarando-a nula.

Em 24 de dezembro de 1986 foi promulgada a Lei n° 23.492, conhecida como “Ley de Punto Final”, que estabeleceu um prazo de sessenta dias para a citação, nas ações penais promovidas contra pessoas envolvidas nos conflitos políticos conhecidos como “Guerra Sucia”, pena de extinção dessas mesmas ações penais.

No dia 8 de junho de 1987 foi sancionada a Lei n° 23.521, conhecida como “Ley de Obediencia Debida”, que isentou de culpa oficiais chefes, oficiais subalternos, sub-oficiais e pessoal de tropa das Forças Armadas, bem assim policiais e agentes penitenciários que reprimiram o terrorismo entre 24 de março de 1976 e 26 de setembro de 1983, por terem atuado cumprindo ordens.

No dia 21 de agosto de 2003 sobreveio a Lei n° 25.779, que declarou nulas as Leis do Ponto Final - 23.492 - e da Obediência Devida - 23.521.

É certo que, em junho de 2006, a Câmara de Cassação Penal argentina declarou a inconstitucionalidade do indulto concedido pelo então Presidente Carlos Menem ao ex-General Santiago Riveros, decisão confirmada em junho de 2007 pela Corte

36 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 153. Revisão da Lei de Anistia de 1979. In: _____. Arguente Conselho Federal da OAB. Arguido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 29 de Abril de 2010. **Diário da Justiça**, n. 145, p. 39-40, ago. 2010. [Voto do Ministro Eros Grau].

Suprema, abrindo caminho para a declaração de inconstitucionalidade de indultos similares. Mas na Argentina - dir-se-á que em razão de mudanças do tempo e da sociedade - a revisão das leis de anistia foi procedida pelo Poder Legislativo. A Corte Suprema não as reviu, limitou-se a aplicar os preceitos aportados ao ordenamento jurídico por essa revisão. (BRASIL, 2010)

O Ministro Ricardo Lewandowski aborda a Corte Interamericana de Direitos Humanos em seu voto. A alegação é que esta corte segue uma linha de pensamento e impõe aos países membros do Pacto São José da Costa Rica a adotarem providências aos agentes da repressão (ARAÚJO, 2015). Segue a íntegra do voto³⁷:

Na mesma linha, a Corte Interamericana de Direitos Humanos afirmou que os Estados partes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - também internalizada pelo Brasil - têm o dever de investigar, ajuizar e punir as violações graves aos direitos humanos, obrigação que nasce a partir do momento da ratificação do seu texto, conforme estabelece o seu art. 1.1. A Corte Interamericana acrescentou, ainda, que o descumprimento dessa obrigação configura uma violação à Convenção, gerando a responsabilidade internacional do Estado, em face da ação ou omissão de quaisquer de seus poderes ou órgãos. (BRASIL, 2010)

Exposto isto, é possível afirmar que o Transconstitucionalismo é uma prática já incorporada ao STF. Salienta-se que na atuação do Ministro Ricardo Lewandowski como presidente do STF, o mesmo priorizou a atuação da Comissão Internacional dos Direitos Humanos nas pautas que ali são julgadas (ARAÚJO, 2015). Neste momento, é possível concluir a aplicação explícita do Transconstitucionalismo no

37 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 153. Revisão da Lei de Anistia de 1979. In:_____. Arguente Conselho Federal da OAB. Arguido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 29 de Abril de 2010. **Diário da Justiça**, n. 145, p. 129, ago. 2010. [Voto do Ministro Ricardo Lewandowski].

âmbito da cúpula do Poder Judiciário, e portanto, defender que a consonância que a tese tem ao evoluir o trâmite constitucional na perspectiva de maiores garantias efetivadas.

Assim, para exemplificar a atuação deste tribunal na perspectiva do Transconstitucionalismo, em 2015 uma “Carta de Intenções” foi firmada entre a Suprema corte brasileira e a Corte Internacional dos Direitos Humanos (ARAÚJO, 2015). A assinatura da “Carta de Intenções” foi um critério de aproximação entre as cortes mas acabou em fazer com que o Brasil se aprofundasse nas questões relativas aos Direitos Humanos. Os efeitos deste ato solene culminaram na realização de cursos de capacitação entre magistrados, assim como a publicação de livro com os tratados internacionais que compõem as principais cortes dos Direitos Humanos.

5. CONCLUSÃO

Ao discorrer sobre o Transconstitucionalismo foi possível perceber quão vulnerável as ordens jurídicas podem estar, em se tratando de ciclos de instabilidade jurídica que afrontam a efetividade das normas constitucionais. Desde as revoluções liberais, direitos fundamentais estão sendo conquistados com lutas sociais. Entretanto ciclos autoritários e ciclos democráticos podem desestabilizar as relações jurídicas, e portanto a efetivação do Direito.

Ao seguir na evolução do Constitucionalismo, ao longo do trabalho foi exposto o quanto a segunda guerra mundial mudou expressivamente o âmbito jurídico-constitucional mundial, após tantos assaltos à democracia e aos Direitos Humanos. A ausência de solo fértil para a efetiva aplicação do Constitucionalismo na Europa é evidenciada com a presença de regimes totalitários e autoritários na Alemanha, Áustria, Itália, entre outros países. Neste contexto, a queda dos regimes despóticos evidenciou a ascensão do Neoconstitucionalismo e este movimento, conhecido como Constitucionalismo contemporâneo, se desdobrou um efetivar a conquista dos Direitos Humanos. E foi neste momento que grandes cortes internacionais – que hoje contribuem com a proposta do presente tema – surgiram, como por exemplo a ONU e CIDH.

O Transconstitucionalismo é um movimento constitucional que trabalha em questões sobre Direitos Humanos e garantias fundamentais que ultrapassam as delimitações estatais. Pode parecer de início, com a estranheza do novo, que a adesão deste movimento no ordenamento jurídico de uma nação fará com que ocorra perda de soberania. Porém, este presente estudo se desdobrou em desmistificar, ao mostrar que esta impressão provém de uma herança de uma interpretação da letra da lei ultrapassada, que gera insegurança jurídica e atrapalha a efetivação da democracia e da função social do Direito.

Ao analisar a ADPF Nº 153/DF foi possível identificar o Transconstitucionalismo nos votos proferidos dos ministros Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Celso de Melo, e Cézár Peluso. A CIDH foi citada por Lewandowski e em 2015 o mesmo quando na posição de presidente do tribunal, fixa a Carta de Intenções com a CIDH, fazendo uma aliança por meio de diálogos transnacionais, afim de preocupar com a efetivação dos Direitos Humanos.

Por fim, conclui-se que a evolução do Constitucionalismo é necessária para que as nações possam efetivar os dispositivos de suas leis e dos tratados dos quais participam. Neste caminho, sobretudo na presença de tentativas cíclicas de assaltos à democracia, o Transconstitucionalismo se mostra ser uma proposta promissora, assim como o Neoconstitucionalismo foi após a segunda guerra mundial.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Luis Cláudio Martins de. **Constitucionalismo Transfronteiriço, Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Lumen Juris, 2017.

ARAÚJO, Victor Costa de. **O transconstitucionalismo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: uma análise sob a ótica da teoria dos direitos fundamentais**. 2015. 194 f. Dissertação (mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, 2015.

- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BOBBIO, Norberto. O Positivismo jurídico: Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BRANDÃO, Rodrigo (Org.). **Cortes Constitucionais e Supremas Cortes**. Salvador: Juspodivm, 2017.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição** – 6º ed. – Coimbra: Almedina, 2002.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos** – 6º ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.
- DUARTE, Hugo Garcez. **Pós-positivismo e argumentação jurídica: reflexão à luz do conceito de Direito**. Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia, Uberlândia, v. 41-1, p. 73-86, 2013.
- FORNASEIR, Mateus de Oliveira; SILVA, Thiago dos Santos da. **Direito transnacional e Lex Sportiva: o caso Bosman e o diálogo reflexivo entre ordens jurídicas estatais e não estatais**. Caderno de Relações Internacionais, Recife, v.8, n. 14, p. 55-91, jun/2017.
- FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **Proteção dos Direitos Humanos: Constitucionalização do Direito Internacional ou Internacionalização do Direito Constitucional?** Revista Brasileira de Direito Internacional – RBDI, Curitiba, v. 8, n.8, p. 4-21, dez/2008.
- GLEZER, Rubens Eduardo. **SÚMULA VINCULANTE E RATIO DECIDENDI: Uma abordagem empírica a respeito de redesenho institucional e cultura jurídica**. 2011. 74 f. Dissertação (mestrado) - Escola de Direito de São Paulo, São Paulo, 2011.

GOLÇALVES, Guilherme Leite; FILHO, Orlando Vilas Bôas. **Teoria dos Sistemas Sociais: Direito e Sociedade na obra de Niklas Luhmann**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 34.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

JESTAEDT, Matthias. **A ciência como visão de mundo: ciência do direito e concepção de democracia em Hans Kelsen**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 106, pp. 13-67, jun/2013.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito**. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 6. ed. rev. da tradução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

LIMA, Deyvison Rodrigues. **O conceito do político em Carl Schmitt**. Argumentos Revista de Filosofia, Fortaleza, v. 3, n. 5, p. 164-173, 2011.

MEZAROBBA, Glenda. **Um acerto de contas com o futuro - a anistia e suas consequências: um estudo do caso brasileiro**. São Paulo, Associação Editorial Humanitas, 2006.

MENEZES, Quênída de Resende. **Um Tribunal Constitucional Internacional para garantir os direitos democráticos e os Direitos Humanos**. Revista Direito GV, São Paulo, v.13, n. 2, p. 677-705, ago/2017.

NEVES, Marcelo. **Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

RIBEIRO, Célio Santos. **Estado e Poder em diálogo com Habermas: da pré-modernidade à modernidade**. FURB – Revista Jurídica, Blumenau, v. 18, nº 36, p. 81-110, ago/2017.

- RIBEIRO, Pedro Henrique. **Luhmann “fora do lugar”? Como a “condição periférica” da América Latina impulsionou deslocamentos na teoria dos sistemas.** Revista brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, v. 28, n.83, p. 105-237, mai/2013.
- SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho.** Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- SCHMITT, Carl. **A revolução legal mundial: superlegalidade e política.** Lua Nova. 2010, n.42.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Repensando um velho tema: a dignidade da pessoa humana.** Salvador: Revis ta do Programa de Pós graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, n. 13, 2006.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito.** 11. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- TATE, C. N. 1995. **Why the Expansion of Judicial Power? In The Global Expansion of Judicial Power.** New York: New York University.

AS CLÁUSULAS PÉTREAS COMO LIMITES À INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Fabiane Dottor

Polliana Peron

1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trata-se de constituição rígida, que possui um núcleo jusfundamental com proteção suprema denominado cláusulas pétreas.

Prevê o artigo 60, § 4º da CRFB/88 que: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos Poderes; IV – os direitos e garantias individuais”.

Tem-se portanto, que o Poder Constituinte Originário considerou as matérias postas nestes quatro incisos como de valor axiológico superior e as tratou como um núcleo merecedor de proteção diferenciada em face do Poder Derivado, em especial no que se refere ao poder de reforma constitucional.

Isso significa que não será possível alteração constitucional que vise abolir ou reduzir referido núcleo considerado de direitos fundamentais, ou melhor, verdadeiros direitos humanos reconhecidos por nossa Constituição.

Ocorre que, diante de uma sociedade plural como a nossa, com diversidade cultural, econômica, ideológica, dentre outras, não é plausí-

vel se pensar em uma Constituição estática, que se mantenha inalterada diante do fluxo evolutivo e histórico que é natural dos seres humanos.

Nesse sentido, é de grande valia a atuação dos parlamentares em relação à edição de emendas constitucionais que visem adequar e atualizar a lei suprema a esta constante evolução social. Porém, isso não é suficiente. Destaca-se também como essencial nesse processo a atuação do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal, como guardião maior das normas constitucionais.

Na valorização deste atuar da suprema Corte de nosso país temos que analisar fenômenos atuais como a mutação constitucional, segundo o qual, com o bom uso de técnicas de interpretação seria possível captar o verdadeiro sentido da norma diante do atual contexto social sem alteração de seu texto, ou seja, sem mudança da redação da norma; bem como o ativismo judicial, fenômeno através do qual o Poder Judiciário em suas decisões de caráter geral acaba substituindo a função legislativa, colmatando lacunas.

Dentro deste contexto, faz-se necessário compreender que quaisquer interpretações do texto constitucional devem respeitar de forma prudente uma hermenêutica plural e inclusiva, que não hierarquiza técnicas de interpretação, mas as utiliza em conjunto na busca do melhor sentido da norma constitucional.

O trabalho hermenêutico realizado pelos Ministros da Suprema Corte do país precisa respeitar os limites que a própria Constituição a eles estabelece, em especial quanto aos limites materiais, quais sejam, as cláusulas pétreas.

Importante ainda destacar que esse trabalho interpretativo precisa ter a responsabilidade de encontrar no significado das normas constitucionais qual é o direito ou a garantia que configuram o núcleo jusfundamental que as cláusulas pétreas protegem.

Diante da inegável existência das cláusulas pétreas surgem críticos que as apontam como ferramenta que prejudica a democracia e seu sistema de vontades majoritárias. Isto porque, elas seriam inibidoras da vontade das gerações futuras, que estariam atreladas a uma verdade constitucional decidida pelo Poder Constituinte Originário de gerações passadas.

Ao contrário disso, um núcleo de proteção contra a vontade reformadora do legislador na verdade está legitimando e fortalecendo a democracia. Isto porque, as cláusulas pétreas permitem que haja uma continuidade evolutiva da sociedade com um mínimo necessário a proteção da dignidade humana resguardado a todos indistintamente.

São conquistas que custaram alto preço ao homem no decorrer da evolução histórica, em especial na passagem de um Estado liberal clássico para um Estado social, que tem limites a respeitar e que precisa ser um agente prestador e protetor de direitos e garantias.

Destarte, acaba-se fortalecendo a democracia e reforçando a aplicação do princípio da vedação do retrocesso, princípio implícito que decorre do nosso sistema jurídico-constitucional e segundo o qual, não se pode suprimir ou reduzir direitos fundamentais já alcançados pela sociedade.

As gerações futuras, em verdade, possuem o direito à continuidade e preservação dos direitos já conquistados que não podem sequer ser abrandados. É a garantia de que sua proteção não será reduzida ou extirpada que possibilita a todas as gerações futuras o seu exercício de forma livre e completa.

2. CONSTITUIÇÃO RÍGIDA E DEMOCRACIA

O ideário de limites materiais ao poder reformador implica na existência de uma Constituição rígida, qual seja, aquela que possui uma hierarquia superior a das leis ordinárias e por isso possui forma de alteração por processo legislativo qualificado. Há doutrina que trata a Constituição brasileira como super-rígida, uma vez que ela além de ter processo especial de alteração possui também um núcleo inalterável, as cláusulas pétreas.

Esse tipo de Constituição surgiu com a evolução do constitucionalismo, fenômeno que confunde-se com a evolução do próprio Direito Constitucional, posto que surgiu como forma de combater o absolutismo na busca da população pela limitação do poder estatal, vindo de uma valorização da constituição escrita.

Como bem pontua o professor Dantas (2016, p. 22): “A Constituição escrita, expressão de máxima racionalidade em sua forma e em

seu conteúdo, foi o instrumento que deu ao Estado uma estrutura de acordo com os princípios do Liberalismo Clássico, instrumento jurídico-político de reação ao Absolutismo”.

E prossigue esclarecendo (Dantas, 2016, p. 27):

Como informamos, o desenvolvimento do constitucionalismo moderno liga-se diretamente ao surgimento de um documento (Constituição) voltado para a racionalização do Estado e para a despersonalização do poder. Nessa perspectiva, o constitucionalismo supõe uma Constituição normalmente escrita, de forma a ser certa, definitiva e acessível, de modo que todos possam exercer seus direitos e enaltecer sua dignidade humana: uma Constituição rígida, protegida contra as arbitrariedades do Poder, ou seja, cujos procedimentos de reforma sejam especiais e dificultados; uma parte da Constituição dedicada à transcrição de direitos fundamentais básicos de qualquer cidadão contra o arbítrio do Estado; uma parte da Constituição destinada à organização racional do poder, tendo como princípio fundamental a divisão de poderes e de funções, de modo a limitar a atuação do poder do Estado.

Assim, das constituições escritas e rígidas se tem a força jurídica que lhes confere supremacia e hierarquia sobre as demais leis que irão compor o ordenamento jurídico de determinado Estado. Desta forma, se tem nesta força superior a proteção dos direitos nela resguardados, em especial, aqueles protegidos pelas cláusulas pétreas, para os quais, busca-se acima de tudo a eficácia diante da expectativa de verdadeira concretização dos direitos fundamentais.

No Brasil, a supremacia constitucional é determinada também pela democracia, sistema político vigente, segundo o qual o governo corresponde à soberania popular, à vontade da maioria dos cidadãos, democracia esta representativa, em regra.

Do princípio democrático extrai-se que o Estado é instrumento do povo dirigido à concretização do interesse geral; poder-dever que cria ao Estado uma responsabilidade irrenunciável.

A atual Constituição foi fruto de uma evolução jurídica, situada dentro de uma continuidade histórica (Dantas, 2018, p. 57), o que implica uma representatividade popular e a existência de limites circunstanciais da época em que promulgada, fato este que não pode ser deixado de lado num contexto de interpretação constitucional e alcance das cláusulas pétreas.

Compreendida a Constituição como norma jurídica dotada de imperatividade e superioridade surge, por consequência, a noção de que a hermenêutica constitucional plural e inclusiva deve servir como ferramenta para buscar a eficácia da Constituição, em especial quanto à concretização dos direitos fundamentais, realizando-os em sua maior completude, sem qualquer supressão ou redução.

Verifica-se que o poder reformador deverá sempre respeitar os valores protegidos pelo poder constituinte originário para fazer as alterações necessárias através das emendas constitucionais. Tais valores representam a vontade da maioria, positivados de forma suprema, o que lhes confere legitimidade e hierarquia.

Ao Poder Judiciário fica a função de proteção a tais valores em suas decisões, aplicando aos casos concretos que lhes sejam levados a julgamento as leis em harmonia com a Constituição, interpretando-as dentro dos parâmetros do núcleo jusfundamental que a Constituição determina. Deverá atuar da mesma forma a Suprema Corte quando dos julgamentos em ações sobre o controle de constitucionalidade, buscando o alcance real do que seriam as cláusulas pétreas, ou seja, extrair do texto constitucional o que é verdadeiramente pétreo.

3. A TEORIA DO PRECOMPROMETIMENTO E AS GERAÇÕES FUTURAS

A cognição sobre a força protetiva que as cláusulas pétreas conferem a valores jusfundamentais constitucionalmente positivados, leva a uma crítica apresentada por parcela da doutrina sobre a vinculação das futuras gerações aos valores decididos como supremos pela geração atual, comprometendo a vontade da maioria de amanhã pela vontade da maioria da atualidade, ou seja, engessando a democracia da geração futura.

Dantas (2010, p. 06) traz esta crítica e a resposta para ela em defesa da existência e utilidade das cláusulas pétreas:

Alicerça-se este posicionamento na concepção de que, sendo o Poder Reformador subordinado e instituído pelo instrumento que lhe traçou o perfil e ditou o seu modo de atuação, qual seja, o Poder Constituinte Originário, não pode tudo realizar no âmbito das adaptações constitucionais. Se isto fosse admitido, estariam os constituintes derivados aptos a exercer o Poder Constituinte Originário, o que lhes permitiria elaborar uma nova Constituição.

Ainda neste contexto doutrinário, determinadas perguntas acabam por ser inevitavelmente formuladas, entre elas: o que justificaria, dentro de uma perspectiva democrática, que o passado possa bloquear o futuro, por intermédio destas cláusulas de inamovibilidade? Para muitos doutrinadores, as cláusulas pétreas, quando bem compreendidas e interpretadas, não constituiriam uma ameaça a democracia ou uma pretensão autoritária das gerações passadas buscando governar as futuras. Seriam limitações – por mais paradoxal que possa parecer – habilitadoras e emancipatórias. Desta forma, proibindo que o sistema político restrinja preceitos normativos e princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, as cláusulas pétreas estariam apenas habilitando cada geração a escolher o seu próprio caminho, sem, no entanto, estar autorizada a negar estes mesmos direitos às gerações vindouras. Limitariam minimamente, para não limitar maximamente.

Neste sentido, pertinente se faz a menção da chamada Teoria do Precomprometimento. VIEIRA (1997, pp. 53-54) explica que Elster utiliza-se de passagem da obra *Odisséia* de Homero onde Ulisses determina que o amarrem ao mastro de sua embarcação, pois sabe que livre não resistiria ao canto mortal das sereias, como forma de explicar o papel das constituições nas sociedades democráticas. Da mesma forma, as constituições democráticas trazem esse precomprometimento fruto

da soberania popular como uma proteção contra suas próprias fraquezas e paixões.

Assim, havendo um núcleo que implica um limite material para alterações ou decisões políticas, direitos e instituições escolhidos como mais valiosos pela soberania popular, ficam protegidos contra circunstâncias temporais e decisões políticas tomadas por interesses egoísticos e que não priorizam a coletividade e seu bem estar. Além disso, garante-se a proteção de metas a longo prazo, não sendo permitidas alterações que esvaziem axiologicamente os valores mais caros para o ser humano.

VIEIRA (1997, P. 55) assinala:

[...], a imagem de Ulisses atado ao mastro de sua embarcação, por vontade própria, com a finalidade de se auto preservar, é paradigmática dos sistemas constitucionais democráticos, em que a sociedade, através de um instrumento constitucional rígido, restringe seu próprio poder de decisão, objetivando perpetuar sua liberdade de decidir. Sua autonomia. Nos dois casos a possibilidade de ação por parte do indivíduo ou do corpo político é bloqueada com o objetivo de auto preservação. De acordo como Stephen Holmes as limitações criadas pelo constitucionalismo são habilitadoras e emancipatórias.

Sendo assim, resta demonstrado que o valor axiológico das cláusulas pétreas supera o valor das críticas em relação à existência destas e bem fundamenta e justifica a necessidade de sua proteção.

Esta proteção não se revela comprometimento às gerações futuras, uma vez que resultam de conquistas históricas destes direitos que não podem ser, de qualquer forma, reduzidos em sua proteção.

VIEIRA (1997, p. 61) enriquece a análise sobre o tema ponderando:

Ao retirar do âmbito de deliberação majoritária aqueles direitos, princípios e instituições que constituem a reserva de justiça da Constituição, as cláusulas super-rígidas se transformam em legítimo instrumento de preservação da democracia, paradoxalmente, ao limitá-la. Como na *Odisséia* de Homero, es-

ses mecanismos de autolimitação e precomprometimento, se bem construídos, interpretados e aplicados, poderão favorecer a continuidade da jornada. O problema é determinar, racionalmente, que direitos, princípios e instituições são estes.

E conclui (1997, p. 97):

Interpretadas adequadamente, as cláusulas super-constitucionais não constituirão um obstáculo à democracia, mas servirão como um instrumento que, num momento de reformulação da ordem constitucional, permitirão a continuidade do sistema político, habilitando cada geração a escolher seu próprio destino, sem, no entanto, estar constitucionalmente autorizada a furtar esse mesmo direito às gerações futuras.

A grande questão deve ser, portanto, sobre a compreensão e delimitação desses direitos, daquilo que é abarcado pela proteção das cláusulas pétreas, o que só será bem realizado com um manejo responsável da hermenêutica constitucional.

4. A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL PLURAL

Sendo o Direito uma Ciência Humana cujo principal instrumento é a linguagem, não há como negar a necessidade de interpretação do texto normativo. O principal agente que trabalha com a ferramenta da hermenêutica constitucional é o Poder Judiciário, mas não somente ele.

Como bem escreve Baptista (2002, p.38): “Também já comentamos que, pelo fato de as normas terem como matéria-prima a língua natural, toda norma é passível de interpretação e, assim, toda leitura hermenêutica é uma reconstrução de sentido”.

Tais técnicas de interpretação são diversas, mas não se excluem e não são hierarquizadas. Este é o entendimento de Luís Rodolfo de Souza Dantas (2016, pp 167-168) que defende o que chama de “hermenêutica plural” e inclusiva.

A solução para que o Judiciário faça um uso responsável da hermenêutica constitucional e, em consequência, um bom uso da mutação

constitucional, está na responsabilidade e prudência no uso dessa pluralidade de técnicas interpretativas que fazem a hermenêutica inclusiva.

Somente desta forma se torna possível acompanhar mudanças na sociedade sem alteração formal de nossa Constituição, abrindo possibilidades e ao mesmo tempo mantendo e protegendo limites sobre o conteúdo das expressões de Direito, das palavras contidas em textos normativos.

Mais do que manter a Constituição atualizada à realidade social com o passar do tempo, este manejo prudente das técnicas de interpretação importam no reconhecimento para a proteção daquilo que é verdadeiramente pétreo, ou seja, a verdadeira garantia protegida por uma cláusula pétreia. Aquilo que se extrai do texto normativo e revela o verdadeiro direito ou garantia que aquele texto quis resguardar.

Dantas (2010, p. 02) salienta que o a boa interpretação do direito se faz com uma hermenêutica plural:

Assim, conjecturamos que será o direito bem interpretado – pelo menos para os fins de solução de litígios – se aquele a quem compete produzir a subsunção não operar racionalmente apenas guiado pelo princípio do terceiro excluído (“ou este ou aquele método de interpretação podem ser aplicados”) mas também aberto à possibilidade de fundar e aplicar o direito com base – na falta de expressão melhor – no princípio do terceiro incluído (“este e todos os métodos de interpretação jurídica são válidos, não se excluem, mas poderão ser concomitantemente empregados tendo em vista as exigências do caso concreto”).

E Alexy também coloca de forma brilhante (2008, p. 414):

Todo controle do legislador por parte do Tribunal Constitucional Federal implica que, em uma determinada extensão, algumas valorações do tribunal terão precedência em relação àquelas do legislador. Em inúmeros casos aquilo que as normas constitucionais exigem não decorre apenas logicamente do texto constitucional e também não pode ser fundamen-

tado inequivocamente a partir desse texto e de outros dados juridicamente relevantes, mesmo com o auxílio de regras metodológicas.

A prudência interpretativa exige que se encontre um equilíbrio entre aquilo que a sociedade necessita evoluir e aquilo que a Constituição busca resguardar acima de qualquer alteração, seu núcleo jusfundamental.

Neste sentido destaca-se o grande valor dos princípios e da estrutura como o texto constitucional foi construído pelo Poder Constituinte Originário. Não se pode perder de vista que a posição topográfica dos fundamentos da República Federativa do Brasil, bem como os direitos e garantias fundamentais não foram mero acaso. Ao contrário, encontram-se hierarquicamente superiores, posto que elencados de forma prioritária e inaugurando o texto constitucional.

Tem-se, portanto, que a Suprema Corte deve em cada decisão por ela proferida utilizar-se de fundamentos que demonstrem estarem baseados e de acordo com os princípios que dirigem toda a interpretação constitucional, como por exemplo, a dignidade da pessoa humana.

Sobre a importância de se entender o que seria legítimo quando se trata da discricionariedade do juiz ao proferir decisão judicial, temos a análise de STRECK (2018):

Aponte-se, ademais, que, à diferença da compreensão de outros fenômenos, a hermenêutica jurídica contém uma especificidade: a de que o processo hermenêutico possui um vetor de sentido, produto de um processo constituinte que não pode ser alterado a não ser por regramento próprio constante no próprio processo originário. *E isso faz a diferença.* A Constituição é o elo conteudístico que liga a política e o direito, d'onde se pode dizer que o grande salto paradigmático nesta quadra da história está exatamente no fato de que o direito deve servir como garantia da democracia. Trata-se, no fundo, de um paradoxo: ao Constituição é um remédio contra maiorias, mas ao mesmo tempo, serve como garantia destas.

Dantas (2016, p. 125) também assinala:

Surge então o paradoxo: como expressões legislativas máximas da soberania do Estado, declaradas simultaneamente pelo poder constituinte, as normas constitucionais jamais poderiam ser contraditórias entre si; não obstante, a participação democrática de todos os segmentos sócio-políticos de um país em sua formulação torna impossível a produção de um objeto inteiramente coerente.

Neste sentido, o princípio da unidade assume função decisiva, não representando apenas hierarquia normativa igualitária dos dispositivos constitucionais, mas tornando-se hoje o primeiro dos métodos de interpretação da Constituição, unificando e, de certa forma, racionalizando o desígnio constituinte.

Esse paradoxo não impede o trabalho interpretativo que leve a uma mutação constitucional e faça com que a Constituição acompanhe os avanços da sociedade. Isto porque, do mesmo modo que a discricionariedade para interpretar do juiz não pode ser ilimitada, também não pode ser submissa e, por demais, limitada. A interpretação é um processo aberto e plural, necessário e que demanda responsabilidade em seu manejo, o que se averigua através da fundamentação da decisão, que deve estar de acordo com o núcleo que dirige e fundamenta toda a Constituição.

STRECK (2018) quando trata do Princípio ao direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada explica:

Esse princípio tem uma relação de *estrita dependência* do dever fundamental de justificar as decisões e daqueles princípios (ou subprincípios) – cunhados pela tradição constitucionalista – que tratam do *efeito integrador* (ligado ao princípio da unidade da Constituição), da *concordância prática* ou da *harmonização*, da *máxima efetividade* e da *interpretação conforme a Constituição*. Como princípio instituidor da relação jurisdição-democracia, a obrigação de fundamentar – que, frise-se, não é uma fundamenta-

ção de caráter apodítico – visa a preservar a força normativa da Constituição e o caráter deontológico dos princípios. Consequentemente, representa uma blindagem contra interpretações deslegitimadoras e despistadoras do conteúdo que sustenta o *domínio normativo* dos textos constitucionais.

[...]

Há, assim, um direito fundamental ao cumprimento da Constituição. Mais do que isso, trata-se de um *direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição* ou, se assim se quiser, uma resposta constitucionalmente adequada (ou, ainda, uma resposta hermenêuticamente correta em relação à Constituição).

Excelente ferramenta para toda essa sistemática em busca da boa hermenêutica constitucional é a possibilidade da pluralidade de intérpretes. Destaca-se que não apenas o Judiciário detém essa função, bem como não há como limitar a quantidade de intérpretes da Constituição.

Essa posição é uma proposta de hermenêutica realista de Peter Häberle que é trazida pelo professor Dantas (2010, p. 02):

Em novo contexto hermenêutico – metodológico, Häberle assume relevo ao destacar que a doutrina tradicional apresenta graves deficiências, tornando-se necessário o uso de um conceito mais amplo de interpretação, que reconheça a relevância do espaço público na sociedade aberta. Entre outras instigantes propostas oferecidas, irá ele advogar a tese de que não é possível o estabelecimento de um número limitado de intérpretes da Constituição, na medida em que todos os órgãos estatais e potências públicas, assim como todos os grupos e cidadãos, encontram-se envolvidos neste processo de interpretação, que deverá ser tão mais aberto quanto mais pluralista for uma sociedade.

Como exemplo deste entendimento para o caso do Brasil, ele traz (2016, p. 05) a Lei nº 9868, de 10 de novembro de 1999 que trata do processo e julgamento das ações declaratórias de constitucionalidade e inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal e admite que

outros titulares de direito manifestem-se, por escrito, sobre o objeto da ação, inclusive juntando documentos que tragam mais informações para a formação do convencimento (arts. 7º, § 1º e 18, § 1º).

Ainda, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá o relator admitir a manifestação de órgãos ou entidades visando dar ao Tribunal pleno conhecimento a respeito da matéria e suas repercussões (arts. 7º, § 2º e 18, § 2º).

Tais ferramentas possibilitam a estes participantes do processo, que são destinatários do direito ou maiores interessados na norma discutida, que tragam os seus entendimentos e sua forma de interpretação para contribuírem com a atividade hermenêutica da Suprema Corte.

Com relação a mutação constitucional, o professor Dantas (2016, p. 121) conceitua como: “as modificações operadas na Constituição gradualmente no tempo, de modo informal, sem a necessidade da implementação de emendas ou revisão, ou seja, de procedimentos formais”.

E esclarece (2016, p. 124):

A doutrina não definiu, com parâmetros claros, os limites materiais para as mutações constitucionais. Entretanto, ariscamos sustentar que tais parâmetros podem ser extraídos da análise dos próprios limites materiais tácitos e explícitos ao poder de reforma constitucional. Se o cerne inalterável da Constituição não é passível de modificação pelo processo de reforma, o que dirá pelo procedimento de mutação constitucional, ao afrontar valores e princípios alçados à condição suprema pelo constituinte.

Por consequência, chega-se a gnose de que não é possível se afastar dos limites materiais protegidos constitucionalmente, seja para aplicação da lei no julgamento de casos concretos individuais ou coletivos, seja para alterações formais ou informais da norma e do texto constitucional.

Tais limites podem ser expressos ou tácitos, ou seja, reconhece-se a existência de princípios implícitos que ampliam o núcleo jusfundamental protegido pela Constituição.

O trabalho hermenêutico levará ao manejo interpretativo sobre quais seriam os direitos e garantias que compõem o núcleo de valores protegidos e os limites destes valores.

5. CONCLUSÃO

Diante desta reflexão, tem-se que as cláusulas pétreas compõem uma proteção ao núcleo jusfundamental de direitos e garantias contra o poder de reforma constitucional.

Além disso, são também forma de proteção quanto a atuação do Poder Judiciário nos temas da mutação constitucional, ativismo judicial e mesmo nas decisões de aplicação individual, posto que devem ser respeitadas como norte de interpretação e limites das leis infraconstitucionais.

A Constituição da República Federativa do Brasil trouxe a positivação de verdadeiros valores jurídicos, axiologicamente superiores e necessários à sociedade e ao indivíduo particularmente considerado, valores estes que devem ser entendidos com base no conteúdo da dignidade da pessoa humana.

Apenas com um trabalho de racionalização e argumentação responsáveis, através do uso das diversas técnicas de interpretação que compõem a hermenêutica constitucional, é que será possível uma proteção daquilo que é verdadeiramente pétreo, ou seja, do valor que a norma protege, seja explícita ou implicitamente. Ao mesmo tempo em que a interpretação constitucional leva ao conteúdo verdadeiro do que é o direito ou garantia jusfundamental, também delimita para que o intérprete não ultrapasse do que está resguardado.

Os valores do núcleo rígido da Constituição revelam-se Direitos Humanos, que são inalienáveis e não podem ser diminuídos em suas conquistas.

Essa foi a maneira que o Poder Constituinte Originário encontrou para fortalecer a proteção de tais direitos, uma vez que sabia que a constituição prolixa necessitaria de uma fácil alteração formal para acompanhar todo desenvolvimento da sociedade.

Assim, se comprometeu à proteção de valores axiológicos que devem pautar toda a interpretação constitucional, até mesmo em ra-

ção de sua topografia. Não para comprometimento da vontade majoritária das futuras gerações, mas sim como forma de protegê-las para que possam livremente decidir seu futuro constitucional sem qualquer ameaça aos direitos e garantias que lhes são mais valiosos e que já foram conquistados.

O melhor instrumento para tanto é o manejo responsável de uma hermenêutica plural em que o intérprete respeite o constante fluxo de evolução histórica, social e ideológica da sociedade.

Desta maneira, alcança-se a proteção aos direitos e garantias que compõem as cláusulas pétreas, pois se a Constituição possui efeito irradiante de seus valores a toda sociedade, em especial valores como a dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade irradiam-se com força normativa para todo sistema jurídico e vinculam com maior presença todos os poderes e os particulares em uma dimensão de eficácia objetiva dos direitos fundamentais.

7. BIBLIOGRAFIA.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

CANOTILHO, J.J. Gomes, STRECK, Lenio Luiz, et tal. Comentários à Constituição do Brasil, 2ª Edição, São Paulo, Editora Saraiva Educação, 2018. Disponível em <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:629638>, Acesso aos 18 de dezembro de 2019.

DANTAS, Luís Rodolfo de Souza. Cláusulas Pétreas e Direitos Humanos – O núcleo jusfundamental da Constituição de 1988. Editora Edifício, 2016.

DANTAS, Luís Rodolfo de Souza. Artigo: Hermenêutica Constitucional e Transponibilidade das Cláusulas Pétreas. Disponível: <http://bugiosepapagaios.blogspot.com/2010/06/hermeneutica-constitucional.html?q=hermen%C3%AAutica+constitucional+e+transponibilidade>. Acesso em 04/11/2019.

PAVAN Baptista, Fernando, O Juiz-Legislator, Prisma Jurídico, núm. 1, 2002, pp. 27-52 Universidade Nove de Julho São Paulo, Brasil. Disponível em <https://www.redalyc.org/busquedaArticulo-Filtros.oa?q=o%20juiz%20legislador>. Acesso em 22/05/2020.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição como Reserva de Justiça. Lua Nova (online) n° 42, 1997, pp. 53-97. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64451997000300003&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em 10/06/2020.

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISCURSO DE ÓDIO CONTRA A COMUNIDADE LGBTQIA+

Louise Hermania de Oliveira Marques

INTRODUÇÃO

O exercício da sexualidade humana é um aspecto importante da sua existência, abarcando não apenas o ato sexual em si, mas a identidade, os papéis de gênero, orientação sexual, erotismo, prazer, intimidade e reprodução. Desta feita, destaca-se a relevância do estabelecimento dos Direitos Sexuais. Sua declaração oficial foi realizada em Valência no XII Congresso Mundial de Sexologia em 1997, sendo posteriormente aprovada entre 23 e 27 de agosto de 1999, no XV Congresso realizado na China pela Assembleia Geral da *World Association for Sexology*.

Para o estabelecimento dos direitos sexuais foi levado em consideração os direitos humanos já reconhecidos juridicamente, além dos princípios e noções retiradas de estudos científicos em torno da sexualidade humana e saúde sexual.

No Brasil, os direitos sexuais encontram seu amparo nos princípios constitucionais, qual seja, da dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade, respeito à diferença, razoabilidade, proporcionalidade, solidariedade e afetividade.

As noções que definiram a heterossexualidade como única e natural expressão da sexualidade humana abriram margem para a pro-

pagação de um discurso proselitista que busca converter a ela todos aqueles que vivenciam sua sexualidade de maneira distinta da heteronormatividade.

A liberdade de expressão é prevista na Constituição Federal em seu artigo 5º incisos IV, IX e XIV, e no caput do artigo 220, parágrafos 1º e 2º, sendo essencial para o Estado Democrático de Direito, haja vista que estabelece o debate livre e aberto entre os cidadãos relativos ao controle dos feitos estatais, da circulação de ideias e informações. Porém, a liberdade de expressão não é um direito absoluto e é passível de restrições.

O pensamento de ódio quando não externado não perturba a ordem, suas consequências jurídicas nascem quando esse pensamento transcende o plano das ideias e chega a ser divulgado. A difusão de ideias discriminatórias odiosas é uma das principais encarregadas pela perseguição da comunidade LGBTQIA+³⁸, implicando em sua exposição à violência física e psicológica.

A violência simbólica em razão da identidade de gênero e orientação sexual tem o objetivo de suprimir os direitos conferidos aos sujeitos com ataques preconceituosos e discriminatórios. A violência simbólica contra o comunidade LGBTQIA+ ficou popularmente conhecida como homofobia. A homofobia é entendida como a hostilidade desferida contra aqueles que sentem desejo ou tem práticas sexuais com indivíduos do mesmo sexo, ela rejeita todos que vivem em desacordo ao papel predeterminado para o seu sexo biológico.

O objetivo geral deste trabalho foi analisar os limites da liberdade de expressão e do discurso de ódio contra a comunidade LGBTQIA+. Advindo desse objetivo geral, temos como específicos: compreender a importância da liberdade de expressão, discutir o discurso de ódio bem como seus possíveis efeitos contra a comunidade LGBTQIA+.

O método utilizado na realização da pesquisa foi dedutivo e analítico. Foi realizada a pesquisa bibliográfica baseada em artigos científicos e doutrinas, juntamente da utilização de pesquisa docu-

38 LGBTQIA+ é uma sigla que abrange pessoas lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, queer, intersexo, assexuais, agênero, e todos os outros que vivenciam a vida de forma contrária a heteronormatividade.

mental, de acordo com o que prega a legislação brasileira para efetivar a compreensão dos direitos que norteiam o tema e sua aplicação em casos concretos.

1. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A liberdade de expressão percorreu um caminho árduo dentro dos Estados Democráticos Ocidentais, em razão de que no exercício do poder totalitarista se inibia a voz do povo como mecanismo de disciplina na institucionalização do medo que refletia no controle da população.

A inquietação popular e o desejo de se expressar livremente sem sofrer perseguições e sanções políticas fez com que surgissem grupos que lutassem pelo direito a liberdade de expressão.

A Constituição da República Federativa do Brasil instituída em 1988 veio a outorgar o status constitucional à liberdade de expressão como principal resposta à sociedade ao medo institucionalizado no Regime Militar ditatorial, por ter sido um período de total repreensão ideológica e perseguição política.

A liberdade de expressão é posta em nossa sociedade sob a roupagem de um direito fundamental expresso na Constituição Federal em seu artigo 5º incisos IV, IX e XIV, e no caput do artigo 220 e parágrafos 1º e 2º.

O artigo 5º assegura que todos são iguais perante a lei sem quaisquer distinções, ao tratar da liberdade de expressão em seu inciso IV positiva a livre manifestação do pensamento, vedando-se apenas o anonimato.

O inciso IX corrobora no sentido que é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, sua parte final a reafirma independentemente de censura ou licença.

Por fim, o inciso XIV garante o direito à informação e do sigilo da fonte jornalística.

O artigo 220 da CF em seu caput assegura que não sofrerão quaisquer restrições à manifestação do pensamento, criação, expressão e a informação, e ratifica no parágrafo 1º que nenhuma lei pode conter

dispositivo que possa trazer embaraço a plena liberdade de informação jornalística, além de ser vedar a censura de natureza política, ideológica e artística no parágrafo 2º.

A liberdade de expressão é um dos principais alicerces para a formação do estado democrático de direito, ao viabilizar o estabelecimento do debate livre e aberto entre os cidadãos relativos ao controle dos feitos estatais, além da circulação de ideias e informações que traduzam a manifestação de suas visões políticas e ideológicas com o objetivo de demarcarem o modelo de sociedade na qual querem construir para si e para a coletividade.

Sua conceituação pode ser dividida para melhor apreciação em dois eixos, o primeiro é atribuído à esfera individual de expressar ideias de cunho próprio, enquanto o segundo recai na esfera social de não só compartilhar, mas também de receber informações e ideias dos demais integrantes da sociedade.

Portanto, o dualismo de sua função torna a liberdade de expressão fundamental ao desenvolvimento da personalidade do indivíduo e essencial na construção de uma estrutura social democrática. Apresenta-se como ferramenta essencial ao exercício da cidadania na construção da identidade cultural de um povo ao abrir caminho a livre interação social no que reverbera nas questões culturais, econômicas, religiosas etc.

A garantia da liberdade de expressão é de ampla importância para que se estabeleça a dignidade do indivíduo, é por meio dela que se externa a expressão de desejos e convicções essenciais na trajetória da busca pela felicidade dos sujeitos.

Em razão do seu caráter essencial a liberdade de expressão foi positivada em diversos documentos jurídicos tanto em âmbito nacional, quanto internacional, achando-se resguardada nos Tratados, nas Declarações de Direitos Humanos e nas Constituições dos mais variados países³⁹.

39 Países como França, Alemanha e Estados Unidos da América. (Disponível em: <https://www.uniritter.edu.br/files/sepesq/arquivos_trabalhos/3612/1006/1154.pdf >. Acesso em: 30 ago. 2017).

1.1 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISCURSO DE ÓDIO

Roborado que a liberdade de expressão é garantida juridicamente, nos resta tecer informações referentes a esse direito e sua delimitação de cunho negativo, partindo da concepção que este não é um direito absoluto e é passível de restrições.

John Stuart (2002, p.46) atesta que quando uma manifestação é susceptível de construir uma iniciativa positiva capaz de realizar um ato dito como malicioso, perde ela a sua imunidade. O grande desafio do limite doutrinário a esse direito é tentar categorizar quais expressões podem ser abarcadas pela proteção à liberdade de expressão e quais outras não se enquadram.

Cabe ademais investigarmos se as manifestações odiosas devem ou não ser protegidas pela liberdade de expressão.

O ser mais politicamente incorreto do mundo sabe que há limites para a liberdade, segundo as leis de todos os países. Há limites para a liberdade de expressão, por exemplo. O Brasil tem a liberdade de expressão como uma cláusula fundamental da Constituição, mas eu não posso defender um crime. Não posso chegar numa crônica de jornal e dizer que considero a pedofilia a coisa mais natural do mundo e que todos deviam praticá-la. Isso é incitação ao crime e não tenho a liberdade de dizer isso, pois fere a ética e a lei (KARNAL, 2017, p. 56).

O pensamento de ódio quando não externado não perturba a ordem resguardada pelo âmbito jurídico, suas consequências jurídicas nascem quando aquele pensamento discriminatório sai do plano das ideias e vai parar em publicação de um meio de divulgação saindo da posição de vertente da liberdade de pensamento para sua expressão manifestada.

O discurso de ódio gera preocupação para o Direito por tratar-se de uma prática que objetiva posicionar um indivíduo de maneira desigual através de um discurso forjado na discriminação e no preconceito.

Na busca de um conceito operacional para o discurso do ódio (*hate speech*), observa-se que tal discurso apresenta como elemento central a expressão do pensamento que desqualifica, humilha e inferioriza indivíduos e grupos sociais. Esse discurso tem por objetivo propagar a discriminação desrespeitosa para com todo aquele que possa ser considerado “diferente”, quer em razão de sua etnia, sua opção sexual, sua condição econômica ou seu gênero, para promover a sua exclusão social (FREITAS; CASTRO, 2013, p. 344).

É um dano não divisível ainda que direcionado a desvalorizar um indivíduo determinado em particular, pois esse ataque acarreta consequências como a propagação da violência a todo o grupo social ao qual ele pertence configurando um dano totalmente difuso em sua abrangência.

Segundo Owen Fiss (2005, p. 47) o discurso de estímulo ao ódio volta-se a reduzir a auto-estima das vítimas, impossibilitando a sua total atuação em várias áreas da sociedade civil, incluindo o debate público, e ainda quando essas vítimas falam, falta autoridade às suas palavras.

A intenção do discurso de ódio é por sua vez amedrontar e excluir aquele que está em posição hierarquicamente inferior dentro daquele conflito tentando retirar a sua dignidade enquanto cidadão, com fulcro na imposição de uma latente assimetria entre o ofendido e o agressor.

Leandro Karnal (2017, p. 12) discute as funções incorporadas ao ódio, ele é um autoelogio ao colocar o indivíduo em uma zona de conforto, ampliando as diferenças entre os grupos servindo de ponto de união e de controle por ser gêmeo do medo, já que pessoas amedrontadas cedem facilmente sua liberdade de pensamento e ação. O ódio é uma interrupção do pensamento e uma irracionalidade paralisadora, pois pensar requer esforço, e odiar é fácil. Por fim o autor considera o ódio um traço do narcisismo infantil impetrado por nós no qual impõe ao mundo que concorde conosco e quando não o faz o consideramos errado.

2. O DISCURSO DE ÓDIO CONTRA A COMUNIDADE LGBTQIA+

O amor entre iguais, ao longo da história, foi encarada de diversas maneiras, sua assimilação ultrapassou a seara da vida íntima e passou a ser

objeto de discussão para os mais variados componentes da vida humana, como a religião, medicina e o direito. Partindo do processo de entendimento advindo de toda essa herança histórica, nos dias atuais nem sempre a forma de encarar o contato sexual entre pessoas do mesmo sexo se dá de maneira tranquila, sendo pauta de embates acalorados.

A difusão de ideias discriminatórias é hoje uma das principais responsáveis pela perseguição das minorias sexuais, que estão expostas ao perigo de tornarem-se vítimas de violência física e psicológica.

O discurso de ódio constitui, assim, também uma forma de violência contra as minorias em questão, pois reproduz o heterossexismo – uma ideologia alicerçada na hierarquia das sexualidades –, contribuindo de forma decisiva para aumento da hostilidade frente a gays, lésbicas, bissexuais, transexuais e travestis. Ademais, resulta na internalização de preconceitos e estereótipos por parte das próprias vítimas, trazendo uma série de consequências nefastas à sua autoestima. É esse discurso que, encontrando eco no âmbito de instituições como a família, a escola e a mídia, alimenta uma ordem social de exclusão e constrói a ideologia que se encontra por trás da permanente violação de direitos de indivíduos LGBT (OLIVA, 2014, p. 11).

O heterossexismo assume o papel da dimensão social da homofobia, que procura firmar posições hierarquicamente desiguais entre os grupos de indivíduos, utilizando como critérios para essa divisão a identidade de gênero e a orientação sexual.

O discurso de ódio homofóbico fere diretamente uma série de direitos fundamentais, a liberdade e a igualdade como também, a dignidade da pessoa humana.

Quando os direitos das minorias sexuais são atacados e questionados por uma manifestação expressa odiosa pode trazer consequências para além daquele momento, pondo em risco sua igualdade material no reconhecimento de identidades e o direito a não discriminação que lhe é atribuído e deve ser assegurado pelo Estado.

O Estado regula o discurso de incitação ao ódio, de acordo com Owen Fiss (2005, p.48), ele exerce meramente seu poder de polícia na

promoção de um fim público legítimo, o fim a calhar é uma concepção de democracia que exige que o discurso dos poderosos não soterre ou comprometa o discurso dos menos poderosos, segundo o autor a regulação estatal pode promover os direitos discursivos das mulheres, das minorias e dos pobres.

A propagação de um discurso discriminatório pode envolver problemas de aceitação pessoal e personalidade, sofrer perseguições faz com que o indivíduo passe a encarar sua orientação sexual como abominação acarretando desordens, ao passo que a boa comunicação da sua identidade e do próprio corpo com a sexualidade é necessária para uma boa saúde física e mental.

Além disso, o discurso de ódio dá força a preceitos para se cometer vários crimes de natureza penal, dentre eles estão os ataques violentos à integridade física, e até homicídios.

A violência contra esse segmento gera a exclusão e rejeição em várias searas da sociedade, a discriminação pode estar presente no mercado de trabalho, nas redes de ensino, na comunidade, ou no poder público diante da escassez de medidas que garantam a proteção e efetivação de seus direitos.

A sexualidade possui valor jurídico e social, e com base nos direitos fundamentais e constitucionais, seu direito confere ao indivíduo o poder de relacionar-se com quem bem entender de maneira segura e livre de discriminação, violência ou ameaças.

A exposição à alteridade propõe a inclinação de se posicionar no lugar do outro, passando a compreender as diferenças e a assimilá-las de acordo com o respeito mútuo. Reinaldo Fleuri, discutindo a questão da alteridade, afirma: “Trata-se do desafio de se respeitar as diferenças de integrá-las em uma unidade que não as anule, mas que ative o potencial criativo e vital da conexão entre diferentes agentes e entre seus respectivos contextos” (2003, p. 497).

A exclusão de um indivíduo em virtude de sua orientação sexual e identidade de gênero constroem preconceitos e discriminações sociais que o colocam em uma vida indigna completamente à margem do convívio social, retirando o seu direito à intimidade e privando-o à livre busca pela felicidade.

É impregnado em nossa cultura a ideia de que o conflito, a troca de convicções e percepções, precisa ser evitado, e quando entramos em choque com o outro na promoção de um debate esclarecido de ideias não conseguimos compreender que o exercício do diálogo pode produzir algum tipo de fruto, porque ainda partimos da noção de que o desgaste patrocinado pelo embate de ideias é mais nocivo do que o silêncio daquela relação.

Esse contato com a diversidade impulsiona a sair da zona de segurança, o que desencadeia um desconforto quando o indivíduo não se dispõe a abrir-se e respeitar um mundo além de seus valores e crenças. Por vezes, temos a indisposição em expandir nossos horizontes e aceitar aquilo que é diferente.

A consequência disso é que nossa sociedade deixa de amadurecer enquanto autor desse processo de aprendizagem que participamos ao entrar em contato com a alteridade, porque se o indivíduo não a promove passa a ficar sujeito a reproduzir o mesmo discurso, o mesmo modo de agir, os mesmos vícios e a mesma percepção equivocada que historicamente se consolidou.

Diante disso, Habermas aponta a necessidade de se estabelecer uma ética do discurso que condene a discriminação e ressalte a inclusão de cada marginalizado em particular. Para ele: “A ‘inclusão do outro’ significa que as fronteiras da comunidade estão abertas a todos – também e justamente àqueles que são estranhos um ao outro – e querem continuar sendo estranhos” (HABERMAS, 2007, p. 7-8).

O grande desafio que enfrentamos na construção das nossas relações é com a assertividade. É por meio de uma linguagem assertiva que conseguimos amadurecer o modo de ver o mundo e de se comportar perante outro. Acreditamos que enquanto for possível devemos optar por maneiras de driblar o confronto de nossas visões, pois nossa percepção é completamente viciada a respeito de que esse confronto é desgaste.

CONCLUSÃO

A liberdade de expressão é posta em nossa sociedade sob a roupagem de um direito fundamental expresso na Constituição Federal em

seu artigo 5º incisos IV, IX e XIV, e no caput do artigo 220 e parágrafos 1º e 2º.

Ela é um dos principais alicerces para a formação do Estado Democrático de Direito, ao viabilizar o estabelecimento do debate livre e aberto entre os cidadãos relativos ao controle dos feitos estatais, além da circulação de ideias e informações que traduzam a manifestação de suas visões políticas e ideológicas com o objetivo de demarcarem o modelo de sociedade na qual querem construir para si e para a coletividade.

A liberdade de expressão não é considerada um direito absoluto, quando ela colabora para que se produza um ato dito como malicioso torna-se passível de restrições perdendo sua imunidade.

O discurso e incitação ao ódio proferido contra a comunidade LGBTQIA+, objetiva excluir, amedrontar e usurpar direitos conferidos a esse grupo pelos Direitos Humanos, Direitos Sexuais e princípios constitucionais.

É inaceitável para o Direito que, por meio de um discurso proselitista ou do exercício da força, se queira convencer ao outro que a verdade que ele acredita e a maneira como escolheu vivenciar suas experiências, desde que dentro da legalidade, é errada.

Quando em nossa convivência nos fechamos a tolerar o outro admitimos a existência de uma só verdade, o ódio então passa a ser o meio para destilar as imposições contra aqueles que não estão em conformidade com aquilo que acreditamos.

É preciso trabalhar o contato com a alteridade, que é o contato com os diferentes, na construção de uma ética dialógica na perspectiva da inexistência de uma verdade única, que reflita na inclusão das minorias.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

FISS, Owen M. **A ironia da liberdade de expressão**: estado, regulação e diversidade na esfera pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

- FLEURI, Reinaldo Matias. **Intercultura e educação**. Revista Brasileira de Educação, Santa Catarina, n. 23, p. 16-35, 2003.
- FREITAS, Riva Sobrado de; CASTRO, Matheus Felipe de. **Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio**: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão. Revista Sequência-
-Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, v. 34, n.66, p. 328-355, 2013.
- HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do Outro**: estudos de teoria política. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2007.
- KARNAL, Leandro. **Todos contra todos**: o ódio nosso de cada dia. Rio de Janeiro: LeYa, 2017.
- Mill, John Stuart. **On liberty**. New York: Dove Publications, 2002.
- OLIVA, Thiago Dias. **O discurso de ódio contra as minorias sexuais e os limites da liberdade de expressão no Brasil**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

A TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL: UM OLHAR CONSTITUCIONAL

Caroline Pinto Daineze

INTRODUÇÃO

Desde a última década a contratação de serviços terceirizados é uma prática comum entre as empresas, no mais, carecia de legislação no Brasil. Para suprimir tal necessidade o Tribunal Superior do Trabalho compilou as jurisprudências aplicadas nos casos concretos no enunciado de Súmula nº 331. Esta preconizava a ilicitude da contratação de mão de obra terceirizada para realização da atividade-fim empresarial.

Com o advento da Lei nº 13.467/2017, comumente denominada de Reforma Trabalhista, regulamentou-se o tema de forma detalhada através do preenchimento das lacunas legislativas até então existentes.

Em desconforme com os dizeres da Súmula 331, a Reforma Trabalhista alterou a lei 6.019/74 para afastar a ilicitude da terceirização da atividade-fim; possibilitar o afastamento da isonomia salarial entre os trabalhadores empregados e trabalhadores terceirizados; e manter a responsabilidade subsidiária da empresa tomadora de serviços.

A permissão de terceirização da atividade-fim gerou objeção das empresas com os resultados dos processos julgados sob égide da Súmula 331. Diante deste descontentamento as empresas moveram diversos processos que tramitavam no Superior Tribunal Federal, gerou-se a precedência suficiente para análise do tema em repercussão geral pelo Superior Tribunal Federal enumerado em 725.

Em 30 de agosto de 2018 foi finalizado o julgamento do Recurso Extraordinário nº 958.252 e da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 324, no qual os ministros resolveram por corroborar com a nova legislação e consolidar jurisprudência constitucional, por fim, sobre a licitude da terceirização da atividade-fim.

Nos termos da decisão, os ministros evidenciam que a terceirização encontra validade nos princípios da livre iniciativa e livre concorrência. Ademais, que não existe relação entre a terceirização e precarização do trabalho, pois o empregado é suficientemente envolvido dos direitos devidos a ele pela prestadora de serviços. Relação que abrange os mesmos direitos e garantias justrabalthistas existentes em uma contratação direta, pois a lei se aplica a todos igualmente.

Todavia, alertaram os ministros que cabe ao poder público coibir o exercício abusivo de terceirizar. Uma vez que, os princípios constitucionais, além de motivarem a compatibilidade do instituto no ordenamento jurídico devem servir de limite para a prática de terceirizar.

Através do alerta da Suprema Corte brasileira torna-se fundamental o presente estudo para determinar a solução de algumas imprecisões que ainda remanescem, quais sejam, a atual permissão de terceirização ilimitada; e a incompatibilidade entre os princípios da isonomia e não discriminação e o modelo de terceirização interna.

Nos moldes que atualmente facultada pelas novas alterações à Lei nº 6.019/74, a contratação do modelo empresarial terceirizado nos interiores das dependências da tomadoras de serviços apresenta-se como fórmula aviltante ao princípio da isonomia e discriminação. Tendo em vista que, permite a percepção de salários divergentes entre empregado terceirizado e empregado efetivo ainda que se encontre em situação fática idêntica.

Parte-se da premissa de tal divergência, somada a situação mais visivelmente violadora de direitos apresentada pelo modelo de gestão de terceirização interna, na qual a empresa traz aos seus interiores os empregados terceirizados geridos pela prestadora de serviços. Uma vez que, a permissão legislativa de proventos salariais distintos entre pessoas que se encontram na mesma situação fática resulta em desconformidade constitucional do próprio instituto.

Tal desconformidade é assumida a partir do senso extraído da CF/88, que prevê a equidade entre as pessoas em situação iguais e sua violação compreende na precarização do trabalho bem como a proteção ao salário, entendido pela doutrina por compreender natureza alimentar e essencial a dignidade humana.

A partir da utilização do método dedutivo foi realizada análise bibliográfica pelo recolhimento de informações doutrinárias, jurisprudenciais e legislativas.

Primordialmente, o objetivo deste artigo é divulgar e ampliar o olhar constitucional sobre a terceirização interna, para além da dicotomia atividade-fim e atividade-meio. Com fins de haver solucionada, sob o viés constitucional, a premissa de precarização do trabalho através da percepção de salários divergentes entre trabalhadores terceirizados e efetivos.

O enfoque escolhido foi a análise da possibilidade de terceirização interna, com base na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Com vistas à decisão da Corte Superior que fomentou a utilização dos princípios constitucionais para a solução de conflitos advindos da terceirização.

A validade de todo e qualquer instituto existente no ordenamento jurídico deve ser extraída da Carta Magna brasileira. A adequação das demais fontes do Direito é requisito que determina validade jurídica. Portanto, caso não seja adequada não é válida.

Neste raciocínio o presente estudo visa compreender a inserção da terceirização no ordenamento jurídico e sua validade constitucional. Uma vez que a Constituição Federal é o patamar mínimo a ser defendido pelo operador do direito para efetiva proteção e valorização do trabalho humano, na eterna busca por justiça social.

No primeiro momento desta pesquisa são abordados os limites constitucionais a prática de terceirizar de modo geral. No intuito de responder as dúvidas sobre o status da proteção do empregado após a decisão da suprema corte e demonstrar aonde situa-se a terceirização na Constituição atualmente.

Posteriormente, parte-se a análise da terceirização interna debruçada sobre o princípio da isonomia e o princípio da não discriminação.

minação. Com vias de ser analisada a compatibilidade do modelo produtivo.

OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À TERCEIRIZAÇÃO

Sob à égide de um Estado Democrático de Direito todos os institutos devem respeitar os ditames e os limites preconizados nas normas, visto que, são pertencentes a um sistema jurídico.

Neste sentido, imprescindível se torna citar as palavras do Ministro Roberto Barroso, pois abrange todo o intuito analítico constitucional do presente artigo:

A ideia de estado democrático de direito, consagrada no art. 1º da constituição brasileira, é a síntese histórica de dois conceitos que são próximos, mas não se confundem: os de constitucionalismo e de democracia. constitucionalismo significa limitação do poder e supremacia da lei [...]. democracia, por sua vez, em aproximação sumária, traduz-se em soberania popular e governo da maioria. entre constitucionalismo e democracia podem surgir, eventualmente, pontos de tensão: a vontade da maioria pode ter de estancar diante de determinados conteúdos materiais, orgânicos ou processuais da constituição. em princípio, cabe à jurisdição constitucional efetuar esse controle e garantir que a deliberação majoritária observe o procedimento prescrito e não vulnere os consensos mínimos estabelecidos na constituição. (2015, p. 113)

O que leva a conclusão lógica de que, não obstante, a vontade da maioria perfeita através de leis criadas pelo poder legislativo deve estar submetida a supremacia da lei (Constituição), como método de limitação do poder. Caso tal lei (infraconstitucional) ou vontade da maioria, ultrapasse os valores mínimos perpetuados na Constituição, deverá o poder judiciário coibi-la através dos procedimentos pertinentes, como função própria de sua existência.

Na verdade, tal afirmativa advém da existência de um sistema jurídico, através do qual é possibilitada a coesão e harmonia entre as

normas e os princípios que à este pertencem (MENDES e BRANCO, 2015).

Portanto, a terceirização como fenômeno social e jurídico, deve ser, em sua teoria, bem como, em sua prática, harmônico com as demais normas e princípios sob pena do controle estatal através do poder judiciário.

A Constituição Federal do Brasil de 1988 é instrumento pelo qual o sistema jurídico brasileiro se perfaz como emanção da vontade do povo.

No mais alto escalão do sistema jurídico brasileiro se insere a Constituição. Neste ponto, salienta-se que, o ideal do Constitucionalismo tem como essência a limitação do poder e supremacia da lei através das normas e dos princípios.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (1993, p. 408-409) princípio constitucional é:

“por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. [...] Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos”.

Portanto, por meio da argumentação principiológica constitucional é possibilitada a reflexão para a melhor solução dos conflitos até mais árduos, como o da terceirização, justamente pela sua característica de abstração.

Frisa-se inclusive que, através da inteligência do acordão da tese em repercussão geral nº 725 foi persuadida a discussão principiológica constitucional em quaisquer níveis de jurisdição para a resolução dos conflitos trabalhistas nos casos que envolvem a terceirização⁴⁰.

40 [...]Para evitar tal exercício abusivo, os princípios que amparam a constitucionalidade da terceirização devem ser compatibilizados com as normas constitucionais de tutela do trabalhador. [...]

Dado o ensejo, o princípio da legalidade reflete tudo até então proposto, de modo que, com vistas de serem limitados os atos de poder do Estado puseram a sujeita-lo à lei que os legitima; e ao particular que tem sua liberdade limitada pelas normas constitucionais e pelas leis que dela advêm respeitando os limites impostos pela vontade do legislador constituinte (DELGADO e AMORIM, 2014).

Assim, as leis, como por exemplo a Lei 13.467/17, que tratou da terceirização, bem como a jurisprudência emanada pelo poder judiciário, devem, como decorrência do princípio da legalidade, além de subordinação quanto a seu conteúdo compatível com a Constituição Federal vigente, à esta, sua própria legitimidade.

A assertiva de não haver limitações à terceirização, data vênua, não merecem prosperar, não há num Estado democrático de direito, normas absolutas em si mesmas, visto que devem ser interpretadas mediante harmonização contextual em face da Constituição Federal. Neste sentido, ensinam Delgado e Amorim:

À luz dessa noção de sistema jurídico, a conclusão sobre a legalidade ou ilegalidade de uma conduta depende sempre de uma interpretação que a seu respeito apanhe o sentido conferido de forma coerente por todas as normas que lhe digam respeito. Além disso, no prisma positivista, a legalidade há que ser aferida no plano da validade de fundamento constitucional, em face da estrutura escalonada da ordem jurídica positiva (2014, p. 77).

A terceirização encontra sua validade constitucional, sua razão de ser no ordenamento jurídico no princípio do valor social da livre iniciativa, conforme é elucidado na ementa do acordão da Tese de Repercussão Geral nº 725, de Relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso:

1. A Constituição não impõe a adoção de um modelo de produção específico, não impede o desenvolvimento de estratégias empresariais flexíveis, tampouco veda a terceirização. [...]
2. A terceirização das atividades-meio ou das atividades-fim de uma empresa tem amparo nos princípios constitucionais da

livre iniciativa e da livre concorrência, que asseguram aos agentes econômicos a liberdade de formular estratégias negociais indutoras de maior eficiência econômica e competitividade (2018, p. 78)

Note-se que a expressão livre iniciativa é antecedida pelo termo “valor social”, portanto a hermenêutica que ao princípio de ser atribuída não diz respeito somente à liberdade.

Conforme esclarece Marcelo Lauar Leite (2013, p. 5) ao conceituar o princípio do valor social da livre iniciativa afirma que, “enquanto fundamento, pode-se considerar a livre iniciativa como causa, razão de ser da ordem econômica constitucional, ligando-se à sua finalidade – assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social – por meio dos princípios, os pontos de partida para a efetivação dos comandos da Constituição Econômica”.

Portanto, a liberdade não poderá ser exercida em inobservância ao princípio da justiça social. De modo que, mediante a junção destes paradigmas imbuídos de valores fundamentais de civilização mínima é possível esclarecer que a liberdade de empreender tem a finalidade social de assegurar a todos uma existência digna. A sua atribuição comunitária, ou social, advém da afirmativa de que as atividades empresariais não devem ser praticadas irrestritamente.

Neste sentido, corroboram Amorim e Delgado, ao tratarem da conceitualização do princípio da justiça social:

O conceito de justiça social traduz toda a ideia contemporânea que assegure e determine a existência de mecanismos jurídicos e administrativos voltados à concretização da dignidade da pessoa humana e à democratização da sociedade política e da sociedade civil, mediante estímulo a medidas de inclusão social (2014, p. 90).

Desta forma, a justiça social como um princípio envolvido de valores nacionais norteia o poder público a garantir ativamente a dignidade da pessoa humana como valor fundamental da República federativa do Brasil conforme previsão do art. 1º, III da CF.

Como princípio, a dignidade humana, floresce como justificativa moral tanto como razão de ser dos direitos fundamentais. Através da aceção do dever Estatal de prover o mínimo existencial aos cidadãos (aquilo que é digno aos seres humanos como o valor intrínseco da existência da pessoa), é possível auferir logicamente que a autonomia poderá ser objeto de limitação por motivos de sobreposição de valores sociais ou de interesse estatal (BARROSO, 2015).

Desta forma, entende-se que a partir do princípio da dignidade humana defloram os mais indispensáveis direitos fundamentais, como o direito à vida, à saúde, à igualdade, à liberdade, ao trabalho, a proteção de valores sociais, entre muitos outros previstos na Constituição Federal.

A Carta Magna brasileira protege o trabalhador com vistas de promover dignidade em todas as esferas da vida humana, não tão somente a liberdade e a integridade física e psíquica, mas inclusive para entender o ser humano como fim em si mesmo. De modo que o homem é sujeito que se posiciona em ambientes multiculturais nos âmbitos econômico e social com os demais indivíduos da sociedade, primordialmente, através do trabalho. Por isso é necessária à sua regulamentação pelo Direito do trabalho (DELGADO, 2017).

Para tanto o legislador constituinte atribuiu ao valor social do trabalho na ordem econômica como um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil⁴¹ e regulou o trabalho digno como um direito social comum a todos os brasileiros, associando-o à um núcleo fundamental à existência digna dos seres humanos⁴².

Assim firmada a dimensão-patamar econômico-social mínimo, que, caso inobservado restaria a existência humana, razão de ser do Estado, lesada e marginalizada, portanto, em desconforme a Carta Magna brasileira.

41 Art. 1º da CF/88 - 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: IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

42 Art. 6º da CF/88 - São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Caso a existência humana, razão de ser do Estado, seja lesada e marginalizada através da inobservância da dimensão-patamar econômico-social mínimo

Nessa perspectiva, durante o julgamento da tese 725 frisou o Ministro Luís Roberto Barroso que “os ganhos de eficiência proporcionados pela terceirização não podem decorrer do descumprimento de direitos ou da violação à dignidade do trabalhador”.

Naturalmente as decisões proferidas acerca da matéria deverão observar os patamares civilizatórios mínimos sob pena de incorrer em inconstitucionalidade.

PRINCÍPIO DA ISONOMIA E DA NÃO DISCRIMINAÇÃO APLICADOS AS RELAÇÕES DE TRABALHO TERCEIRIZADO – ISONOMIA REMUNERATÓRIA

Para os estudos sobre o princípio da isonomia e o da não discriminação, é dada primazia, mais precisamente, no que tange ao seu comportamento e importância na aplicação as relações trabalhistas terceirizadas.

Será testada a conformidade constitucional à luz do princípio da isonomia e da não discriminação sobre os casos em que há diferença salarial entre o empregado em regime de terceirização interna e o empregado diretamente contratado pela tomadora.

Sob a tutela do direito constitucional do trabalho encontra-se o trabalhador sob regime de terceirizado. No tocante à terceirização de serviços no Brasil aponta Delgado que:

É que se constata inegável a criação, pela fórmula terceirizante, de um padrão de contratação de força de trabalho sumamente inferior àquele que caracteriza o trabalhador submetido a contrato empregatício clássico. E esse contraponto de situações socioeconômicas e jurídicas não é tolerado pela ordem constitucional vigente no País. [...]

Insista-se que a fórmula terceirizante, caso não acompanhada do remédio jurídico da comunicação remuneratória, transfor-

ma-se em mero veículo de discriminação e aviltamento do valor da força de trabalho, rebaixando drasticamente o á modesto padrão civilizatório alcançado no mercado de trabalho do País. (2017, p. 543-544)

Neste sentido corrobora Márcio Túlio Viana (2009, p. 145), a terceirização interna implica em inferiorização do valor do trabalho, e por consequência da pessoa do trabalhador, visto que “quando interna, a terceirização divide em cada empresa os trabalhadores, opondo efetivos a terceirizados, estes se sentindo – não sem alguma razão – inferiores àqueles, e ameaçando veladamente o seu lugar”.

Dado o ensejo, cabe analisar de que modo as empresas são permitidas utilizar a terceirização. Para tanto o predisposto no art. 4º-C, §1º da Lei 6.019/74 assinala que, o “contratante e contratada poderão estabelecer, se assim entenderem, que os empregados da contratada farão jus a salário equivalente ao pago aos empregados da contratante, além de outros direitos não previstos neste artigo”.

Observa-se que o legislador brasileiro permitiu a desigualdade salarial entre indivíduos que, no mesmo ambiente de trabalho exerçam as mesmas tarefas nas mesmas condições. Ainda que sejam observáveis todos os outros requisitos legais para configuração do direito à equiparação salarial⁴³, lado à lado, pelo motivo de serem contratados por pessoas jurídicas diferentes, à traçar uma cortina jurídica “impermeável” e absoluta.

Em contrapartida o mesmo artigo entende que de fato existe a precarização do trabalho e violação da dignidade humana através da perpetração de desigualdade e discriminação e por este motivo determinou a implementação das garantias mínimas civilizatórias àqueles

43 Segundo Mauricio Godinho Delgado (2017, p. 926), “equiparação salarial é a figura jurídica mediante a qual se assegura ao trabalhador idêntico salário ao do colega perante o qual tenha exercido, simultaneamente, função idêntica, na mesma localidade, para o mesmo empregador. [...]. O instituto da equiparação está regulado pela CLT, por meio do art. 461. Está fundado na ideia do combate à discriminação. [...] São quatro requisitos, construídos pela comparação entre as situações empregatícias reais vivenciadas por equiparando e paradigma: identidade de função exercida; identidade de empregador, identidade de localidade de exercício das funções; simultaneidade de exercício”.

empregados em regime de terceirização. Ou seja, para o legislador, nestes casos, perceber diferentes salários não gera desigualdade, sequer, discriminação, por este motivo permitiu-a.

Ora, cabe então sob a problemática o olhar doutrinário a luz dos princípios da igualdade e à não discriminação. Neste intuito parte-se da concepção de que o paradigma igualitário social é previsto no art. 3º da Constituição Federal.

Artigo através do qual o legislador constituinte eleva-o como objetivo fundamental e inafastável da República Federativa do Brasil à promoção do “bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, atribuindo a sua inerente relação com o princípio norteador da dignidade da pessoa humana.

Não somente o fundamento da pátria, mas inclusive, princípio norteador dos atos do poder legislativo e judiciário. Com o advento da Constituição de 1988, as normas instituidoras de isonomia social se tornaram o principal mecanismo jurídico para afirmação da democracia através da implementação de justiça social, visível nas prerrogativas implementadas no art. 5º, caput, no qual o legislador constituinte firmou que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”.

Segundo o conceituado constitucionalista Celso Antônio Bandeira de Mello (1993, p. 12) o princípio da igualdade advém da própria vontade do povo que ao se submeter à um Estado, espera deste tratamento igual perante seus semelhantes, de modo que, “interdita tratamento desuniforme às pessoas. Sem embargo, consoante se observou, o próprio da lei, sua função precípua, reside exata e precisamente em dispensar tratamentos desiguais”.

No entanto, a Constituição não se limita somente à igualdade individual perante o Estado, mas lhe conferiu maior profundidade e palpabilidade ao preocupar-se em garantir diversos direitos considerados pela doutrina como advindos do princípio da não discriminação.

Sobre a importância do princípio antidiscriminatório nas relações jus trabalhistas sinaliza sabiamente Delgado:

O princípio da não discriminação seria, em consequência, a diretriz geral vedatória de tratamento diferenciado à pessoa em virtude de fator injustamente desqualificante.

É que, conforme visto, discriminação define-se como a conduta pela qual se nega a alguém, em função de fator injustamente desqualificante, tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta vivenciada. O referido princípio rejeita validade jurídica a essa conduta discriminatória. (2017, p. 903)

Neste sentido, pode ser observado nos enunciados do art. 7º, (incisos XXX, XXXI, XXXII, XXXIV) através do qual proíbe práticas discriminatórias, quais sejam: a) diferenças salariais, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; b) quaisquer discriminações no tocante a salário e critérios de admissão ao trabalhador portador de deficiência; c) distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos; d) igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.

Portanto, a Constituição de 1988, imbuída da finalidade de proteger e assegurar a efetividade da equidade impôs normas congruentes com todos os demais princípios dotadas de maior aplicabilidade proibindo distinção fundada em parâmetro razoável, funciona concretamente como instrumento de vedação à tratamento desigual por critério injustificado resultante em degradação moral da pessoa, não obstante o tratamento específico dado às relações de trabalho.

Ora, a desigualdade de tratamento pode ser observada em atos injustos, discriminações sem motivo justo e abusivas. Através das quais pode se observar a marginalização de indivíduos ou grupos através de distinções em circunstâncias absurdas restringindo injustamente o acesso as mesmas condições.

Desta forma, o princípio da igualdade, como direito fundamental vai além da limitação ao poder de jurisdição e de legislação do Estado, toma contornos práticos, promovendo a igualdade existencial entre as

peças possibilitando-as inserção social nas relações de trabalho, através de normas antidiscriminatórias.

Seu significado está a quem da abstração, são normas cogentes de aplicação imediata, quaisquer aplicações em desconsoante com as diretrizes constitucionais são passíveis de invalidação.

Para entender a congruência legislativa com o princípio da igualdade, nos casos em que a própria lei é discriminatória, esclarece Celso Antônio Bandeira de Melo que três critérios devem ser analisados:

[...] tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, in concreto, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles (1993, p. 21).

O que leva a conclusão lógica de que o legislador se encontra limitado a discriminar as pessoas ou grupos quando lhe for legitimamente cabível e racional, não obstante, haver fundamento nos valores constitucionalmente assegurados para o tratamento jurídico dado aos discriminados.

Frisa-se que a coesão mencionada deve ser atribuída entre o tratamento jurídico discriminatório e o traço mediante o qual se discrimina. Em exame ao caso proposto é possível auferir que o fator discriminatório reside em elemento jurídico, qual seja, a atribuição do status de “terceirizado”.

Nas palavras de Mello o traço mediante o qual se discrimina deve ser observável nelas mesmas, visto que “ é inadmissível, perante a isonomia, discriminar pessoas ou situações ou coisas (o que resulta, em última instância, na discriminação de pessoas) mediante traço diferencial que não seja nelas mesmas residentes. Por isso, são incabíveis regimes diferentes determinados em vista de fator alheio a elas; quer-se dizer: que não seja extraído delas mesmas”.

Com base nos esclarecimentos de Mello, ao analisar-se a situação de discriminação enfrentada pelo empregado em regime interno identifica-se injustiça, posto que o traço utilizado para discriminar é meramente advindo de status juridicamente atribuído (contratual). Em de consonância com os esclarecimentos do autor que frisa pelo fator discriminatório derivado da própria pessoa.

Não obstante, o requisito “harmonia entre os dizeres constitucionais e o resultado obtido” não foi alcançado. A divergente percepção salarial e marginalização do trabalhador terceirizado perante os demais efetivos, como resultado obtido da prática de discriminação, não encontra suporte Constitucional. Resta ausente a harmonia entre tal resultado propiciado pelo art. 4º-C da Lei nº 6.019/74 e o status Constitucional atribuído ao trabalho humano.

Neste ponto relaciona-se o Direito do Trabalho como forma jurídica e ativa de proteção ao trabalhador terceirizado, que o deixou à margem, contextualizado naturalmente em subordinação à empresa e ainda inferiorizado em relação aos seus colegas efetivos.

Importante salientar que, conforme frisou Barroso, durante o julgamento da APDF, que “os ganhos de eficiência proporcionados pela terceirização não podem decorrer do descumprimento de direitos ou da violação à dignidade do trabalhador”.

Através da inteligência do art. 4º-C, em sua totalidade, pode ser observar que o próprio legislador admitiu que a terceirização compromete a dignidade humana e o direito à igualdade e não discriminação dos empregados em regime de terceirização interna.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante muitos anos os juristas doutrinadores do Direito do Trabalho no Brasil, buscaram, através da pesquisa e da formação jurisprudencial, encontrar o liame entre a face ilegal e precária e a outra face a legal e positiva da terceirização. De maneira que permitisse a existência de legislações específicas sobre o assunto com afirmativa congruente. A tese que por muitos anos foi defendida e abraçada pela corte trabalhista caiu.

A insistente busca empresarial ansiosa por mais e mais lucro motiva a desigualdade social e desequilíbrio das instituições democráticas, o que suscita a relevância do Direito do Trabalho como forma de reafirmação da democracia.

Imbuídos do dever de solucionar o questionamento acerca da constitucionalidade do contrato de terceirização de atividades finalistas das empresas da ADPF nº 324 e do RE nº 958.252 acordaram que, na verdade, não é a terceirização que gera a precarização do trabalho, mas sim sua máscara abusiva, permitindo-a independente da especificidade do serviço prestado.

No entanto, ao fazê-lo os ministros levantaram a imprescindibilidade da análise principiológica com vistas de verificação do amparo constitucional aos fatos problemáticos apresentados ao poder judiciário.

Daí o ensejo ao entendimento composto nesta tese, ora o ordenamento jurídico, principalmente a constituição de 1988 é esparsa em mecanismos de proteção ao trabalhador, pois nesta encontram-se previstos os princípios fundamentais da República, bem como os princípios fundamentais sociais, com vistas à harmonia legislativa e melhor aplicação do princípio da legalidade como fundamento existencial do Estado.

Pautando-se na premissa de teste da constitucionalidade da aceitação salarial discriminatória pelo trabalhador terceirizado em regime interno em detrimento do trabalhador efetivo localizou-se nos ensinamentos do estimado jurista Celso Antônio Bandeira de Mello, que buscou em sua obra definir o ajuste constitucional permissivo do tratamento discriminatório entre pessoas na mesma situação fática, a resolução da problemática.

Conforme os ensinamentos do autor concluíram-se que o fator motivador da discriminação, deve coeso com o resultado jurídico firmado, resultado tal qual, necessariamente valorado e protegido pela Constituição.

Ora, se a Constituição Federal, afirma pela dignidade da pessoa humana e valorização do trabalho humano como fundamentos existenciais da República; pela justiça social; pela erradicação da pobreza a marginalização; redução das desigualdades sociais e regionais como objetivos fundamentais da República. Portanto o resultado produzido pela discriminação

minação salarial importa na violação ao princípio da isonomia e da não discriminação é evidentemente contrário a todos estes elucidados.

Nos moldes que atualmente é previsto na Lei nº 6.019/74, a terceirização não alcança o patamar mínimo fixado pela Constituição Federal, pois viola avidamente diversos de seus mandamentos quando permite a diferença salarial para os terceirizados internos.

Neste sentido, é possível afirmar que a terceirização brasileira é identificada como fórmula precarizante do trabalho humano, desvalorizado e desumano. Estar empregado em qualquer emprego não significa que seja o pleno emprego preconizado pela Constituição Federal.

Os Princípios do valor social do trabalho e do valor social livre iniciativa não são contrapostos entre si, pois fazem parte de um ordenamento jurídico único e devem entre si ser o instrumento de balanceamento da economia nacional.

Tal prática além de estabelecer desigualdade salarial desencadeia o processo de marginalização e empobrecimento das camadas mais vulneráveis da população. Uma vez que são estas aceitar regimes tão aviltantes de trabalho.

REFERÊNCIAS

ALVES, Giovanni. *O novo (e precário) mundo do trabalho – Reestruturação produtiva e crise do sindicalismo*. São Paulo: Ed. Boitempo, 2000

BARROSO, L. R. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 5º. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 22 fev. 2020.

. **Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 9 de agosto de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm> Acesso em: 22 fev. 2020.

_____. **Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974.** Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 4 de janeiro de 1974. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6019.htm> Acesso em: 22 fev. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Andamentos da ADPF 324.** Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4620584&fbclid=IwAR0RYwWYGDDhvMwzLP7Rfpt-4ngDv8tgHKG6N3bRIn0tEhHwQMHT1AaVI-Co>>. Acesso em: 22 fev. 2020.

_____. **Recurso Extraordinário (RE) 958.252.** Recte.(s) celulose nipo brasileira s/a - cenibra. Recdo.(a/s) ministério público do trabalho. Ministro Relator: Luiz Fux. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4952236>>. Acesso em: 3 de março de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Inteiro teor do voto do Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento da ADPF 324 e do RE 958.252.** Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/8/art20180823-04.pdf>> Acesso em: 3 de março de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Inteiro teor do voto do Ministro Marco Aurélio no julgamento da ADPF 324 e do RE 958.252.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF324eRE958.252VotodoMMA.pdf?fbclid=IwAR26KmEWdZSPLLkIoGPuHVV_9RY-f-y_vwH3_DcLrHBH6utzZl5wOXJuN27s> Acesso em: 3 de março de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Primeira sessão de julgamento da ADPF 324 e do RE 958.262:** realizada no dia 22 de agosto de 2018. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=1BwmFmAFGNc&t=68s>> . Acesso em: 3 de março de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Segunda sessão de julgamento da ADPF 324 e do RE 958.262:** realizada no dia 23

de agosto de 2018. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=3pF2ylEMA6I>>. Acesso em: 3 de março de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Terceira sessão de julgamento da ADPF 324 e do RE 958.262**: realizada no dia 29 de agosto de 2018. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=S8U5net8su0>> Acesso em: 3 de março de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Quarta sessão de julgamento da ADPF 324 e do RE 958.262**: realizada no dia 30 de agosto de 2018. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=YsspbT5YsOw&t=4593s>> Acesso em: 05 fev. 2020.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 331**. 2011. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM_M-331> . Acesso em: 3 de março de 2020.

DELGADO, G. N.; AMORIM, H. S. *Os limites constitucionais da terceirização*. 1º. ed. São Paulo: LTr, 2014.

DELGADO, M. G. *Curso de Direito do Trabalho*. 16º. ed. São Paulo: LTr, 2017.

LEITE, M. L. Descortinando um direito fundamental: notas sobre a livre iniciativa. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, 6, n. 2, 2013. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/download/5795/4613>>. Acesso em: 29 Março 2020.

MELLO, C. A. B. D. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. *Curso de Direito Constitucional*. 10º. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

VIANA, M. T. As várias faces da terceirização. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 54, p. 141-156, jan/jun 2009.

TENSÃO ENTRE LIBERDADE DE CULTO E LAICIDADE DO ESTADO: CONSIDERAÇÕES ACERCA DA PEC 99/2011

Yuri Rocha Lima dos Santos

Introdução

Ultimamente tem se intensificado os questionamentos acerca da laicidade do Estado. Sendo que, dentre tantas vertentes desse debate, uma será o foco do presente trabalho, que é a atuação política fundamentada tão somente em preceitos/dogmas religiosos e que são justificados por seus defensores com o princípio da liberdade de culto. No entanto, se o preceito/dogma de determinada religião se torna política de estado, haveria violação ao princípio da laicidade do Estado?

Para o questionamento supra, a primeira hipótese é que há conflito, real ou aparente, entre o princípio da laicidade do Estado e o da liberdade de culto. Para verificar tal hipótese é necessário proceder à conceituação e determinação da abrangência dos princípios envolvidos. Em segundo momento, se deve refletir sobre a existência de conflito real entre os princípios, havendo uma sobreposição entre estes, ou se o conflito é apenas aparente e os princípios podem ser acomodados e o amálgama dos princípios constitucionais ser preservado. Passa-se à aplicação de métodos hermenêuticos visando apresentar alternativas ao conflito principiológico ou demonstrar um caminho argumentativo para a coexistência entre os princípios aparentemente conflitantes.

O método acima descrito será utilizado para analisar a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) – 99/2011 que encerra em si, de forma mais emblemática, a tensão posta entre os princípios da laicidade estatal e liberdade de culto. A referida PEC, proposta pelo senador João Campos, pretende a inclusão do inciso X no art. 103 da CRFB de 1988 garantindo às organizações religiosas de âmbito nacional a possibilidade de propor Ação de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade de leis ou atos normativos que esteja supostamente em desacordo com a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB). A justificativa para tal proposta é baseada no respeito e proteção à liberdade de culto dos grupos religiosos, pretendendo garantir a estes o condão de questionar diretamente o Supremo Tribunal Federal sobre possíveis violações decorrentes do processo legislativo contra esses grupos.

Porém, a proposta suscita questionamentos quanto ao seu caráter de proteção ou violação da laicidade do Estado, haja vista que é focada na inclusão de organizações religiosas de âmbito nacional, excluindo os grupos e organizações religiosas minoritárias. Outra crítica pertinente diz respeito ao risco da atuação de determinados grupos religiosos atuarem norteados apenas por seus preceitos e dogmas religiosos, não visando a defesa de todas as práticas religiosas e realização dos princípios constitucionais. Caso esse panorama ocorresse, haveria assimetria na participação de todas as correntes religiosas na composição do Estado e, conseqüentemente, violação ao princípio da laicidade do Estado.

Para que se possa ter entendimento claro sobre a tensão entre laicidade do Estado e liberdade de culto é necessário que se delimite de forma precisa, na medida do possível, o conceito e alcance desses dois princípios constitucionais. Outro elemento importante para a compreensão dos valores envolvidos é a análise da laicidade e liberdade de culto no ordenamento jurídico, ou seja, como a legislação constitucional e infraconstitucional expressa esses princípios, ou mesmo como se depreende os princípios do ordenamento, a exemplo da laicidade do Estado que não é prevista de forma expressa na Constituição.

Tendo em mente a extensão dos princípios, bem como os conceitos minimamente condensados, é possível proceder à comprovação

da existência factual da colisão de princípios e não mera imprecisão na delimitação do âmbito de incidência dos princípios que é tratado pela doutrina como colisão aparente de princípios. Desse modo, proceder-se-á verificando se a demanda apresentada na PEC 99/2011 configura proteção do princípio da liberdade de culto ou se constitui um equívoco e violação à ordem constitucional. No caso em tela, há a alegação de que a garantia da prerrogativa de propor Ação de Inconstitucionalidade ou Ação Declaratória de Constitucionalidade aos grupos e organizações religiosas é justificável sob o âmbito do princípio da liberdade de culto.

Após se verificar a adequada correspondência entre o meio de concretização do princípio e o próprio, se procede à ponderação dos princípios em atrito buscando a mais ampla aplicação de ambos. No caso em análise, sendo identificada a correspondência entre a PEC 99/2011 e o princípio da liberdade de culto, se procede à harmonização da tensão entre o princípio da liberdade de culto e da laicidade do Estado, onde se busca “flexibilizar” um princípio na medida da preservação da incidência do outro no caso concreto. Outro meio de solução seria a delimitação do âmbito de aplicação do princípio por meio de lei ordinária, desde que obedecidas as previsões constitucionais referentes a tal medida, além da conservação do núcleo essencial do princípio, ou seja, manutenção das características que fazem com que o princípio seja ele mesmo e não outro. Tais hipótese e procedimentos serão verificados no decorrer da discussão onde se adensará as reflexões apontadas.

1- Conceitos e abrangência dos princípios.

A tensão entre liberdade de culto e laicidade do Estado não tem seu surgimento contemporaneamente, sendo na verdade uma das tensões basilares do Estado Moderno, de tal modo que seu conceito varia ao longo do tempo, sendo ainda hoje motivo de controvérsia e perplexidade. Apenas de posse de tais definições é que se pode desenvolver a temática da colisão específica entre o princípio da laicidade e o da liberdade de culto, sendo a conceituação o primeiro passo à delimitação do âmbito de proteção do princípio.

A liberdade de culto pode ser definida como espécie da liberdade ideológica e de pensamento, diferindo das mesmas em razão de se referir à relação positiva ou negativa entre o indivíduo e a religião. Sendo que possui manifestação interna, que seria a convicção particular de crença ou descrença em determinada religião e, manifestação externa que seria o direito de professar sua fé ou descrença perante terceiros, havendo relação explícita nesse caso entre a liberdade religiosa e outras liberdades, tal como a de expressão. (SOLANO, 2010, p. 40 e 41)

Complementando tal conceito:

De um lado, a liberdade religiosa é garantida pela abstenção do Estado. Em um regime democrático no qual a liberdade religiosa é garantida, o Estado não pode condicionar ou sancionar o cidadão por conta de sua crença. Isso inclui que o Estado não imponha normas religiosas por meio de normas ou políticas, por exemplo. De outro lado, o Estado tem o dever de garantir que todos possam exercer suas convicções livremente. (ZYLBERSZTSJN, 2013, p. 56)

Existe, desse modo, a necessidade de atuação positiva e negativa do Estado na garantia da liberdade religiosa, uma vez que não adotar nem repudiar nenhuma confissão, bem como tem o dever de garantir a coexistência dos diferentes credos, impedindo que um cerceie a liberdade do outro.

Tendo em vista o exposto, se adota no trabalho a concepção de que a liberdade de culto é o princípio que possui dimensão interno, que seria a garantia da liberdade de convicção religiosa do indivíduo. Há ainda uma dimensão externa, referente à livre manifestação religiosa perante terceiros, aliada à faculdade de livre organização, sem intervenção estatal. Sendo que este princípio é garantido pelo Estado no momento em que este não adota, formal e factualmente, confissão oficial e que garante a pluralidade religiosa.

É válido atentar para o fato de que a liberdade religiosa só existe em face da laicidade do Estado, pois, caso o Estado adote determinada religião como oficial e passe a impor os dogmas da mesma a todos os indivíduos, seguidores ou não da fé oficial, se tem a máxima violação da

liberdade religiosa. Do mesmo modo, caso o Estado não garanta o igual exercício da crença ou descrença das pessoas, permitindo a opressão de um grupo por outro, está, de modo indireto, favorecendo um em face do outro e sendo conivente com a violação da liberdade religiosa.

Tendo tais premissas em consideração, é possível definir laicidade como sendo a indiferença do Estado para com questões religiosas desde que adote medidas no sentido de garantir o livre exercício da liberdade de culto dos indivíduos. Solano vai mais além em sua análise e diferencia laicidade de laicismo, segundo este autor:

[...] el laicismo, caracterizado como se ha dicho por el menosprecio o una valoración rotundamente negativa de cualquier manifestación de orden religioso y, laicidad, que por el contrario no supone ninguna estimación sobre tales manifestaciones sino que tiene como punto de partida una indiferencia y una separación absoluta del Estado y las religiones [...]. (SOLANO, 2010, p. 181)

Nessa distinção, o pensador defende que laicismo seria a condenação de toda e qualquer influência religiosa, além da incitação do ateísmo ou agnosticismo, se caracterizando perseguição religiosa por parte do Estado. Laicidade sim, é a coexistência independente entre Estado e igreja, onde se busca inclusive a convivência harmônica entre os diversos grupos religiosos.

Delimitados estes dois pontos principais, é necessário que se proceda à determinação da presença desses princípios no direito brasileiro, possibilitando assim, um primeiro delinear do âmbito de proteção de cada um deles, quais são, laicidade e liberdade de culto. Posteriormente é que será possível analisar o conflito de forma a se avaliar a veracidade das alegações, bem como determinar a acomodação entre os princípios em tensão.

2- Laicidade e liberdade de culto no ordenamento brasileiro

Quando há a formação da Assembleia Constituinte para a feitura da Constituição de 1988 ocorre o surgimento da bancada evangélica,

onde os parlamentares se identificam como protestantes e assumem posicionamentos baseados na dogmática religiosa, sendo que tal fato, associado ao descrédito atribuído pelos demais parlamentares a essas questões, explica determinadas características da CRFB/88, tal como a menção a Deus no preâmbulo da Carta Magna (ZYLBERSZTSJN, 2013, p. 26). Tendo em vista esse contexto, é possível compreender a relevância e posição atribuída ao princípio da liberdade de culto, bem como da laicidade do Estado.

O primeiro artigo a tratar de forma explícita sobre a liberdade de culto na CRFB é o art. 5º, VI e VIII, que tratam respectivamente da inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, bem como da não discriminação em decorrência de orientação ideológica ou religiosa. No entanto, tais garantias são espécies da liberdade de opinião, uma vez que este princípio encerra em si mesmo a liberdade de pensamento e sua exteriorização (SILVA, 2005, p. 242). Desse modo, além da garantia da liberdade de crença, que seria a convicção íntima e subjetiva decorrente do pensamento, se protege a manifestação religiosa perante terceiros. Ainda no art. 5º, VIII (*in fine*) da CRFB, tem-se mostra do respeito à liberdade religiosa por parte do Estado, uma vez que se assegura a escusa de consciência que é o direito a não ser forçado pelo Estado a praticar determinado ato obrigatório a todos, desde que cumprida medida correspondente à obrigação original que é contrária à convicção, religiosa ou não, do indivíduo (SILVA, 2005, p. 243).

Já no art. 19, I⁴⁴ da CRFB de 1988, temos a separação entre Estado e igreja, onde o Estado se abstém de intervir nas organizações religiosas, garantindo a liberdade de manifestação das mesma dentro dos limites legais e éticos. A partir desse dispositivo se tem diversos desdobramentos, como, por exemplo, a não tributação das organizações religiosas sobre o argumento de que o Estado estaria obstaculizando o desenvolvimento da atividade religiosa. Em ressalva feita no dispositivo

44 BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988.

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I – Estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;

em questão se tem a possibilidade de que haja colaboração recíproca entre as duas instituições, Estado e igreja, desde que se objetive a satisfação do interesse público. Tal entendimento tem desdobramentos como, por exemplo, a parceria entre o Estado brasileiro e a Santa Sé para atuação conjunta na área educacional, ou da relação entre organizações religiosas em setores públicos como hospitais e outros.

No que tocante à laicidade do Estado brasileiro a situação é diversa, não existe disposição expressa que afirme o Estado como sendo laico. Atribui-se ao dispositivo supracitado, art. 19, I da CRFB/88, a manifestação normativa da laicidade, no entanto:

A adoção do sistema de separação- com ou sem cooperação- não significa necessariamente que um Estado é realmente laico. O contrário também é verdadeiro, e Estados que não adotam a separação oficial entre Estado e religião muitas vezes são mais laicos. Não se trata de separar o plano conceitual da prática. (ZYLBERSZTSJN, 2012, pág.: 40)

Desse modo, a separação entre Estado e religião, apesar de ser elemento indispensável à consolidação do Estado laico, não é suficiente por si só, dependendo a laicidade não propriamente de previsão legal que determine o Estado sem religião oficial, mas sim de um conjunto de elementos fáticos que converjam à preservação da pluralidade de credos, bem como a atuação estatal não baseada em dogmas religiosos e sim na soberania do interesse público.

Apesar da existência da previsão da separação entre Estado e igreja, existem disposições e passagens da CRFB de 1988 que suscitam discussão sobre a possível violação do princípio da laicidade. Um dos exemplos mais debatidos é a citação de “sob a proteção de Deus” no preâmbulo da CRFB. Há entendimento de que tal citação não constitui atentado contra a laicidade, uma vez que o preâmbulo possui caráter meramente hermenêutico e não normativo/cogente (SILVA JÚNIOR, 2010, p. 04).

A pesquisadora Joana Zylbersztsjn defende que “o papel dos símbolos e referências religiosas no espaço público, ainda que sem força normativa geram efeitos concretos na consolidação da religiosidade

neutra do Estado.” (ZYLBERSZTSJN, 2013, p. 33). Este último posicionamento é mais convincente, haja vista que a laicidade é construída paulatinamente a partir do contexto de neutralidade do Estado ante as manifestações religiosas.

Tendo em vista o exposto, é possível afirmar que tanto a laicidade quando a liberdade religiosa são princípios em constante evolução e modificação, devendo se objetivar permanentemente a consolidação plena dos mesmos. Para tanto, é necessário que se tenha noção do âmbito de incidência dos princípios, informação que proporciona a concretização do princípio abstrato, que por sua vez retroalimenta o âmbito de incidência, bem como a resolução de conflitos entre princípios na avaliação do caso concreto. Assim sendo, se pretende verificar no próximo tópico se há ou não colisão de fato entre o princípio da liberdade de culto alegado na PEC 99/2011 e o princípio do Estado laico.

3- Tensão entre princípios e possibilidades de solução

Como já debatido, a amplitude e abstração dos princípios fundamentais muitas vezes gera tensão acerca da incidência de mais de um princípio ao caso concreto. Há ainda outro fator agravante que seria a característica dos princípios serem “comandos de otimização. Enquanto comandos de otimização, princípios são normas que requerem que algo seja realizado na maior medida possível, das possibilidades fáticas e jurídicas.” (ALEXY, 2003, p. 05). Desse modo, um princípio não pode ser totalmente desconsiderado em prol daquele que se lhe opõe, mas devem reger a matéria ou caso de forma harmônica. Para tanto, é necessária a aplicação da ponderação para que se obtenha o maior grau de harmonização entre os princípios colidentes.

O processo de sopesamento dos princípios tensionados envolve diversas etapas e leis estabelecidas objetivamente para os casos. Segundo Alexy (2003, p. 06) o balanceamento é parte do princípio da proporcionalidade, tendo este que nortear toda a discussão no entorno da solução do conflito entre princípios. A proporcionalidade é subdividida em outros três princípios, que seriam: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade *stricto sensu*. O primeiro prevê que os meios empre-

gados para a solução da colisão que não favoreça nenhum princípio e, pelo contrário, prejudique ao menos um deles sem favorecimento do outro, não é considerado meio legítimo e adequado ao caso. Já a necessidade diz respeito à eleição do meio menos desfavorável a determinado princípio e igualmente adequado à realização do princípio a que se destina. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito estabelece que um princípio deve ser favorecido na medida do detrimento do outro, ou seja, corresponde à lei do balanceamento.

Já Farias (2008), defende metodologia peculiar para a resolução de colisões entre princípios fundamentais. O processo de resolução consiste em três etapas que seriam: delimitação da abrangência e proteção conferida por determinado princípio e se os direitos e pretensões envolvidos são fundamentados factualmente nos princípios alegados. A segunda etapa seria a harmonização dos princípios, ou seja, a determinação dos limites de avanço e retração de incidência dos princípios no caso concreto. Na sequência, se teria a decisão judicial.

Essas seriam as etapas do meio jurisprudencial de resolução da colisão segundo Farias, haja vista prever a existência da via legislativa para a resolução do conflito. A solução legislativa apontada por Farias consiste basicamente na restrição do âmbito de incidência de determinado princípio, por meio de ato normativo infraconstitucional, desde que obedecidas as previsões constitucionais para tal processo, bem como a conservação das características essenciais do princípio.

É perceptível que a proposta de resolução apresentada por Farias coincide com a lei do balanceamento de Alexy, porém, se adotará o método de resolução jurisprudencial do primeiro mesclado a conceitos e métodos do segundo. Faz-se necessário ressaltar que se procederá ao emprego da resolução jurisprudencial na análise da PEC 99/2011 com a finalidade de se fazer juízo de valor sobre a validade ou não dos objetivos pretendidos e da justificação apresentada. O método de resolução legislativa não será empregado em razão do caso em tela não ser litígio judicial e sim ato legislativo, fato que atribui maior complexidade à análise em razão das peculiaridades inerentes ao caso.

Adotando o procedimento determinado por Farias proceder-se-á à verificação da correspondência entre o meio alegado para a realiza-

ção do princípio da liberdade de culto, que no caso da PEC 99/2011 seria a inclusão das associações religiosas de âmbito nacional no rol dos legitimados a propor ações que questionam a constitucionalidade ou não de atos normativos. Esse momento é primordial na discussão, uma vez que determina haver de fato colisão de princípios ou simples colisão aparente, fruto da confusão conceitual. É esse o foco do tópico seguinte.

4- Verificação da existência de colisão de fato

A partir da leitura da PEC 99/2011 é perceptível certa imprecisão e inconsistência nos argumentos utilizados para justificá-la, sendo que o fragmento seguinte resume de forma satisfatória o cerne da argumentação dos proponentes da referida PEC:

[...] considerando que os agentes estatais no exercício de suas funções públicas, muitas vezes se arvoram em legislar ou expedir normas sobre assuntos que interferem direta ou indiretamente no sistema de liberdade religiosa ou de culto nucleado na Constituição, faz-se necessário garantir a todas as Associações Religiosas de caráter nacional o direito subjetivo de promoverem ações para o controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos, na defesa racional e tolerante dos direitos primordiais conferidos a todos os cidadãos indistintamente e coletivamente aos membros de um determinado segmento religioso, observados o caráter nacional de sua estrutura [grifo nosso].
(BRASIL, PEC 99/2011)

É alegado na PEC 99/2011 a necessidade de conceder às organizações religiosas a faculdade de propor Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) e Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADECON), visando a concretização do princípio da liberdade de culto. Porém, este meio é o mais adequado para a realização do fim pretendido? Para se obter essa resposta é necessário primeiramente caracterizar, na medida do possível, as ameaças alegadas à liberdade de culto. Deve-se atentar ao fato de que na própria justificação da PEC 99/2011 não é possível

dimensionar de forma precisa o que seriam os “assuntos que interfêrem direta ou indiretamente no sistema de liberdade religiosa ou de culto”, mas é possível levantar hipótese.

Menciona-se na justificativa que “agentes estatais” legislam sobre “assuntos que interferem direta ou indiretamente” na liberdade de culto de determinados grupos religiosos. Não há referência à adoção de determinada confissão pelo Estado em detrimento das demais religiões, nem mesmo o cerceamento da livre manifestação religiosa ante terceiros. Quanto à livre manifestação da convicção religiosa, é recorrente a citação da PLC 122⁴⁵ como cerceadora da liberdade de culto, porém, é necessário ressaltar que existem limites à liberdade religiosa, tal como a proteção dos direitos de terceiros (SOLANO, 2010, p. 84), desse modo, as religiões podem qualificar a homoafetividade como violadora de princípios religiosos, mas não podem obstaculizar avanços nos direitos civis da comunidade LGBTQIA+.

Outra característica da PEC 99/2011 que merece atenção é o fato de se destinar apenas às “associações religiosas de âmbito nacional”, excluindo, por conseguinte, as associações e organizações religiosas minoritárias ou regionais. É possível visualizar, nesse caso, um descompasso com o princípio da laicidade do Estado, posto que atribui prerrogativa a determinado grupo religioso sem assimetria às demais organizações de mesma natureza caracterizando favorecimento indireto de determinada religião em face de outra, fato que indica o desrespeito ao princípio da laicidade do Estado.

Pode haver quem defenda a concessão da prerrogativa de propor ADIN e ADECON a todas as associações religiosas, sejam majoritárias ou minoritárias. Porém, nos casos em que não houvesse consenso entre os grupos religiosos no que toca a matéria regulada por determinada norma, qual deles deveria ser considerado, uma vez que estão em pé de

45 O Projeto de Lei da Câmara nº 122/2006, proposto pela Dep. Federal Iara Bernardi, tinha por objetivo criminalizar a homofobia. Esse projeto não foi aprovado e sim arquivado. Durante o seu debate no Congresso ocorreram inúmeras manifestações contrárias ao tema como a presente nessa notícia Evangélicos protestam contra aborto e casamento gay. Congresso em foco. Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/evangelicos-protestam-contraborto-e-casamento-gay/>>.

igualdade? Por esses e outros caso, tal “solução” apenas geraria confusão no que toca a propositura de ações de controle de constitucionalidade. Sendo que o Congresso encerra em si o objetivo democrático de reunião de todas e todos em assembleia para elaboração das leis.

Por todo o exposto, é defensável a ideia de que a PEC 99/2011 não é meio legítimo à concretização do princípio da liberdade de culto, haja vista a proposta em questão violar esse princípio em dois momentos. O primeiro momento é quando se pretende propor a ADIN ou ADECON apenas com base em preceitos de religiões majoritárias, caracterizando intervenção indireta de determinado grupo na liberdade de culto dos demais. Em segundo lugar, se busca com a possível inclusão do inciso X no art. 103 da CRFB atribuir prerrogativa apenas a associações religiosas majoritárias implicando assimetria de direitos entre as organizações religiosas que devem ter tratamento igual, havendo clara violação da liberdade de culto, bem como à laicidade do Estado.

Desse modo, não há que se falar em colisão de princípios, e sim em contradição entre o meio de realização de um princípio constitucional e ele próprio. Torna-se inadequado o desenvolvimento das demais etapas de resolução do conflito de princípios, quais são, ponderação e formação de juízo de valor, tendo em vista que o caso em tela não se tratar propriamente de colisão aparente de princípios.

Conclusão

Buscou-se no presente artigo a análise da tensão entre liberdade de culto e laicidade do Estado, onde se analisa a conceituação dos princípios, se chegando à conclusão de que a liberdade de culto e a laicidade do Estado são princípios que se retroalimentam. Uma vez que o primeiro é composto por dois aspectos, um interno e outro externo. O primeiro diz respeito à liberdade de convicção e crença ou descrença. Já a segunda dimensão refere-se ao direito à livre manifestação do pensamento ante terceiros.

Em sequência analisa-se a presença e modo de manifestação dos referidos princípios no ordenamento jurídico brasileiro, focando com maior ênfase a observação da Constituição. Consta-se que o princí-

pio da liberdade de culto consta expressamente no texto constitucional, onde se garante a dupla dimensão da liberdade de culto, prevendo a não imposição de determinado ato que contrarie a convicção religiosa do indivíduo, expressão máxima da não intervenção do Estado na liberdade religiosa. Já a laicidade é princípio dedutível da interpretação sistêmica da Constituição onde se identificam os elementos constitutivos desse princípio, tal como a previsão da separação entre Estado e igreja.

Procede-se à compreensão da colisão de princípios, assim como dos métodos de resolução da mesma. Adotasse como parâmetro metodológico para a análise da tensão entre liberdade de culto e laicidade no caso da PEC 99/2011 a teoria de Farias (2008) e Alexy (2003), que preveem a existência de três etapas na solução jurisprudencial, que seria: delimitação do âmbito de proteção do princípio e determinação da correspondência entre princípio e meio, em seguida se teria o processo de ponderação e por último a decisão ou juízo de valor determinando em que medida determinado princípio cede ao avanço do outro sobre a matéria em análise.

Adotada a Proposta de Emenda Constitucional nº 99 de 2011 como parâmetro para a análise de fato tanto da colisão quanto da tensão entre liberdade de culto e laicidade do Estado, se procede à verificação da adequação entre meio e princípio. Nesse caso existe a alegação de ser necessária a atribuição da prerrogativa de propor ADIN e ADECON às associações religiosas de expressão nacional, sobre o argumento de garantir a liberdade de culto. Porém, na verificação da real correspondência entre o meio proposto e o fim alegado, se conclui que a PEC 99/2011 contraria o próprio princípio da liberdade de culto, uma vez que almeja atribuir faculdade específica apenas aos grupos majoritários, excluindo os demais. Em outro aspecto pretende, pode ensejar a contestação de validade das normas tendo por base preceitos religiosos que dizem respeito a determinado grupo religioso. Constata-se assim, a inadequação entre meio e princípio, inviabilizando a ponderação.

É importante ressaltar que para a concretização da liberdade de culto, assim como da laicidade do Estado, é necessário que todos os cidadãos se ponham alertas no que toca questões relacionadas a essa temática. A análise desenvolvida no trabalho serve para demonstrar que

medidas estatais fundamentadas sob o discurso de proteção a determinado princípio podem muitas vezes ir contra o próprio princípio a que se alega proteger.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade*. Ratio Juris [on-line]. Vol. 16, n. 2, junho de 2003.

BRASIL. *CRFB da República Federativa do Brasil de 1988*.

BRASIL. *Proposta de Emenda Constitucional nº 99 de 2011*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacaooidProposicao=524259>>. Acessado em: 23/06/2013.

Evangélicos protestam contra aborto e casamento gay. Congresso em foco. Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/evangelicos-protestam-contraborto-e-casamento-gay/>>. Acessado em: 15/07/2013.

FARIAS, Edilsom de. *Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e comunicação*. 3ª ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25ª ed., São Paulo: MALHEIROS EDITORES LTDA, 2005.

SILVA JUNIOR, Nilson Nunes da. *Liberdade de crença religiosa na Constituição de 1988*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 72, jan 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.phpn_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7101>. Acesso em jul 2013.

SOLANO, Victor Orozoco. *Laicidad y Libertad de Religión*. Costa Rica: Univesidad de Costa Rica, 2010. Disponível em: <<http://sitios.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/articulos%20y%20conferencias/Laicidad%20y%20Libertad%20de%20Religion.pdf>>. Acessado em: 08 de jul. De 2013.

ZYLBERSZTSJN, Joana. *O princípio da laicidade na CRFB de 1988*. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-11102012-111708/en.php>>. Acessado em 07 de julho de 2013.

INFLUÊNCIAS CONSTITUCIONAIS NAS ESCOLAS JURÍDICAS

Ricardo Patrick Alvarenga de Melo

Francesca Odetta Santos Ribeiro Cosenza

INTRODUÇÃO

É necessário, para a compreensão total do tema, captarmos o entendimento de 2 (dois) assuntos, quais sejam: os modelos jurídicos supracitados (*Common Law e Civil Law*) e o que vem a ser o controle de constitucionalidade, suas espécies (difuso e concentrado) e em que consiste a abstrativização do controle difuso.

Torna-se necessária a avaliação do exposto pelo fato do método de precedentes (característica dominante no *Common Law*) se mostrar como uma solução para o problema que o Brasil vem enfrentando de superlotação de processos no Poder Judiciário. Dessa forma, acredita-se que tendo uma manifestação da Suprema Corte em determinado sentido, casos parecidos não precisariam ser ajuizados, uma vez que a última instância de julgamento seria exatamente a Corte que se manifestou em tal sentido.

1. ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Fundamentalmente, a teoria da abstrativização do controle difuso traduz-se na hipótese do Plenário do STF declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo primário,

porém, mesmo que em âmbito de controle difuso, essa decisão terá os mesmos efeitos da decisão do controle concentrado, ou seja, com eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes.

Tendo como base os efeitos das decisões de cada arquétipo de controle de constitucionalidade, a tese da abstravização ou objetivação, portanto, dever ser interpretada como uma espécie de abstração do controle difuso, ligado normalmente a uma questão concreta no Brasil. Tal fenômeno o aproximaria do controle concentrado de normas. É uma tendência no sentido de se valorizar a jurisprudência e o sistema de precedentes, evitando assim, a multiplicação de processos com o mesmo tema nos Tribunais.

Os ensinamentos do Ministro Gilmar Mendes (2004), preconizam que a aproximação entre ambas as espécies de controle de constitucionalidade propicia uma verdadeira mutação no texto constitucional, pois o art. 52, X da CRFB/88 prevê a necessária participação do Senado na suspensão da lei declarada pelo STF em sede de controle difuso:

[...] possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica “reforma da constituição sem expressa modificação do texto”. (FERRAZ, 1986, p. 64 et seq., 102 et seq, 1991, p. 15-35; Hsu, 1998, p. 68 et seq).

Tal modulação de efeitos neste sentido ganhou relevância quando da discussão em Plenário do Supremo Tribunal Federal acerca da Reclamação Constitucional nº 4.335, ajuizada pela Defensoria Pública da União em face de decisão do Juiz de direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco, que indeferiu o pedido de progressão de regime em favor de condenados que teriam cometido crimes hediondos, contrariando assim, decisão da Suprema Corte no HC 82.959, que afastou a vedação à progressão de regime aos condenados

pela prática de crimes hediondos por considerar inconstitucional o art. 2º, §1º da lei nº 8.072/1990 (“Lei dos Crimes Hediondos”). O relator da Reclamação foi o Ministro Gilmar Mendes.

A decisão envolveu duas questões cruciais: I) A equiparação dos efeitos do controle difuso de constitucionalidade aos do controle concentrado seria resultado de um processo de mutação constitucional; II) A atribuição da eficácia erga omnes e efeito vinculante das decisões proferidas em âmbito controle difuso de constitucionalidade dispensaria a participação do Senado Federal.

Na decisão, o Ministro Gilmar Mendes se manifestou no sentido de que a fórmula relativa à suspensão de execução de lei pelo Senado visa meramente efeitos de publicidade, isto é, caso o Supremo, em sede de controle incidental, declarar definitivamente que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado apenas para que este publique a decisão no Diário do Congresso.

Em 21 de Março de 2014, o STF, por maioria, conheceu e julgou procedente a reclamação, vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, que não conheciam da reclamação, mas concediam habeas corpus de ofício.

Novamente o assunto passou a ser debatido em 2017, quando do julgamento das ADI’s de nº 3406 e nº 3470. O plenário do STF reafirmou a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei Federal 9.055/1995, que permitia a extração, industrialização, comercialização e a distribuição do uso do amianto na variedade crisotila no país. Esta inconstitucionalidade já havia sido declarada incidentalmente no julgamento da ADI 3937, porém, foi dado efeito *erga omnes* e vinculantes à decisão a partir do novo julgamento.

2.1 INSTRUMENTOS DE OBJETIVAÇÃO DAS DECISÕES

A Emenda Constitucional nº 45/2004, instituiu o §3º ao art. 102 da Constituição, cujo objeto se delimita a restringir o cabimento do recurso extraordinário, tornando como requisito a hipótese de repercussão geral das questões discutidas no caso concreto. A norma Constitucional Delegou à legislação as especificações do novo requisi-

to de admissibilidade, tendo a matéria sido regulamentada pela Lei nº 11.418/2006.

Esta regulamentação incluiu o art. 543-A no CPC/73, nos seguintes termos: Para o efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. O requisito encontra-se hoje previsto no art. 1.035, §1º do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015).

Com isto houve um corte significativo na competência do Supremo, o qual deixou de ser instância regular de julgamento para casos que comportem questão constitucional para, tão somente, admitir controvérsias cujo interesse discutido ultrapasse os interesses únicos da causa. Consequentemente, passou a ser ônus do recorrente demonstrar, preliminarmente, a existência da repercussão geral.

A repercussão geral como requisito de admissibilidade foi uma estratégia jurídica adotada visando controlar o número de ações que chegavam ao STF, o qual encontrava-se sobrecarregado à época da edição da medida.

Também é um instrumento a objetivar o direito, a consolidação do sistema de precedentes, que ganhou força com o Código de Processo Civil de 2015. São alguns exemplos de institutos que fortificam a ideia de respeito obrigatório a precedentes o Incidente de Assunção de Competência (IAC) e o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) no âmbito dos tribunais locais, sem prejuízo da atribuição da força vinculante dos entendimentos sumulados pelo STF e pelo STJ.

Em se tratando do Supremo Tribunal Federal, o marco passou a ser a imposição da autoridade do precedente com força vinculante aos demais juízos do país por decisão formada em controle difuso de constitucional. Sob a ótica do CPC/73, o decidido em um recurso extraordinário, não obstante à vigência da sistemática da repercussão geral, ainda não era formalmente obrigatório, posto que a lei apenas facultava aos tribunais locais a possibilidade de retratar-se, caso seu Acórdão desviasse do entendimento fixado pelo STF.

Toda a lógica do sistema estava voltada para a aplicação dos precedentes, tendo em vista que se algum Tribunal julgasse de forma diferente ao STF e desse julgamento, coubesse recurso ao próprio STF,

ele seria modificado. Inobstante, não tinha o legislador ainda confiado eficácia vinculante ao precedente, de modo que, nos termos da lei, não havia dever funcional de aplicação do entendimento pela corte inferior, aos moldes do que ocorria na chamada doutrina de “*stares decisis*”, muito comum nos países de *Common Law*.

Contudo, com o Novo Código de Processo Civil de 2015, o tema é tratado amplamente. Claramente é possível observar o esforço legal para que haja observância obrigatória das teses jurídicas firmadas em julgamento de recursos especiais e extraordinários.

Art. 927 – Os juízes e os tribunais observarão:

I – As decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II – Os enunciados de súmula vinculante;

III – Os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas em julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos;

IV – Os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V – A orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Consequentemente, sob esta dinâmica, todo precedente do STF passou a ter aplicação geral, e não apenas os formados em decisão do controle concentrado, na medida em que a tese positivada em lei se mostra vinculante para os demais juízes e tribunais do país.

O evidenciado acima sobre controle de constitucionalidade pode ser encontrado em diversas partes do ordenamento jurídico, dentre elas, em um dispositivo que por muito passa despercebido entre os operadores do direito:

Lei Federal nº 221 de 1894 – art. 13 – “Os juizes e tribunaes federaes processarão e julgarão as causas que se fundarem na le-

são de direitos individuais por actos ou decisão das autoridades administrativas da União”.

§10 – “Os juizes e tribunaes apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de applicar aos casos occurrentes as leis manifestamente inconstitucionaes e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição. ”

Por fim, destaca-se, também, como instrumento desta objetivação das decisões, a Súmula Vinculante, que não consiste simplesmente em um precedente, mas no Poder Judiciário exercendo sua função atípica de legislar, onde é fixado um entendimento pela Suprema Corte, o qual os Tribunais subordinados devem respeito.

2.2 SEMELHANÇA ENTRE A TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES E A DOCTRINA DO STARIS DECISIS

A teoria da transcendência dos motivos determinantes leva em consideração os elementos da sentença judicial “*ratio decidendi*” e “*obiter dictum*”. Este refere-se a comentários adjacentes, os quais não influenciam na decisão e aquele refere-se aos motivos que fundamentam a decisão, resultando no posicionamento final da sentença. Assim, conforme a referida teoria, a *ratio decidendi* passaria a vincular outros julgamentos.

Este fenômeno consiste essencialmente no reconhecimento da eficácia que transcende o caso singular, não se limitando à parte dispositiva da decisão, de forma que se aplique aos seus próprios fundamentos do julgado que o STF venha a proferir. Em outras palavras, os fundamentos da decisão do STF (*ratio decidendi*), em sede de controle concentrado deixam de ter efeitos apenas *inter partis* e não vinculantes para também vincular o Judiciário e a Administração Pública, tal qual as decisões do controle abstrato.

No sistema de *Common Law*, como já exposto, esta dinâmica chama-se *stare decisis*, que se traduz na premissa “*stare decisis et non quieta movere*”, ou seja, deixar quieto o que já foi decidido e não alterá-lo. A

expressão da sentido essencial ao *Common Law*, qual seja, que os precedentes são vinculantes.

Diante do exposto, percebe-se uma analogia da teoria da transcendência dos motivos determinantes no controle difuso com o holding, expressão análoga a *Ratio Decidendi* na Inglaterra. Esses princípios são normas retiradas de uma decisão de caso concreto que vinculam cortes ou juízos inferiores. Assim, as decisões do STF no controle difuso caminham para uma possível *stare decisis*.

2.3 GLOBALIZAÇÃO JUDICIAL COMO MOTIVOS DA APROXIMAÇÃO DOS SISTEMAS

A globalização significa “desterritorialização”, nos dizeres de Paulo Grossi, consequentemente, também quer significar a primazia da economia em detrimento da política. Para os juristas do regime romano-germânico, reflete-se na ruptura do monopólio e do rígido controle estatal do direito. As novas exigências jurídicas promovem novos instrumentos jurídicos, visando acompanhar o desenvolvimento da globalização.

Nesta atmosfera de formação de uma sociedade global, que compartilha interesses, comportamentos, necessidades e até mesmo institutos jurídicos, fica enfraquecida a ideia dicotômica dos dois sistemas, afinal, o direito legislado cresce muito no *Common Law*, ao passo que a jurisprudência se destaca nos países de *Civil Law*.

Outrossim, o movimento de convergência entre as famílias jurídicas tem se intensificado devido ao fenômeno da globalização, que promove a circulação de soluções propostas entre os sistemas. Nota-se, portanto, que a troca de informações entre os sistemas existentes é frequente, alpm de que, constitui uma tendência inevitável, qual seja, a que ambos enfrentam a mesma realidade, que tem como objetivo gerar previsibilidade e respeitar a isonomia, assim como informa o professor Marco Antonio da Costa Sabino:

A tendência moderna do direito judiciário aponta para uma aproximação entre eles, justamente para que no âmbito do common Law o direito escrito seja mais celebrado, enquanto

que, no campo do civil Law, os precedentes judiciais ocupem lugar de maior destaque (SABINO, 2010, p. 52).

Esta aproximação cada vez maior dos modelos jurídicos tende à formação de sistemas jurídicos híbridos, dotados de conceitos, valores e fundamentos adequados à nova realidade social. A principal característica deste acontecimento está relacionada à forma de interpretar e aplicar o direito, vez em que, nos países regidos pela civil Law é possível notar mudanças quanto à visão que se tem sobre o direito. Este não é mais visto somente baseado em seus códigos, abrindo espaço para discussões baseadas em casos concretos.

Da mesma maneira em que na tradição *Common Law* verifica-se o crescente aumento na produção legislativa, que aliado às novas formas de decisões judiciais, passa a operar com conceitos e fundamentos próprios do direito romano-germânico. A expressão “atenuação progressiva” é usada por Mancuso para caracterizar esta transformação judicial. De acordo com ele, os regimes que partiram de diferentes pontos da história do direito agora caminham na mesma direção, tendo em vista os objetivos compartilhados.

2.4 O PROCESSO DE “DESCODIFICAÇÃO” DA CIVIL LAW E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL INGLÊS: *RULES OF CIVIL PROCEDURE*

Na conjuntura *Civil Law* é possível perceber a perda da centralidade das codificações, fato atribuído à necessidade que a ordem jurídica demanda de se ajustar à evolução social. Se este aspecto for associado com a produção legislativa cada vez mais densa, porém, com menos qualidade, cria-se margem a interpretações, divergências e incertezas jurídicas, fato a ser combatido pelo judiciário, que pode vir a decidir diferente do principal sentido exposto na codificação, trazendo uma nova fonte estatal de obrigações.

A prática contradiz a utopia de que a lei é clara e precisa ser somente declarada, motivo pelo qual, mesmo na *Civil Law*, é necessário adequar uma norma ao caso concreto. Logo, a simples aplicação do texto legal se tornou um instrumento insuficiente para resolver todas

as controvérsias que eram levadas ao Judiciário e talvez nem a flexibilidade da Constituição e das leis pudesse suprir essa necessidade, pois se um dos Poderes (Legislativo) tivesse que lidar com isso sozinho, ficaria tão sobrecarregado quanto o judiciário, o que é prejudicial para o cidadão, visto que o parlamento é a representação e o contato mais direto do povo com o Estado.

Não se deve ignorar, no contexto da globalização, as alterações sofridas na *Common Law*. Embora o direito, neste contexto, tenha se desenvolvido essencialmente com base na jurisprudência, no século XX houve o fenômeno da *Statue Law*, na Inglaterra, pois o envolvimento com o ideal de Estado do Bem-Estar Social resultou na produção legislativa como forma de auferir igualdade e justiça a partir de pronunciamentos escritos vindos do Estado.

Em análise realizada sobre o novo processo civil inglês, Neil Andrews firmou o entendimento de que o direito está profundamente ligado às leis escritas nos dias atuais. Estas passaram a ser uma das principais fontes do direito processual civil. Entretanto, o direito inglês ainda é substancialmente formado com vinculação a precedentes, sendo muitas teorias contratuais puramente resultado de decisões judiciais.

O direito inglês, hoje em dia, está fortemente influenciado por leis escritas. Estes incluem o direito derivado (sobretudo normas codificadas). Os regulamentos europeus têm força igual à legislação primária. Quanto aos “Precedentes”, o *Common Law* é uma expressão frequentemente utilizada para designar o conjunto de decisões vinculantes (ANDREWS, 2009, p. 39).

O marco das transformações do direito inglês clássico ocorreu em 26 de abril de 1999, quando foi instituído o Código de Processo Civil inglês, denominado *Rules of Civil Procedure*, responsável pela organização sistemática do processo civil na Inglaterra. A disciplina encontrava-se fragmentada antes deste período, o que o torna uma grande inovação legislativa.

Outrossim, as *Civil Procedure Rules* surgiram no direito inglês com a finalidade de melhorar as condições processuais da justiça, tal como assegurar o seu acesso a toda população. Antônio Carlos Marcato expõe:

Por conta disso, nas *Civil Procedure Rules* foram adotados, com lastro nas sugestões apresentadas no relatório de Lord Woolf, os seguintes princípios que devem estar presentes em um sistema civil garantidor do acesso à justiça: (a) ser justo nos resultados que proporciona; (b) ser imparcial na forma de tratar os litigantes; (c) oferecer procedimentos apropriados a custos razoáveis; (d) lidar com os casos em velocidade razoável; (e) ser compreensível àqueles que o utilizam; (f) ser responsável com as necessidades daqueles que o utilizam; (g) fornecer tanta certeza quanto a natureza particular do caso possibilitar; e (h) ser efetivo: com recursos adequados e organizados (MARCATO, 2011, p. 24).

A instauração de uma lei processual visava reduzir os custos e combater a excessiva duração dos processos. Tendo em vista que a transformação inerente ao novo código dava aos juízes um poderio maior do que antes havia (*adversary system*), a figura do juízo modificou-se de um ente que apenas assistia para um ente que participava, sem prejuízo de sua imparcialidade. O ocorrido nas *Civil Procedure Rules* adorou, em parte, princípios e características originárias do sistema romano-germânico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Afinal, a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade e a sua admitida teoria da transcendência dos motivos determinantes descaracterizam o sistema de *Civil Law* no Brasil?

Tendo em vista a decisão torna-se de observância obrigatória, devido à atribuição dos efeitos do controle concentrado; Considerando que há outros mecanismos de igual observância, como as Súmulas Vinculantes; Considerando que a produção legislativa incentiva o respeito aos precedentes, porém levando não deixando de analisar que a fonte primária e essencial do direito é a lei e não a vinculação de casos antecedentes e que não há apenas a aproximação do *Civil Law* com o *Common Law*, mas também o inverso, a conclusão que se chega é que o sistema não é descaracterizado pela objetivação.

O resultado da pesquisa é no sentido de que o que ocorre é uma mera aproximação com o outro sistema, formando um sistema híbrido, mas que não perde sua essência, tanto como o outro não se descaracteriza por instrumentalizar princípios e instrumentos peculiares do sistema romano-germânico.

REFERÊNCIAS

- ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil**: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. Tradução por Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro – São Paulo, Saraiva, 2016**.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Uma novidade: o Código de Processo Civil inglês. **Revista de Processo: RePro**, São Paulo, n. 99, v. 25, jul/set 2000. p. 74-84.
- BARREIRO, A. Fernández; PARICIO, Javier. **Historia del derecho romano y su recepción europea**. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988**.
- BRASIL, Lei federal nº 221 de 1894. **Origem do controle de constitucionalidade difuso no direito brasileiro**.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabres Editor, 1993.
- CRETELLA JUNIOR, José. **Direito Romano Moderno**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

- CROCETTI, Priscila Soares; DRUMMOND, Paulo Henrique Dias. Formação Histórica, Aspectos do Desenvolvimento e Perspectivas de Convergência das Tradições de Common Law e de Civil Law. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **A Força dos Precedentes**: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. Salvador: Juspodium, 2010. p. 11-51.
- DAVID, René. **O direito inglês**. Tradução por Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre o direito**. Tradução por Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- GROSSI, Paolo. Globalização, Direito, Ciência Jurídica. Traduzido por Arno Dal Ri Júnior **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 10, n. 1, p. 153-176, jan./jun. 2009. Disponível em: <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/viewFile/442/191> Acesso em: 15 agosto 2011.
- KELSEN, HANS. **Teoria Pura do Direito, 1934**.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MARCATO, Antonio Carlos. **Algumas Considerações sobre a Crise da Justiça**. Disponível em: <http://www.marcatoadvogados.com.br/sdi/paginas/imagens/arquivo_66.pdf> Acesso em: 30 ago 2011.
- MARINONI, Luiz Guilherme. A Transformação do Civil Law e a Oportunidade de um Sistema Precedentalista para o Brasil. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, ano 57, n. 380, p. 45-50, junho 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARTINS DE ARAUJO, Luis Claudio. **A Jurisdição Constitucional no Sistema da Commonwealth: A Conformação de uma Nova Alternativa institucional à Supremacia Judicial**. RJLB – REVISTA JURÍDICA LUSO-BRASILEIRA, v. 4, p. 853-857, 2015.

MENDES, GILMAR. **Estado de Direito e Jurisdição Constitucional, Saraiva, 2011**.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Baron de La Brède et de. **O espírito das leis, 1748**.

PORTO, Sérgio Gilberto. Sobre a Common Law, Civil Law e o Precedente Judicial. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de Direito Processual Civil** – homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SABINO, Marco Antonio da Costa. O Precedente Judicial Vinculante e sua Força no Brasil. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 85, p. 51-72, abril 2010.

TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de civil law e de commonlaw. **Revista de Processo: RePro**, São Paulo, n. 110, v. 28, abr/jun 2003. p. 141-158.

TARUFFO, Michele. Icebergs do common law e civil law?: macro-comparação emicrocomparação processual e o problema da verificação da verdade. **Revista de Processo:RePro**, São Paulo, n. 181, v. 35, p. 167-172, março 2010.

TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. **Revista de Processo: RePro**, São Paulo, n.199, v. 36, p. 139-155, setembro 2011.

VIEIRA, Andréia Costa. **Civil Law e Common Law**: os dois grandes sistemas legais comparados. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito - Civil law e common law. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 57, n. 384, p.53-62, out, 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da Lei e de Precedentes: civil law e commonlaw. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 99, v. 893, p.33-45, março 2010.

A INFLUÊNCIA DAS MÍDIAS SOCIAIS NO SISTEMA DEMOCRÁTICO BRASILEIRO

Isabella Nogueira Freitas

1. INTRODUÇÃO

As mídias sociais estão ganhando cada vez mais espaço na vida das pessoas, especialmente na vida dos brasileiros, e os influenciando a tomarem decisões em consonância ao que lhes é apresentado por elas em todas as áreas de suas vidas, inclusive no tocante a escolha dos candidatos ao pleito eleitoral e ao exercício do voto.

Sabe-se que o voto é um importante – senão o mais importante – instrumento da democracia no Estado brasileiro, causando uma grande preocupação a possibilidade de os cidadãos não estarem de fato exercendo a sua vontade por meio do voto, sendo puramente influenciados por correntes sociais, métodos publicitários e até mesmo notícias falsas.

O tema possui relevância uma vez que tem se verificado um alto grau de notícias falsas sendo disseminadas nas mídias sociais durante o período eleitoral, assim como de os eleitores ao entrarem em contato com essas notícias as estarem tomando como verdades absolutas sem verificarem as fontes e desenvolverem um senso crítico sobre os fatos apresentados.

Nesse contexto, o presente artigo terá como escopo analisar os impactos que esse fenômeno das notícias falsas disseminadas nas mídias sociais causou nas eleições presidenciais de 2018 no Brasil e quais

consequências tem gerado na democracia brasileira, bem como se o Estado e o Direito têm empreendido esforços suficientes para impedir o seu prosseguimento.

O texto deste trabalho está organizado da seguinte forma: na seção 2 são apresentadas as concepções históricas da democracia no mundo e no Brasil, como esta disciplinada atualmente no ordenamento jurídico brasileiro, bem como os seus fundamentos e princípios.

Na seção 3, são mostradas as influências que as mídias sociais possuem na vida das pessoas quanto ao voto e quais foram os impactos na democracia nas eleições presidenciais de 2018, a seção 4 traz a maneira que a legislação brasileira tem tratado desse fenômeno e, por fim, a seção 5 encerra o artigo com as conclusões do trabalho.

O presente artigo busca trazer a resolução a tais questionamentos, utilizando de métodos expositivos como meio a se alcançar os objetivos pretendidos, baseando-se na pesquisa bibliográfica, documental, *ex-post facto*⁴⁶ e método hipotético-dedutivo.

2. O PROCESSO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO

A democracia teve como berço a Grécia Antiga, sendo a própria etimologia de sua denominação um termo grego, referindo-se a um poder emanado do povo e, nesse contexto, a vontade popular era materializada diretamente por meio de assembleias populares que ocorriam na *Ágora*, ou seja, nas praças, onde eram tomadas as decisões que interferiam na vida do povo.

O estado democrático moderno, por sua vez, nasceu no seio da burguesia com fins de enfraquecer o absolutismo monárquico que regia a política até a incidência das revoluções inglesa, americana e francesa conforme afirma Dalmo Dallari (1998, p. 54) “O Estado Democrático moderno nasceu das lutas contra o absolutismo, sobretudo através da afirmação dos direitos naturais da pessoa humana”.

Já no Brasil, a primeira constituição democrática foi promulgada pelo congresso constituinte em 1891, visto que a constituição anterior, outorgada no ano de 1824 por Dom Pedro I, não se tratou

46 Tradução: A partir do fato passado.

da instituição de um Estado democrático, mas sim de um Estado monárquico.

Após a promulgação da constituição de 1891, o Estado brasileiro passou por várias conjunturas políticas em que novas constituições foram outorgadas e promulgadas, sendo que em 1969 foi outorgada uma nova constituição pelo regime militar em razão da emenda constitucional n.º. 1, de 17 de outubro de 1969.

Diante disso, a atual constituição de 1988, a qual foi promulgada pela assembléia nacional constituinte, apresentou-se como uma constituição que trouxe a redemocratização ao país, pois instituiu a forma de governo republicana, a forma de Estado federativa e o sistema de governo presidencialista com características de Estado Democrático de Direito.

Para que a democracia seja de fato efetivada e o povo possa participar das decisões estatais, é necessário que esta se realize de maneira direta, indireta ou semi direta segundo José Afonso da Silva (2005, p. 137), sendo essas as características de cada uma:

Democracia direta é aquela em que o povo exerce, por si, os poderes governamentais, fazendo leis, administrando e julgando; constitui reminiscência história.

Democracia indireta, chamada democracia representativa, é aquela na qual o povo, fonte primária do poder, não podendo dirigir os negócios do Estado diretamente, em face da extensão territorial, da densidade demográfica e da complexidade dos problemas sociais, outorga as funções de governo aos seus representantes, que elege periodicamente.

Democracia semidireta é, na verdade, democracia representativa com alguns institutos de participação direta do povo nas funções de governo, institutos que, entre outros, integram a democracia participativa. (grifo do autor)

No Brasil, a democracia se aplica de maneira semidireta, uma vez que logo em seu primeiro artigo, a Constituição Federal de 1988 prevê que o povo exerce o seu poder por meio de representantes elei-

tos ou diretamente, sendo que os representantes do povo são eleitos por meio do sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos.

O povo brasileiro também pode exercer a democracia de forma direta por meio dos institutos do plebiscito e referendo, os quais são consultas formuladas ao povo para que delibere sobre matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa conforme disciplinado no artigo 2º da Lei 9.709, de 18 de novembro de 1998.

Ainda, pode-se exercer por meio da iniciativa popular, que se trata da apresentação de projeto de lei à Câmara dos Deputados, subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles nos termos do artigo 13 da mesma Lei.

2.1. Fundamentos do sistema democrático

Veja-se que o Brasil adotou o sistema democrático, no entanto, a previsão de um sistema democrático no corpo do texto constitucional não significa que um país esteja de fato conduzindo o seu sistema político em consonância com os fundamentos e objetivos da democracia, os quais abrangem não apenas uma previsão formal, mas sim uma efetiva participação do povo na vida Estatal.

Do mesmo modo, apenas ter um parlamento eleito pelo povo não efetiva a democracia como já alertava Jean-Jacques Rousseau (1996, p. 114) “o povo inglês acredita ser livre mas se engana redondamente; só o é durante a eleição dos membros do parlamento; uma vez eleitos estes, ele volta a ser escravo, não é mais nada”.

Segundo Dalmo Dallari (1998, p. 56), há princípios que devem nortear o Estado democrático, sendo eles: a supremacia da vontade popular, a qual diz respeito a participação popular no governo; a preservação da liberdade, relacionada a liberdade em tudo o que não incomodar o próximo, bem como a livre disposição pessoal e dos bens; e, a igualdade de direitos, entendida como a proibição de distinções ou discriminações.

No mesmo sentido, ao discorrer sobre o Estado democrático de Direito, José Afonso da Silva (1988) também pontuou que a democracia possui objetivos que abrangem muito mais que apenas o fato de os governantes serem eleitos por meio do voto dos cidadãos conforme pode ser observado:

A democracia que o Estado democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3, II), em que o poder emana do povo, deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por seus representantes eleitos (art. 1, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo pluralista, porque respeita a pluralidade de idéias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes na sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício.

Por isso, verifica-se que o sistema democrático, o qual possui vastos fundamentos e objetivos, necessita que o próprio Estado crie meios para que possa ser efetivado em sua plenitude, não se restringindo apenas em prever que os governantes sejam eleitos pelo povo, mas também criando mecanismos para que o povo de fato externar sua verdadeira vontade por meio do voto, garantindo a pluralidade de ideias e o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes.

3. A INFLUÊNCIA DAS MÍDIAS SOCIAIS NO EXERCÍCIO DO VOTO

Émile Durkheim (2007, p. 4), já afirmava que o indivíduo não é um ser perfeitamente autônomo que depende apenas de si mesmo,

uma vez que a maior parte de nossas idéias e tendências não são elaboradas por nós, mas são de procedência externa, penetrando em nós de forma impositiva.

Ainda, afirmava que haviam fatos que possuíam a mesma objetividade e ascendência sobre o indivíduo que as suas crenças e as práticas constituídas, sendo esses fatos chamados de correntes sociais, definidos desse modo pelo sociólogo:

É o que chamamos de correntes sociais. Assim, numa assembleia, os grandes movimentos de entusiasmo ou de devoção que se produzem não têm por lugar de origem nenhuma consciência particular. Eles nos vêm, a cada um de nós, de fora e são capazes de nos arrebatam contra a nossa vontade. Certamente pode ocorrer que, entregando-me a eles sem reserva, eu não sinta a pressão que exercem sobre mim. Mas se ela se acusa tão logo procuro lutar contra eles. Que um indivíduo tente se opor a uma dessas manifestações coletivas: os sentimentos que ele nega se voltarão contra ele. Ora, se essa força de coerção externa se afirma com tal nitidez nos casos de resistência, é porque ela existe, ainda que inconscientemente, nos casos contrários. Somos então vítimas de uma ilusão que nos faz crer que elaboramos, nós mesmos, o que se impôs a nós de fora.

Esses fatos ocorrem constantemente nas mídias sociais, as quais possuem um significativo papel na vida das pessoas e, especialmente na vida dos brasileiros, uma vez que uma pesquisa divulgada pela empresa GlobalWebIndex constatou que o Brasil esteve em segundo no ranking de países onde as pessoas passaram mais tempo nas redes sociais no ano de 2019.

Segundo a mesma pesquisa, o tempo médio gasto pelos brasileiros com as mídias sociais é de 225 minutos por dia, ficando muito acima da média mundial que é de utilização das mídias sociais por cerca de 150 minutos por dia. Esses índices geram preocupações quando relacionados com os resultados de estudo de pesquisadores da Universidade de Michigan (EUA) quanto as redes sociais:

Nossos resultados demonstram que um uso mais severo de sites de redes sociais é associado com maior deficiência na tomada de decisões. Em particular, nossos resultados indicam que usuários em excesso de sites de redes sociais podem tomar decisões mais arriscadas.

Verifica-se que as correntes sociais podem ser propagadas com uma maior rapidez dentro mídias sociais, pois vê-se constantemente nesse meio movimentos de entusiasmos ou devoção que na maioria das vezes não possuem nenhuma consciência particular atingindo uma larga escala de usuários em um curto período de tempo.

Assim sendo, os grupos políticos ou com interesses econômicos na política sabendo sobre a grande participação das mídias sociais na vida dos brasileiros e o seu auto potencial de gerar as correntes sociais também utilizam desse instrumento para influenciar o voto dos cidadãos como já observava o economista Joseph A. Shumpter (1961):

Em segundo, contudo, quanto mais débil o elemento lógico nos processos da mentalidade coletiva e mais completa a ausência de crítica racional e de influência racionalizadora da experiência e responsabilidade pessoal, maiores serão as oportunidades de um grupo que queira explorá-las. Tais grupos podem consistir de políticos profissionais, expoentes de interesses econômicos, idealistas de uni tipo ou outro, ou de pessoas simplesmente interessadas em montar e dirigir espetáculos políticos.

Dito isto, conclui-se que ao fazer demasiadamente o uso das redes sociais, os brasileiros são mais vulneráveis a desenvolverem deficiências nas tomadas de decisões e de serem influenciados por métodos publicitários ou pelas correntes sociais acerca de todas as áreas de suas vidas, especialmente quanto ao voto onde há grandes interesses econômicos por grupos da sociedade.

3.1. Os malefícios das notícias falsas no exercício do voto e do sistema democrático brasileiro

Não bastasse o alto poder de influência por métodos publicitários e de correntes sociais que podem ser gerados nas mídias sociais, acu-

mula-se o fato de que são um espaço onde há propagação em larga escala de notícias falsas sobre os candidatos ao pleito eleitoral como ocorreu nas eleições presidenciais no Brasil no ano de 2018.

Segundo pesquisa conduzida pelo instituto IDEIA Big Data, 98,21% dos eleitores do atual presidente eleito no Brasil entrevistados foram expostos a uma ou mais notícias falsas e 89,77% acreditaram que essas eram embasadas em verdade. Em vista disso, a Organização dos Estados Unidos (OEA) afirmou que o fenômeno observado no Brasil de uso massivo de fake news para manipular o voto por meio de redes privadas “talvez não tenha precedentes.”

Acredita-se que uma das principais fontes de disseminação de notícias falsas foi o WhatsApp, uma vez que o aplicativo possui 120 mil usuários mensais no Brasil, sendo o segundo país do mundo onde possui maior popularidade segundo o relatório do Global Messaging Apps 2019, que analisa o setor de aplicativos de mensagens no mundo.

Como o aplicativo do WhatsApp dispõe da possibilidade de criação de listas de transmissão com até 256 destinatários por usuário, 9.999 grupos por uma mesma conta, e a utilidade de enviar mensagens a quaisquer números, até mesmo aqueles que não estão salvos na agenda do telefone e possuir caráter privado, pode ter facilitado a propagação em massa das notícias falsas no período eleitoral.

No entanto, essa disseminação causa uma extrema ameaça a democracia, pois já afirmava Joseph A. Shumpeter (1961) que uma mera afirmação ao ser repetida constantemente ganha mais destaque do que o argumento racional, e utilizar desse meio para ludibriar os eleitores é extremamente antidemocrático conforme alertava o economista:

“Forçar o povo a aceitar alguma coisa que se acredita boa e gloriosa, mas que ele não quer realmente (embora se possa esperar que gostará depois de conhecer os resultados), constitui o próprio sinal revelador da crença antidemocrática. Caberá ao casuísta decidir se é possível fazer uma exceção para os atos não-democráticos que são perpetrados com o objetivo expresso de concretizar a verdadeira democracia, contanto que sejam os únicos meios para esse fim.”

4. A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E AS NOTÍCIAS FALSAS NAS MÍDIAS SOCIAIS

A Lei número 12.965 de 23 de abril de 2014 regulamenta o uso da internet no Brasil, sendo conhecida como o Marco Civil da Internet, e dispõe em seu artigo 2º que o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais são um dos fundamentos do uso da internet no Brasil.

Apesar de o Marco Civil da Internet não ter disciplinado especificamente acerca da propagação de notícias falsas na internet em período eleitoral, percebe-se que o legislador preocupa-se com que os meios digitais não venham ser utilizados de maneira que suprima nos usuários a sua personalidade e o exercício de sua cidadania.

O Código Eleitoral, Lei número 4.737 de 15 de julho de 1965, traz a tipificação de crimes que podem ocorrer durante o período eleitoral e as suas respectivas sanções, estando entre eles os de caluniar, difamar e injuriar alguém na propaganda eleitoral, ou visando a fins de propaganda, sendo que possuem aumento de pena quando cometidos na presença de várias pessoas, ou por meio que facilite a divulgação da ofensa.

No entanto, ambas as tipificações já se encontravam presentes no ordenamento jurídico brasileiro durante o período eleitoral no ano de 2018 e se mostraram ineficientes para combater os altos índices de propagação de notícias falsas como já demonstrado por pesquisas.

Sabendo da prejudicialidade que as notícias falsas podem gerar em uma eleição e com fins de evitar o fenômeno das notícias falsas, o Governo Federal promulgou a Lei número 13.849 de 25 de junho de 2019 que introduziu ao Código Eleitoral o artigo 326-A com a seguinte redação:

Art. 326-A. Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, de investigação administrativa, de inquérito civil ou ação de improbidade administrativa, atribuindo a alguém a prática de crime ou ato infracional de que o sabe inocente, com finalidade eleitoral:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 1º A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se serve do anonimato ou de nome suposto.

§ 2º A pena é diminuída de metade, se a imputação é de prática de contravenção.

§ 3º Incorrerá nas mesmas penas deste artigo quem, comprovadamente ciente da inocência do denunciado e com finalidade eleitoral, divulga ou propala, por qualquer meio ou forma, o ato ou fato que lhe foi falsamente atribuído.

Apesar de o artigo supracitado trazer em sua redação uma pena mais gravosa em relação aos crimes de caluniar, difamar e injuriar previstos no mesmo Código, percebe-se que não é medida suficiente para inibir a extensão do dano que as notícias falsas podem causar ao sistema democrático brasileiro e a sociedade como um todo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em vista do que foi dito, conclui-se que o Brasil possui o Sistema Democrático de Direito previsto em sua Constituição Federal de 1988, tendo o voto como principal meio de a população exercer a sua cidadania nas questões estatais, pois se trata do exercício em que os cidadãos elegem os seus representantes com fins de que venham exercer um mandato legislativo.

No entanto, o exercício do voto não é o único requisito caracterizador da democracia, uma vez que ela possui fundamentos e objetivos muito mais abrangentes que trazem garantias a toda a população como a supremacia da vontade popular, a preservação da liberdade e a igualdade de direitos a todos, sendo certo que cabe ao próprio Estado criar mecanismos para que ela venha se concretizar.

Ocorre que nem sequer o principal meio de concretização da cidadania que é o exercício do voto tem se realizado em sua plenitude no Brasil, uma vez que os cidadãos não o tem externando a sua vontade livremente, pois são constantemente bombardeados por correntes sociais e notícias falsas acerca dos candidatos ao pleito eleitoral nas mídias sociais e acabam sendo enganados em sua escolha.

Portanto, verifica-se que a democracia brasileira sofre uma eminente crise ao não mais ser um governo exercido pelo povo como foi projetado para ser e que a vontade popular não é concretizada, uma vez que o povo não tem passado de mero instrumento para que grupos políticos com interesses econômicos viessem atingir as suas finalidades através da política e do governo.

Assim sendo, resta claro que a legislação existente não foi suficiente para impedir o fenômeno de disseminação de notícias falsas nas eleições brasileiras de 2018 e apesar de se perceber um avanço na legislação introduzida no ano de 2019, não é medida suficiente a ser tomada diante do quanto afeta o sistema democrático.

Em vista disso, cabe ao Estado fomentar a conscientização na população brasileira acerca da necessidade de desenvolvimento de um senso crítico ao receber as informações por meio de discussões sobre o assunto, bem como criar mecanismos pela via legislativa com escopo de evitar a disseminação das notícias falsas nas mídias sociais assegurando a liberdade de expressão.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRELA, Lucas. Este é o hábito mais comum dos brasileiros no WhatsApp. **Exame Abril**. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/tecnologia/este-e-o-habito-mais-comum-dos-brasileiros-no-whatsapp/>>. Acesso em: 02 de março de 2020.

BRASIL. [Constituição 1891]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891**. Rio de Janeiro, RJ: Congresso Nacional Constituinte, [1926]. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 02 de março de 2020.

BRASIL. [Constituição 1988]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 de março de 2020.

BRASIL. [Constituição de 1824]. **Constituição Política do Império do Brasil de 1824**. Rio de Janeiro, RJ: Império do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 02 de março de 2020.

Brasil é 2º em ranking de países que passam mais tempo em redes sociais. **BBC News Brasil**. set. 2019. Disponível em: <<https://epocanegocios.globo.com/Tecnologia/noticia/2019/09/brasil-e-2-em-ranking-de-paises-que-passam-mais-tempo-em-redes-sociais.html>>. Acesso em: 02 de março de 2020.

BRASIL. **Lei número 4.737 de 15 de julho de 1965**. Brasília: Congresso Nacional, [1965]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4737.htm>. Acesso em: 03 de março de 2020.

BRASIL. **Lei número 9.709 de 18 de novembro de 1998**. Regula a execução do disposto nos incisos I, II e III do art. 14 da Constituição Federal. Brasília: Congresso Nacional, [1998]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9709.htm>. Acesso em: 03 de março de 2020.

BRASIL. **Lei número 12.965 de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília: Congresso Nacional, [2018]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 03 de março de 2020.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969**. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Brasília: Os Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, [1969]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_antes/1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 02 de março de 2020.

DALARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2005.

DA SILVA, José Afonso. O Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 173, n. 190, p. 15-34, 1988. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45920>>. Acesso em: 01 de março de 2020.

DURKHEIM, Émile; tradução Paulo Neves; revisão da tradução Eduardo Brandão. **As regras do método sociológico**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

D'URSO, Luiz Augusto Filizzola. O impacto das Fake News nas Eleições 2018. **Estadão**. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-impacto-das-fake-news-nas-eleicoes-2018/>>. Acesso em: 03 de março de 2020.

HASWANI, Mariângela Furlan. **A comunicação estatal como garantia de direitos: foco no Brasil, na Colômbia e na Venezuela**. São Paulo: Universidade de São Paulo, Programa de Pós-Graduação em Integração da América Latina da Universidade de São Paulo (Prolam/USP), 2010, Dissertação Doutorado.

MACHADO, Camila. **Evolução histórica das constituições brasileiras**. Disponível em: <<https://camilaglerian.jusbrasil.com.br/artigos/183147600/evolucao-historica-das-constituicoes-brasileiras>>. Acesso em: 02 de março de 2020.

MESHI, Dar; ELIZAROVA, ANASTASSIA; BENDER, ANDREW; VERDEJO-GARCIA, ANTONIO. Excessive social media users demonstrate impaired decision making in the Iowa Gambling Task. **Journal of Behavioral Addictions**. ano 2019. DOI: 10.1556/2006.7.2018.138. Disponível em: <<https://akademai.com/doi/pdf/10.1556/2006.7.2018.138>>. Acesso em: 01 de março de 2020.

ROUSSEAU, Jean-Jacques; tradução Antonio de Padua Danese. **O contrato social**. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SCHUMPETER, Joseph Alois. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961.

SILVA, Fabio de Barros. **Os Princípios do Contrato Social e as constituições da Córsega e da Polônia**. Disponível em: <http://www.hottopos.com/notand_lib_10/fabio.pdf>. Acesso em: 02 de março de 2020.

SOUSA, Rainer. **Democracia Direta e Indireta**. Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/politica/democracia-representativa.htm>>. Acesso em: 02 de março de 2020.

VALENTE, Jonas. **Estudo relaciona uso de redes sociais a desordens comportamentais**. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-01/estudo-relaciona-uso-de-redes-sociais-desordens-comportamentais>>. Acesso em: 01 de março de 2020.

90% dos eleitores de Bolsonaro acreditaram em fake news, diz estudo. **Folha de São Paulo**. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/11/90-dos-eleitores-de-bolsonaro-acreditaram-em-fake-news-diz-estudo.shtml>>. Acesso em: 02 de março de 2020.

(IM)POSSIBILIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO ASSUMIR A DEFESA DE ATO IMPUGNADO VIA AÇÃO POPULAR

Márcio Antônio Alves de Oliveira

Marco Aurélio de Jesus Pio

Carlos Humberto Naves Junior

Célio Roberto Pinto de Araújo

1 INTRODUÇÃO

O principal objeto deste estudo é a Ação Popular enquanto instrumento de controle na seara de direitos fundamentais. Trata-se de instituto com base magna desde a Constituição Federal de 1934 e com previsão atual no art. 5º, inciso LXXIII da Carta de 1988, que é apontada pela doutrina constitucionalista como mecanismo garantidor de direitos fundamentais, recebendo a alcunha de “remédio constitucional” e visando basicamente a proteção da *res pública*, da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural.

O objetivo do trabalho é analisar a suposta vedação legal determinada ao Ministério Público para defender ato impugnado em ação popular e conseqüentemente interpor recurso e como esse empecilho atinge os direitos humanos fundamentais no Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil.

No primeiro momento será analisado que o instituto compõe uma via de proteção dos denominados direitos transindividuais na medida

que possibilita a proteção de direitos difusos, cuja titularidade é indeterminada, evidenciados na noção de “coisa pública” como são os bens jurídicos a serem tutelados pela *actio populari*.

Uma outra faceta, de interesse do presente estudo, é a análise da ação popular enquanto mecanismo de controle político ou exercício da democracia direta (art. 1º, parágrafo único, *in fine* da CF/88), pois é cediço que no Brasil funciona a chamada democracia semidireta ou participativa, segundo a qual o poder é exercido por representantes eleitos pelo povo, portanto indiretamente e, também, por via de referendo, plebiscito, iniciativa popular de leis e justamente o ajuizamento de ação popular.

Neste prisma, diante de ofensa aos bens jurídicos sufragados no art. 5º, inciso LXXIII, cabe a qualquer cidadão buscar o Poder Judiciário (art. 5º, inciso XXXV da CF/88) exercendo diretamente o controle político, recordando ao ofensor dos direitos difusos impingidos que o titular do poder é o povo.

Também será analisada a Lei nº 4.717/1965, recepcionada pela atual ordem constitucional, que trata das minúcias acerca da ação popular, sendo legitimados a interpô-la qualquer cidadão no gozo de seus direitos políticos, o que será comprovado com a apresentação do título eleitoral quando do ingresso em juízo. Ademais, a norma epigrafada prevê ainda que o Ministério Público intervirá durante todo o processo, proibindo expressamente, no entanto, que o *Parquet* assumira a defesa do ato impugnado ou dos seus autores (art. 6º, § 4º).

É a partir destes fundamentos, que no segundo capítulo faremos um estudo de caso ocorrido no Estado do Maranhão, cujo fatos principais servirão de base para continuação da análise. No caso, um cidadão ajuíza uma ação popular com o objetivo de impedir a realização de um concurso público para diversos cargos efetivos relativos a um edital lançado no último ano do mandato eletivo de determinado prefeito municipal, alegando que alguns “blogs” veicularam matérias denotando a inidoneidade da empresa contratada para capitanear o concurso.

A partir deste *case*, surge a seguinte problema: o Ministério Público estaria proibido de defender a ocorrência do certame, e obrigado a

aderir à tese fustigada pelo cidadão na ação com base na dicção legal específica?

Para apontar soluções neste caso será necessário perpassar pelo estudo dos direitos fundamentais para além da topografia do texto constitucional, com uma abordagem material, em que poder-se-á entender que o direito ao concurso público como modo de ingresso à cargo da Administração Pública também deve ser visto como direito fundamental.

Para tanto, será debatido o papel do Ministério Público na atual ordem constitucional e a fundamentação jurídica que possibilita ou não a defesa pelo *Parquet* de um ato impugnado via ação popular quando existe vedação legal expressa (art. 6º, § 4º, in fine da Lei 4.717/65).

Como procedimentos metodológicos, utilizou-se de pesquisa do tipo aplicada, qualitativa, exploratória, bibliográfica e estudo de caso concreto. Como método optou-se pelo dialético.

2 AÇÃO POPULAR, DEMOCRACIA E DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

A ação popular enquanto mecanismo de controle político está estreitamente relacionada com a democracia e a proteção constitucional de direitos humanos fundamentais. Neste sentido, é necessário relacionar estes paradigmas e buscar inferências que sirvam de ferramentas para debates e soluções.

Democracia, portanto, corresponde ao regime político no qual o poder é exercido pelo povo e segundo Guilherme Peña de Moraes (2018), há democracia direta quando se efetiva sem qualquer intermediação, porém se o povo tiver que eleger representantes para o exercício do poder e governo do país, fala-se em democracia representativa.

Por outro lado, temos também a possibilidade de um sistema intermediário, propalado como democracia semidireta ou participativa na qual a sociedade elege seus representantes, mas também atua diretamente através de alguns instrumentos como o referendo, plebiscito, iniciativa popular e ação popular (MORAES, 2018). É importante ressaltar, que a democracia brasileira, respeitada as devidas críticas, segue a tipologia semidireta ou participativa segundo a maioria dos constitucionalistas nacionais (LENZA, 2019).

Esta classificação, embora amplamente aceita pela doutrina moderna, leva em consideração premissas científicas e culturais alienígenas, seguindo a tradição que em países periféricos não se produzia “teoria” mas, apenas, “pensamentos” relacionado com os estudos do direito constitucional, como bem advertiu Christian Lynch (2013, p. 32) em seu artigo denominado “Por Que Pensamento e Não Teoria?”, senão, veja-se:

Não há como desvincular o estudo da história do pensamento brasileiro da visão de mundo daqueles que o produziram, **de acordo com a qual o Brasil se achava na periferia do mundo “civilizado”**. Assim é que, nela, o emprego da palavra “pensamento” no lugar de “teoria”, para designar os seus produtos intelectuais, parece já embutir o reconhecimento da sua inferioridade. Havia implícita uma espécie de divisão do trabalho intelectual: **os países cênicos produziram a “teoria”, ou a “ciência”, ou a “filosofia”, ou seja, reflexões de alcance “universal” e, portanto, mais densas, mais abstratas, mais generalizantes, ao passo que os países periféricos produziram somente “pensamento”, reflexões de alcance puramente particular ou local**, de caráter menos abrangente e contingente, orientado para a ação prática. **Quem produzia teoria era um autor, isto é, um especialista, um acadêmico, um cientista. Quem produzia pensamento, ao contrário, era um ator**, voltado para a aplicação da teoria para um contexto mais circunscrito no tempo e no espaço. **O pensamento se caracterizaria pela aplicação prática, por parte dos atores dos países periféricos, à sua realidade política específica, concreta e particular**, da teoria político-social produzida por autores que, instalados nos países cênicos, elaborariam uma reflexão dotada de um nível maior de abstração e uma pretensão de validade universal. Entretanto, **o artigo mostrou que esse quadro não permaneceu estático**. Ao longo do século XX, houve uma atenuação do grau de inferioridade do pensamento brasileiro na

percepção de suas elites, **que acompanhou a mudança de atitude imposta pelo paradigma nacionalista, adaptado para a periferia.** (Grifo nosso)

Partindo do raciocínio acima, e considerando que no Brasil há uma história constitucional a ser analisada e utilizada como base para estudos hodiernos (LYNCH, 2013), também não se pode negar que os principais marcos doutrinários se revelaram ao longo do século XX e XXI, de onde sua a produção teórica, reverbera tais conceitos ou classificação da democracia, que partem do pressuposto de que o poder soberano se reflete apenas aos cargos elegíveis através do voto nos poderes Executivo e Legislativo.

No entanto, sendo o poder uno e dividido em funções (MOS- TESQUIEU, 2005), percebe-se que a Constituição Federal de 1988 ao mesmo tempo que em seu art. 1º, parágrafo único, aponta o povo como titular do poder e o relaciona com a representação eleita – sendo a base constitucionalista para definição da democracia brasileira como semidireta ou participativa – também reconhece no art. 2º, caput que o poder se separa em Executivo, Legislativo e Judiciário.

O poder cujo titular soberano é o povo, mas uma vez separado em funções, não se traduz crível que apenas os “representantes eleitos” sejam considerados delegatários do poder popular. Instituições autônomas como o Ministério Público (com prerrogativas equiparadas ao Judiciário), também *lato sensu* e *mutatis mutandis* “representa o povo” e/ou defende seus direitos e interesses.

Nesta esteira, o Poder Judiciário e Ministério Público enquanto tutores dos direitos fundamentais e também difusos (FERREIRA FILHO, 1999), não se legitimam através do exercício do sufrágio e sim por meio de concurso público (art. 93, inciso I e 129, § 3º da CF/88), mesmo assim não perdem o apanágio de órgãos que exercem o poder soberano estatal em busca da efetivação da democracia, cujo titular primário é o povo.

Assim, entende-se que se demonstram incompletos os parâmetros conceituais da democracia quando se leva em consideração apenas os representantes populares “eleitos”.

Regra geral, os instrumentos de participação “direta” como o plebiscito que funciona como consulta popular prévia através do voto e

antes de determinada decisão política; o referendo, também consulta popular, todavia realizada após a decisão política que pode ser confirmada ou rejeitada pelo povo; a iniciativa popular, garante a possibilidade de apresentação de projetos de lei, em nível federal à Câmara dos Deputados (art. 61, §2º da CF/88) e a ação popular, que serve para anular qualquer ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, via poder judiciário (MORAES, 2018), são tidos como instrumentos de controle da democracia e por isso se revelam também como ferramentas para proteção dos direitos fundamentais

Entretanto, entendemos que institutos como o referendo, plebiscito, iniciativa popular e ação popular, não são genuinamente mecanismos de “participação direta”, pois o povo continua a depender dos poderes constituídos, como ocorre com o Poder Legislativo no que tange aos três primeiros institutos citados e o Poder Judiciário com a atuação do Ministério Público quanto a ação popular. Então, o que se infere nestes casos é a inexistência de um exercício direto da soberania popular, sendo mais escorreito denominar apenas de “participação popular”.

Neste sentido, não vislumbramos grandes díspares entre essa “participação popular” (faceta da democracia direta) e a eleição de representantes através do voto (democracia indireta) a compor a denominada democracia semidireta, pois em ambas as situações o povo depende dos poderes e órgãos.

Em que pese as críticas até aqui mencionadas, a ação popular, para o que interessa neste estudo, em linhas gerais, traduz-se como mecanismo de controle político à disposição de qualquer cidadão, que possibilita a tutela junto ao Poder Judiciário sob a fiscalização do Ministério Público, para anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. (TAVAREZ, 2020).

Como evidente, através de tal instrumento tem o cidadão o poder de fiscalização sobre os atos do Poder Público (nas três esferas de poder) e se relaciona aos denominados direitos/interesses⁴⁷ coletivos em

47 Dada a distinção apontada por alguns estudiosos e para dirimir quaisquer dúvidas sobre a abrangência dos institutos, o CDC (Lei nº 8.078/90) ao tratar do assunto utiliza as duas expressões.

sentido amplo ou transindividuais que se propalam como direitos difusos, direitos coletivos em sentido estrito e direitos individuais homogêneos. Neste ponto, o Código de Defesa do Consumidor, em norma explicativa, conceitua, *verbis*:

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 pessoa 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**. (Grifo nosso)

A partir da própria dicção legal, percebe-se que nos direitos/interesses difusos os titulares são indeterminados ou indetermináveis e o objeto é indivisível, logo a lesão ou ameaça afeta todos e sua cessação de igual modo a todos repara ou beneficia e, a relação entre os titulares advém de uma circunstância de fato. Nos direitos/interesses coletivos as pessoas/titulares perfazem um grupo ou classe ou categoria, por isso determináveis e o objeto é indivisível, logo a lesão ou ameaça afeta todos e sua cessação de igual modo a todos repara ou beneficia e, o liame entre os titulares decorre da relação jurídica entre si ou com a parte contrária (LENZA, 2019).

Quanto aos direitos individuais homogêneos a doutrina abalizada os classifica como de objeto divisível, pois a lesão/ameaça sofrida por cada titular pode ser buscada e reparada individualmente e deste modo

são determináveis os titulares, embora entendamos que na prática seja difícil e contraproducente tal determinação (TAVAREZ, 2020).

Visto os direitos transindividuais que compõem o objeto da ação popular, infere-se facilmente que a depender do prisma analisado, uma situação pode se enquadrar em mais de uma modalidade tipológica sem que este fato se traduza em querela, já que sistema de tutela de direitos coletivos em sentido amplo formado pela Lei nº 4.717/1965, Lei nº 7.347/85 (regula a Ação Civil Pública), Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) e até mesmo a Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil), não divergem no trato das prerrogativas e regras processuais de nenhuma das espécies arroladas no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor.

A legitimidade da Ação Popular é conferida a qualquer cidadão, o que se deflui tanto da Carta Magna quanto do art. 1º da Lei nº 4.717/65 e qualquer eleitor pode se habilitar como litisconsorte ou assistente do autor da ação. Pode figurar como sujeito passivo qualquer uma das entidades, pessoas de direito público ou privado descritas no mencionado art. 1º da norma citada, bem como as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissão, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo segundo o art. 6º, caput e § 1º da Lei nº 4.717/65 (MORAES, 2018).

A cidadania, para ingresso em juízo, será comprovada apenas com o título eleitoral, ou com documento que a ele corresponda. A jurisprudência sumulada do Supremo Tribunal Federal (STF)⁴⁸ veda o ingresso por “pessoas jurídicas”, por óbvio estas não possuem inscrição eleitoral. A pessoa jurídica de direito público ou privado, que teve o ato impugnado, pode deixar de contestar ou atuar em conjunto com o autor, se o interesse público o recomendar conforme juízo do representante legal da entidade. Dispõe também a norma no art. 6º, § 4º, verbis:

O Ministério Público acompanhará a ação, cabendo-lhe apressar a produção da prova e promover a responsabilidade, civil

48 Súmula 365 do STF: “Pessoa jurídica não tem legitimidade para propor ação popular”.

ou criminal, dos que nela incidirem, **sendo-lhe vedado, em qualquer hipótese, assumir a defesa do ato impugnado ou dos seus autores.** (Grifo nosso)

Como se nota, lesado alguns dos bens jurídicos a serem tutelados pela ação popular, o *Parquet*, segundo interpretação normativa literal não pode “assumir a defesa do ato impugnado ou de seus autores”. No art. 2º ao 5º da Norma de Regência (rol exemplificativo), descrevem-se atos passíveis de impugnação, que constituem lesão ou ameaça aos objetos da *Actio Populi* (art. 5º, inciso LXXIII da CF e art. 1º, § 1º da Lei 4.717/65) cujo trato fora alhures realizado, inclusive no que tange quanto a classificação enquanto direitos coletivos em sentido amplo.

A competência para processamento é abordada no art. 5º da norma e se aplica supletivamente as regras previstas no Código de Processo Civil (art. 22 da lei 4.717/65) e naturalmente as disposições constitucionais acerca da competência da Justiça Federal (art. 109 da CF/88), bem como da originária do Pretório Excelso (art. 102, CF/88) e do Superior Tribunal de Justiça.

A sentença fará coisa julgada *erga omnes*, exceto quanto o pedido for julgado por insuficiência de provas (MORAES, 2018) ocorrendo o que os processualistas denominam de “coisa julgada *secundum eventum probationis*” e possibilitando que qualquer cidadão obtendo as provas respectivas que não tenham sido crivadas no julgamento anterior, inerte, diante destas “novas provas” outra ação popular.

Em linhas gerais estas são as características básicas do rito ordinário e algumas especificidades, quanto ao polo ativo, passivo, objeto e competência da ação popular sem nem de longe esgotar-se o assunto. Calha agora retomar as perguntas dispostas neste introito em abordagem mais acurada e técnica para depois analisar as argumentações quanto à intervenção do *Parquet*.

3 INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AÇÃO POPULAR E O ATO IMPUGNADO

No cerne deste estudo, a motivação da análise se dá a partir de um estudo de caso, em que determinado prefeito no último ano do

seu mandato lança edital de concurso público para *diversos* cargos efetivos em seu município. Um cidadão, com a justificativa de que o chefe do executivo sucessor é quem deveria lançar o certame, interpõe ação popular alegando que “blogs” veicularam matérias informando a inidoneidade da empresa contratada para elaboração, aplicação e correção das provas.

Ocorre que o Ministério Público já havia expedido recomendação para realização do concurso público e estava acompanhando todos os atos do certame. O magistrado competente concedeu liminar favorável ao autor da ação popular, suspendendo o processo concursal.

A partir deste *case* surge a problematização deste trabalho: estaria o *Parquet* proibido de defender a ocorrência do certame? Ou seria obrigado a aderir a tese fustigada pelo cidadão na ação? Poderia recorrer da concessão da liminar?

Diante da evolução do Estado Democrático de Direito, Fabrício Motta (2010) afirma que houve uma mudança na concepção inicial dos direitos fundamentais, negativista e subjetiva, que antes tinha o objetivo apenas de limitar a atuação do Estado para garantir a liberdade individual, mas que passou a traçar o azimute e condicionar ações positivas do Estado.

A primeira referência clara de possibilidade de concurso público no constitucionalismo brasileiro ocorreu na Constituição de 1934 e seguiu tendo assento nas constituições seguintes. Mas, somente na Constituição da República de 1988 é que de fato houve correções das distorções que há décadas anuviavam o ingresso de servidores na Administração Pública.

É cediço, que mesmo que o tema do concurso público não esteja previsto topograficamente no art. 5º da CF/88, ainda assim, cumpre os requisitos necessários para ser tido como direito fundamental, haja vista que a definição dos direitos fundamentais, é materialmente aberta, conforme o art. 5º, § 2º, CF/88 e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. (MOTTA, 2010)

Neste sentido, podemos dizer que o direito fundamental de concorrer, em igualdade de condições, aos cargos e empregos públicos é assim qualificado, pois no regime republicano-democrático a titulari-

dade do poder conferida aos cidadãos garante que possam participar ativamente do exercício e do controle das funções estatais, e neste sentido, é necessário deixar de lado uma concepção simplista de democracia meramente representativa e, estudá-la como um fenômeno multi-dimensional e complexo (CANOTILHO, 2003; ROCHA, 1994). Na busca pelo predicativo de direito fundamental, traz-se à baila, também a igualdade, que tanto formal como materialmente analisada, deve dar igualdade de oportunidades para todos os cidadãos por ocasião do concurso público.

Veja-se que o concurso público, enquanto procedimento administrativo, é indispensável à eficácia do direito fundamental de disputar, em igualdade de condições, os cargos e empregos públicos disponíveis na Administração Pública, não é um direito fundamental em si mesmo, mas um modo de operacionalizar o direito fundamental de concorrer dentro da isonomia constitucional (MENDES, 2004; MOTTA, 2010).

Por outro lado, a lisura e legalidade do concurso é obrigação do Estado (ROCHA, 1994), e entre as condutas vedadas no período eleitoral encontra-se o aumento de gastos públicos, que não passa despercebido também pelo Código Penal (art. 359-G). Neste sentir, o mero lançamento de edital de concurso ou mesmo a aplicação das provas não induz impactos nas despesas, mas, sim: a nomeação e posse dos servidores aprovados, ressalvadas exceções, entre elas a contratação de aprovados em concursos homologados até 3 (três) meses antes do pleito (art. 73, caput e inciso V, alínea “c” da Lei 9.504/97).

Ademais a regra para admissão em cargos públicos efetivos é a realização de concurso público, velando-se pela isonomia, constituindo ainda disposição constitucional. (Art. 37, inciso II da CF/88). O Ministério Público possui o poder de expedir recomendações⁴⁹ aos gestores públicos para que atuem em conformidade com a lei e as normas constitucionais.

Matérias em sítios da internet necessitam do filtro do crivo do contraditório para possuir validade como prova em arrimo ao que aduz

49 Conforme o art. 129, inciso II, da Constituição Federal; art. 6º, inciso XX da Lei Complementar 75/93; art. 27, inc. III e parágrafo único, inciso IV, da Lei nº. 8.625/93.

o art. 5º, inciso LV, da CF/88 que consagra o direito à ampla defesa e o contraditório, bem como a luz das prescrições do art. 369 e seguintes do Código de Processo Civil, no entanto na hipótese sob análise a liminar pela suspensão do concurso público fora deferida.

Para volver ao ponto nodal, ou seja, se o Ministério Público poderia defender o ato impugnado na ação popular, mormente a realização imediata do concurso público? É necessário que *ab initio* se retome as disposições da Lei nº 4.717/65, acerca da atuação ministerial no rito:

Art. 6º A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo.

(...)

§ 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. 7º A ação obedecerá ao procedimento ordinário, previsto no Código de Processo Civil, observadas as seguintes normas modificativas:

I - Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

a) além da citação dos réus, **a intimação do representante do Ministério Público;**

(....)

§ 1º **O representante do Ministério Público providenciará para que as requisições**, a que se refere o inciso anterior, **sejam atendidas** dentro dos prazos fixados pelo juiz.

(...)

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. 16. Caso decorridos 60 (sessenta) dias da publicação da sentença condenatória de segunda instância, sem que o autor ou terceiro promova a **respectiva execução o representante do Ministério Público a promoverá nos 30 (trinta) dias seguintes**, sob pena de falta grave.

(...)

Art. 19. § 2º Das sentenças e decisões proferidas **contra o autor da ação e suscetíveis de recurso**, poderá recorrer qualquer cidadão e **também o Ministério Público**. (Grifo nosso)

Dos dispositivos destacados é fácil perceber que o Ministério Público atua na função de *custos legis* e que deve ser intimado desde o despacho da inicial, cabendo-lhe acompanhar todo o processo, velar pelo cumprimento tempestivo das requisições realizadas e mais do que isso assumir o polo ativo da demanda no caso de desistência do autor da ação, bem executar a sentença prolatada no caso de inércia do autor ou terceiro (MORAES, 2018).

No entanto, segundo uma interpretação literal seria vedado ao *Parquet* assumir a defesa do ato impugnado ou mesmo recorrer de decisões ou sentenças prolatadas “contra o autor”, o que *a contrario sensu*, induziria o exegeta a concluir que no caso de *decisum* favorável ao autor da ação popular o órgão ministerial simplesmente não poderia recorrer.

Em deferência a problemática deste estudo, caberia ao representante ministerial acatar a liminar de suspensão do concurso público deferida pelo juízo, mesmo diante do arcabouço jurídico a fomentar a realização de certames e em paridade a recomendação ministerial ex-

pedida, isso de acordo, repise-se, com a interpretação literal alhures referenciada e que traduz o ponto de ressalto deste enfoque acadêmico.

Não obstante, tal consideração é contrária a própria Carta de 1988. Primeiro, porque o *Parquet* detém independência funcional e a obrigação de zelar pelos preceitos da *Lex Magna* (SARLET, 2009), dentre eles a regra do concurso público (art. 37, inciso II da CF/88) que ao cabo importa na obediência a isonomia (art. 5º, caput, da CF/88), possibilitando o acesso aos cargos públicos pelo esforço e não por indicações políticas.

Assim, uma lei ordinária não pode jamais obrigar o representante ministerial a atuar em contradição a sua consciência, destituindo-lhe do poder de impugnar atos que entende ofensores da lei.

Em segundo lugar, o *Parquet* muito mais do que fiscal da lei, é fiscal da ordem jurídica (art. 127, caput da CF/88) e deve zelar pelos direitos assegurados na Constituição⁵⁰, dentre eles, os do cidadão, estudiosos, batalhadores que merecem a oportunidade de ocupar cargo público em detrimento de apadrinhamentos políticos. O Novo Código de Processo Civil (Art. 179) de aplicação subsidiária à lei em estudo, destaca expressamente o que vem sendo esposado, veja-se:

Art. 179. Nos casos de intervenção como **fiscal da ordem jurídica**, o Ministério Público:

I - terá vista dos autos depois das partes, **sendo intimado de todos os atos do processo**;

II - poderá produzir provas, requerer as medidas processuais pertinentes **e recorrer**. (Grifo nosso)

50 Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

II - **zelar pelo efetivo respeito** dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos **direitos assegurados nesta Constituição**, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III - promover o **inquérito civil e a ação civil pública**, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de **outros interesses difusos e coletivos**;

Em terceiro lugar, o sistema e a ordem jurídica, cuja árdua tarefa de fiscalização é talhada ao *Parquet* na própria Lei Maior, seria um inócuo jurídico caso os instrumentos para tal desiderato não existissem ou não pudessem ser utilizados, desta feita a aparente impossibilidade de recurso realizada exaurida do art. 6º, § 4º e 19, §2º da Lei nº 4.717/65, não passam pelo menor crivo constitucional e merecem uma interpretação conforme a Constituição (TAVAREZ, 2020).

O exposto é o perfil traçado pelo constituinte de 1988 ao *Parquet*, sendo fundamental seu atual papel no Estado Democrático de Direito, nesse sentido Lynch (2017, p. 15) elucida que:

A hora e a vez do Judiciário chegariam somente com a promulgação da Constituição de 1988, quando a centralidade e **a independência assumida pela magistratura e pelo ministério público**, principalmente a federal, de um lado, e a ascensão do paradigma neoconstitucionalista criou condições objetivas para a implementação de suas aspirações de protagonismo na cena política. Segundo os defensores desta orientação, o magistrado e **promotor público deveriam orientar a sua ação conforme um ativismo constitucional**, que os erigissem à condição de substitutos processuais da própria sociedade civil na consecução de uma sociedade “republicana”, **contra a inépcia e a corrupção da classe política**. (Grifo nosso)

Postimeiro, assumindo seu mister constitucional e com base diretamente na Carta Cidadã como também no Código de Processo Civil e de uma interpretação conforme, plenamente possível, como devido ao *Parquet* defender o ato impugnado, máxime a realização do concurso público e para tanto recorrer da decisão proferida pelo juízo e, mais do que isso, instaurar inquérito civil para apurar possível desvio de finalidade e conduta improba não apenas do autor da ação popular, mas também do próprio magistrado⁵¹, em havendo indícios de ilícitos.

51 Há posição jurisprudencial pacífica no sentido da inexistência de foro privilegiado quanto a atos ímprobos descritos na Lei nº 8.429/92.

Deste modo, o Ministério Público, à luz do texto da Constituição Federal de 1988, efetiva o cumprimento de sua missão em defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis, inclusive zelando pela proteção e efetivação dos direitos fundamentais e humanos *lato sensu*, garantindo o dever do Estado de seguir a legalidade tendo a garantia de que pode disputar o ingresso em cargos da Administração Pública com isonomia.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste sucinto trabalho abordaram-se questões práticas relacionadas à suposta vedação legal de o Ministério Público defender atos impugnados via ação popular, até mesmo através de recursos, no que tange a realização de concurso para provimento de cargos públicos quando o magistrado competente concede liminar em ação popular em certame anteriormente recomendado pelo *Parquet*.

Objetivou-se esclarecer o perfil estabelecido pelo constituinte de 1988 em que os representantes do Ministério Público, muito mais que fiscais da lei, auditam a obediência à ordem jurídica e devem velar pelo cumprimento dos preceitos constitucionais, dentre eles o princípio da isonomia, cânone dos direitos fundamentais.

Neste sentido, inferiu-se que o direito a um procedimento de concurso de acesso a cargos públicos com base na igualdade substancial é um direito fundamental de todo e qualquer cidadão e por isso deve ser zelada pelo Ministério Público a partir de uma exegese à luz da Constituição de 1988, ainda que haja legislação infraconstitucional com dicção diversa.

Buscando-se a utilização de linguagem mais clara possível, evidenciou-se nesse estudo conhecimentos correlatos básicos, classificação de direitos difusos, conceitos e características da Lei de Ação Popular em que o *Parquet* detém de independência funcional e autonomia, cabendo-lhe tutela pelos direitos e deveres assegurados na Constituição, fiscalizando inclusive a atuação de magistrados e quaisquer servidores públicos que descumpram os preceitos legais e constitucionais, obedecendo-se obviamente as regras de competência.

Não se pode admitir que com base meramente na lei, direitos fundamentais possam ser violados, posto que no atual Estado Democrático de Direito, os valores maiores estão elencados encorpados em princípios constitucionais que não se vinculam a um mero legalismo de regras, obtido por meio do juízo de subsunção literal.

Os direitos fundamentais precisam ser analisados por outro plano, superior as regras, onde valores como a igualdade, razoabilidade e dignidade da pessoa humana são as balizas utilizadas para apurar as mais acertadas soluções para situações concretas que envolvam colisão entre regras contidas em legislação infraconstitucionais e princípios da Carta Maior.

Sem esgotar o assunto, e passivo de revisão e busca por outros entendimentos, entende-se que o problema apresentado no introito foi debatido e teve seus objetivos alcançados a partir da metodologia eleita para fundamentar e eficazmente revelar soluções para além da mera aplicação da lei.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 19 jun. 2020.
- BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 19 jun. 2020.
- BRASIL. **Código Penal**. Decreto-lei 2.848. Decreto-Lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 19 jun. 2020.
- BRASIL. **Código Tributário Nacional**. Lei n. 5.172 de 25 de outubro de 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm. Acesso em: 19 jun. 2020.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao-compilado.htm. Acesso em: 19 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.987**, de 7 de abril de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113987.htm. Acesso em: 10 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 4.717**, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14717.htm. Acesso em: 19 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.347**, de 24 de julho de 1985. Regula a ação civil pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347compilada.htm. Acesso em: 10 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.504**, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm. Acesso em: 10 jul. 2020.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Poder Constituinte**. 3a ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LYNCH, Christian Edward Cyril. Cultura política brasileira. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 36, p. 4-19, ago. 2017.

LYNCH, Christian Edward Cyril. Por Que Pensamento e Não Teoria? A Imaginação Político-Social Brasileira e o Fantasma da Condição Periférica (1880-1970). **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, vol. 56, p. 727-767, nº 4, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

- MORAES, Guilherme Braga Peña de. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.
- MOSTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **O Espírito das Leis**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- MOTTA, Fabrício. **Direitos fundamentais e concurso público**. Revista do tribunal de contas do Estado de Minas Gerais, Edição Especial, ano XXVIII. Disponível em: <http://revista1.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/926.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2019.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

CONFLITOS ENTRE OS TRÊS PODERES: VIVE-SE UMA CRISE CONSTITUCIONAL NO BRASIL?

Denny Wallace Braga Vital

1. INTRODUÇÃO

Um olhar pouco atento já seria capaz de constatar o cenário profundamente conflitivo em que estão mergulhadas as camadas sociais e políticas no Brasil hoje. Não é raro o levantamento de vozes no sentido de que a crise instalada seria de ordem constitucional. Entretanto, uma visão mais acurada revela que o atingimento desse patamar significa o rompimento da própria estrutura democrática que fundamenta a Nação, o que nos alerta para a reflexão de dois importantes aspectos abordados nesse artigo: qual seria então a real dimensão da crise atual? E o que pode ser feito para evitar o transbordamento dos conflitos para o nível constitucional?

Preliminarmente, será demonstrado nesse artigo, que a conjuntura atual revela forte tensão entre os Poderes da União, tendo como possível marco inicial a eclosão das manifestações de 2013 (ALMEIDA, 2019), em clara demonstração de que as políticas implementadas pelo Poder Público não atendem às necessidades da dinâmica social. Os três Poderes da República não se encontram inseridos na harmonia preconizada pela Constituição Federal, sendo fundamental compreender esse fenômeno conjuntural e propor soluções específicas e estruturantes.

Serão apresentadas as principais questões ensejadoras de conflitos entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, com destaque para: a Interferência do Presidente da República na agenda parlamentar, a Judicialização da Política e o Ativismo Judicial, e o número excessivo de pedidos de processo de *impeachment* presidencial.

Entretanto, segundo Vieira (2018), os conflitos entre os três Poderes, com franca interferência nas relações político-sociais, não atingiram o patamar de crise constitucional. Reforça-se essa percepção ao se considerar a ainda atual Teoria Tridimensional do Direito (REALE, 2002), na visão de que os conflitos entre os Poderes demonstram ser de ordem fática e valorativa, e não de caráter normativo. Logo, essa concepção indica que a crise não atingiu o patamar de afronta à norma constitucional. Pelo menos não ainda.

Se, por um lado, não se pode cegar à possibilidade de germinação de uma crise constitucional, por outro lado, não se pode negar os efeitos danosos, na esfera político-social, decorrentes dos conflitos entre os Poderes (VIEIRA, 2018). Ainda assim, eventuais divergências entre os três Poderes podem ser dirimidas pelo sistema de freios e contrapesos, albergado na Constituição Federal. Por ora, nota-se que não ocorreu efetiva ruptura de atribuições de um Poder por outro, o que significaria uma ruptura com a própria Constituição (OLIVEIRA, 2018). Os conflitos atuais são de ordem política e social, não comprovando a existência de uma crise constitucional, no entanto, são indicativos dessa possibilidade iminente, caso não haja a devida harmonização e o fomento da independência entre os Poderes.

Nesse contexto, ganha importância trazer à tona a teoria da tripartição dos Poderes (MONTESQUIEU, 1919) como um dos pilares teóricos da Constituição Federal, dada a realidade fática do franco atrito em que se encontram os três Poderes na atual conjuntura político-social brasileira. Urge, portanto, que se fomente o reequilíbrio entre Executivo, Legislativo e Judiciário.

O objetivo desse artigo é, em uma primeira dimensão, demonstrar que a crise que ora vivenciamos no Brasil – interferindo no equilíbrio entre os Poderes – parece ser de ordem político-social, não tendo afetado a ordem normativo-constitucional. Em uma segunda camada,

objetiva apresentar possíveis soluções de ordem prática e de efeitos estruturantes, mitigadores da crise, com potencial de fortalecimento da independência e da harmonia entre os três Poderes.

2. DIMENSÃO ATUAL DOS CONFLITOS ENTRE OS TRÊS PODERES

Compreender a dinâmica das relações sócio-políticas do Brasil não parece ser tarefa para amadores. Praticamente todos os dias, recebe-se um bombardeio de notícias jornalísticas revelando a forte tensão entre os Poderes da União, seja envolvendo o presidente da República, ministros do STF ou parlamentares, em uma aparente disputa pela atenção do clamor popular, que é a voz a quem pertence a verdadeira titularidade do poder soberano, conforme preconizado logo no artigo 1º da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

E foi a ‘Sua Excelência o povo’, na tentativa de exercer esse poder que lhe outorga a Constituição, quem foi às ruas em junho de 2013 e, através de manifestações públicas, fez ecoar suas insatisfações com o sistema político brasileiro. Foi de fato importante marco na expansão da crise política brasileira. É bem verdade que as crises não decorrem de um fato isolado, mas de ocorrências sucessivas, nas quais participam todos os atores sociais, com destaque para a fricção constante entre os três Poderes. É o que ressalta Almeida (2019):

A despeito das previsões feitas no calor da hora, junho de 2013 provocou uma profunda fenda no sistema político e na percepção da população em relação a ele. Uma ruptura política, contudo, dificilmente ocorre a partir de um fato histórico isolado, mas em articulação com eventos anteriores e posteriores que ampliaram e aprofundaram a rachadura. No caso brasileiro, não penso ruptura e crise propriamente como tempos distintos e sequenciais [...]. A crise política está se dando como uma sequência de fissuras, ora na sociedade, ora entre os agentes políticos, ou, enfim, nas próprias instituições, sobretudo na relação entre os poderes (ALMEIDA, 2019, p. 195).

Executivo, Legislativo e Judiciário estão muito longe de vibrar na harmonia preconizada pela Constituição Federal. Consequência direta e natural desses conflitos é que as políticas públicas implementadas por essas esferas de poder, não atendem às necessidades da dinâmica social, retroalimentando esse processo de pressão protagonizada pela sociedade civil, sendo fortemente agravado pelos sucessivos escândalos de corrupção dos agentes públicos. Oliveira (2018, p. 98) destaca que o espectro de conflitos entre os Poderes da União ocorre especialmente “devido ao maior desvelamento de casos de corrupção sistêmica no universo da política brasileira, descrédito generalizado e falta de representatividade”.

O desafio traçado, portanto, segue na esteira de se aprofundar a discussão dessas questões sócio-políticas vivenciadas hoje no Brasil, para melhor compreender esse fenômeno conjuntural, visando propor soluções efetivas e estruturantes.

2.1. Executivo versus Judiciário versus Legislativo

Elencar todos os fatores que permeiam a relação de conflitividade ora estabelecida entre os Poderes não é tarefa das mais fáceis, dada a complexidade das vicissitudes vivenciadas nessas inter-relações. A abrangência da presente pesquisa permite apresentar as principais questões ensejadoras de conflitos, limitando-se a priorizar a abordagem que se apresenta mais premente para cada respectivo Poder da União.

Quanto ao Legislativo, apresentam-se como principais elementos fomentadores de conflito, a Interferência do Presidente da República na agenda parlamentar (BARRETO, 2015) e Decisões Judiciais com potencial de inovação normativa (BRAGA, 2019), conforme se verá a seguir.

A atuação sistemática do Executivo em fazer ingerência na agenda do Parlamento é uma herança do sistema constitucional anterior, que repercute até hoje nos regimentos internos do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, que preveem uma forte centralização de poder decisório nas mãos das lideranças, das mesas e dos presidentes das casas legislativas. Isso resulta, em algum grau, no alijamento da atuação par-

lamentar individual, fazendo com que a maioria, em muitas ocasiões, simplesmente siga a orientação dessa minoria, facilitando a possibilidade de interferência do Executivo nos deslindes decisórios do Legislativo. Nessa senda, segue a pesquisa de Barreto (2015):

Não obstante o revigoramento constitucional do Poder Legislativo, remanesceram incólumes várias competências legislativas atípicas que o regime autoritário anterior havia atribuído ao Poder Executivo. Embora o Parlamento tenha sido contemplado com significativo número de competências controladoras da ação deste Poder, a influência dele sobre o Legislativo ultrapassa o marco constitucional e se lastreia nos regimentos parlamentares, que têm, assimetricamente, desequilibrado as relações entre os Poderes do Estado e conduzido ao domínio do Executivo. (BARRETO, 2015, p. 211)

Quanto a decisões judiciais com potencial de inovação normativa, a questão permeia mais fortemente a relação do próprio Judiciário com os demais Poderes. Então, considerando que é englobado pela temática da Judicialização da Política, será tratado a partir desse prisma.

Nesse contexto, nota-se que há, no Brasil, uma forte judicialização do processo político. Por um lado, fruto da opção constituinte, que delegou ao Judiciário o poder de decidir as questões que lhe forem provocadas, no exercício de sua função típica. Por outro lado, é reforçado por um conjunto de fatores de ordem majoritariamente política, propriamente falando. Braga (2019) enxerga com acuracidade esses fatores no cenário jurídico-político brasileiro.

O Brasil se tornou, assim, um palco para a judicialização da política. É um país com alta fragmentação partidária, com tendências para aumento de fragmentação; um ambiente com baixa concentração legislativa, sem a existência de um partido dominante no Congresso; com forte incerteza eleitoral, diante de uma polarização extrema dentro da população; com baixa confiança no Poder Judiciário; e a necessidade constante de proteção de direitos fundamentais violados no Brasil. As con-

dições necessárias, mas não isoladamente suficientes, para a judicialização da política, tais como a existência de democracia, separação de poderes, também se fazem presentes no contexto tupiniquim. (BRAGA, 2019, p.53)

Muito embora para o desiderato desse artigo não haja tanta relevância tratar a judicialização da política em separado do ativismo judicial, cabe nesse momento mencionar a diferenciação entre os dois fenômenos. A primeira decorre do próprio modelo constitucional adotado no Brasil, não tendo relação com o subjetivismo político, nela o juiz decide o que lhe cabe decidir, sendo um poder que lhe fora atribuído pela norma constitucional. Já o ativismo judicial decorre de uma atitude do intérprete, exigindo um certo subjetivismo do juiz, que interpreta a Constituição com certa expansão de seu sentido e alcance (BARROSO, 2009, p. 25).

Em qualquer dos casos, independentemente das razões em pauta, ocorre uma inegável ocupação pelo Judiciário de um espaço que originalmente caberia ao Legislativo. Situação similar se apresenta em relação ao Executivo, que tem sido surpreendido por decisões judiciais, em sua maioria monocráticas, proferidas por ministros do Supremo Tribunal Federal, com repercussões diretas em questões de competência privativa ou exclusiva do Executivo.

Por fim, no que tange propriamente ao Poder Executivo, não se pode deixar de enfatizar o excessivo número de pedidos de processo de impeachment presidencial como principal elemento agravador do conflito com os demais Poderes:

O impeachment é um recurso que nutre a tensão histórica incessante entre Executivo e Legislativo, haja vista sua aplicação desde o período pós-Collor, quando tem sido apropriado como arma simbólica, desequilibrando os mecanismos de freios e contrapesos. (AMORIM, 2019, p. 208)

Importa ressaltar a abordagem dada pelo autor, na linha de que os pedidos de impeachment são frequentemente usados com forte poder simbólico, com eventual propensão de minar a atuação política do

presidente da República, com efeito inevitavelmente perturbador do equilíbrio do sistema de freios e contrapesos.

A partir de uma análise sistemática, foi possível eleger e apresentar os principais fatores que se demonstram aptos a interferir nas relações entre Executivo, Legislativo e Judiciário, com potencial gerador de crise. O que importa analisar, a partir de então, é a natureza desse conjunto de conflitos e se, de algum modo, colocam ou não em risco a ordem constitucional vigente.

3. A PSEUDOCRISE CONSTITUCIONAL

Esse conjunto de fatores propulsores de conflito entre as camadas de Poder, ocorrendo de forma sistemática e muitas vezes simultânea, com forte capacidade de arranhar as relações institucionais, finda comumente gerando uma percepção de que não há observância dos preceitos constitucionais. A defesa retórica e cada vez mais extremada de posicionamentos ideológicos e partidaristas entre os representantes políticos tem reverberado para a sociedade e vice-versa, tornando a discussão sobre a Polis um processo cada vez mais polarizado. Vieira (2018) ressalta que:

Imergimos, então, numa severa crise política, com forte impacto no padrão de funcionamento das instituições. A disputa política e institucional tornou-se mais polarizada, e a sociedade, mais intolerante e conflitiva. Para muitos, nosso sistema constitucional entrou em crise. A batalha dos poderes, no entanto, tem sido travada a partir da retórica constitucional, ainda que utilizada de forma estratégica e eventualmente distorcida e cínica. (VIEIRA, 2018, paginação irregular)

A polarização presente nas discussões político-ideológicas é um fenômeno notório na realidade brasileira atual. Conseqüentemente, os posicionamentos e debates tornam-se inevitavelmente mais acalorados, acentuando os conflitos das disputas políticas e de poder, por vezes distorcendo a retórica constitucional para amoldá-la a uma narrativa ideativa elaborada. Porém, aqui há um aspecto importante a ser ressaltado:

eventuais desvirtuamentos ainda ocorrem no campo do discurso constitucional, utilizando-se de seus preceitos e das regras estabelecidas na Constituição Federal, o que significa dizer que a crise político-social existente não se tornou uma crise constitucional.

Essa exacerbação de atos tem alcançado os representantes das mais altas cúpulas do Executivo, Legislativo e Judiciário, que nos dias de hoje alimentam uma relação indiscutivelmente conflituosa. Nem por isso deixaram de atentar para as regras validadas pelo ordenamento constitucional, o que demonstra a capacidade de sobrevivência do processo democrático e da própria Constituição, mesmo diante de um cenário crítico. Mais do que sobrevivência, Vieira (2018) entende que a observância das regras constitucionais, mesmo diante de um quadro de crise, é demonstração de força da Constituição.

Os poderes podem exceder-se e realizar atos que sejam considerados contrários à Constituição. Isso não significa, per se, que tenhamos a cada afronta à Constituição uma crise de natureza constitucional. Como num jogo de futebol, o pênalti não instaura uma crise. Da mesma forma, se o árbitro deixar de apitar um pênalti, isso não necessariamente configura uma crise. Ela se dá quando os jogadores abandonam as regras. Todos os dias vemos a colisão entre poderes, invasões de competências, manifestações virulentas dos atores políticos, mesmo a violação de determinados direitos, eventuais abusos no exercício de outros direitos e acusações de afrontas à Constituição sem que isso configure necessariamente uma crise, pois há mecanismos de autocorreção previstos pelo próprio sistema constitucional que, quando em funcionamento, demonstram a vitalidade da Constituição e não a sua falência. (VIEIRA, 2018, paginação irregular)

Torna-se oportuno, nesse ponto, trazer à baila a sempre atual Teoria da estrutura tridimensional do Direito, proposta por Miguel Reale (2002, p. 64-68), segundo a qual não se deve enxergar o direito unicamente a partir da norma, o que o tornaria parcial e incompleto, mas sim a partir de uma conjugação harmônica de três aspectos básicos,

indissociáveis: o aspecto fático (fato), relacionado com a dimensão histórica e social; o aspecto axiológico (valor), consagrado pela sociedade; e o aspecto normativo (norma), que é o ordenamento jurídico.

Com essa construção, pode tornar-se mais fácil enxergar em quais dimensões se fazem presentes esses conflitos: no fato e no valor. Novamente o saudoso jurista nos ajuda a compreender que a crise atual reside no campo sociológico (fato) e político (valor), não tendo afetado (pelo menos ainda) o aspecto normativo, leia-se, a Constituição. É o que se pretende aprofundar no próximo tópico.

Por ora, o que se tem por indicativo é que os três Poderes estão efetivamente em grau de conflito de caráter político-social, possivelmente não tendo alcançado ainda a dimensão normativa, uma vez que as regras (constitucionais) seguem sendo levadas em conta. Tem-se, no momento, portanto, forte indicação de que, por mais grave que possa parecer a crise instalada, não parece se tratar de uma crise constitucional, uma vez que a mesma reside em dimensões externas à Constituição Federal.

3.1. Conflitos político-sociais e eventual crise constitucional

É preciso perceber que os conflitos vigentes, de natureza política e com reflexos sociais, decorrem de um processo natural de correlação de forças. No espectro político, tomam feição a partir de uma constante disputa por influência, seja na representatividade pessoal, seja institucional. Na dimensão social, o tensionamento se faz visível especialmente nas manifestações nas ruas. De todo modo, repita-se: ocorrem dentro das regras constitucionalmente estabelecidas. Nas palavras de Oscar Vilhena Vieira:

Apesar da tensão latente, não se pode desprezar o fato de que a validade das ações jurídicas e políticas continuou a ser disputada a partir da gramática constitucional, dentro e fora das instituições. Fora, por intermédio do direito de protesto e liberdade de expressão. Dentro, por intermédio de uma interminável batalha eleitoral, judicial e congressional, ainda que de

maneira bruta e mesmo cínica em diversas oportunidades. Isso indica que, embora estejamos vivendo uma forte turbulência, não imergimos numa clássica crise constitucional, em que as instituições criadas com a finalidade de habilitar a democracia perderam por completo sua capacidade de mediar os conflitos e favorecer a coordenação do jogo político. (VIEIRA, 2018, paginação irregular)

É exatamente essa a lógica de funcionamento do sistema de freios e contrapesos, albergado na Constituição Federal, tendo na sua essência uma elasticidade hábil a comportar eventuais tensionamentos existentes entre os Poderes. Mas o que significa exatamente dizer que a crise entre os Poderes não afetou a esfera normativa? No cenário em que estamos tratando, representa dizer que as atribuições constitucionalmente definidas para cada Poder não foram rompidas por outro Poder, o que significaria um rompimento com a própria Constituição. Oliveira (2018) ressalva a gravidade desse possível rompimento:

O embate entre os poderes é natural e esperado, pois a teoria da separação dos poderes e o sistema de freios e contrapesos já preveem mecanismos de retorno ao equilíbrio. O que não se pode admitir, sob pena de ruína do próprio Estado Democrático de Direito, são posturas dos representantes dos poderes contrárias ao texto constitucional. Nesse sentido, as soluções para crises entre os poderes devem sempre ser extraídas da Carta maior. Do contrário, estar-se-ia numa crise institucional sem precedentes. (OLIVEIRA, 2018, p. 98)

Entretanto, é pertinente um alerta: o fato de que os conflitos ora vigentes entre os Poderes orbitarem em esferas fora do universo da Constituição Federal não significa que não haja riscos de ocorrência de um transbordamento apto a alcançar à ordem constitucional. Ao contrário, é notório que os efeitos danosos da crise político-social instalada em nossa República, são indicativos claros de que, caso não haja um movimento de harmonização e fomento da independência entre os

Poderes, será cada vez mais iminente o risco de instaurar-se uma crise de amplitude constitucional.

4. O REEQUILÍBRIO ENTRE OS PODERES

O sistema de freios e contrapesos, também conhecido como Teoria da Separação dos Poderes, formulado por Montesquieu (1919), preconiza a ideia de que só poder controla poder, logo, cada um dos três Poderes da União só pode ser controlado pelos outros dois, de forma a conter eventual abuso e se equilibrarem. Assim como aconteceu em boa parte das nações democráticas, a teoria da tripartição dos poderes tornou-se um dos pilares da Constituição Federal Brasileira. A ideia dos constituintes foi criar regras pelas quais Executivo, Legislativo e Judiciário pudessem, até certo limite, ser mutuamente contidos, evitando-se desmandos e exacerbações fortuitas por qualquer um deles, como bem explica Araújo (2018):

De acordo com a técnica dos freios e contrapesos os três poderes seriam mutuamente fiscalizados, uma vez que haveria uma pequena parcela de incidência de um poder na órbita de atuação do outro, de modo a buscar o equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade, bem como evitando o arbítrio e o desmando de um poder em detrimento de outro, sendo essa a lógica da separação de poderes. (ARAÚJO, 2018, p. 564)

Considerar que o sistema de freios e contrapesos tem a natural capacidade de absorver eventuais impactos decorrentes da fricção na interação entre os Poderes, não significa aceitar que as relações devam sempre ocorrer dessa forma. Caminha precisamente no sentido inverso nossa Constituição Federal, ao prever, logo em seu artigo 2º, *caput*, que os Poderes da União são independentes e harmônicos entre si (BRASIL, 1988). Esse é o preceito a ser seguido pelos representantes estatais e, conseqüentemente, pelas instituições. É aceitável que comportamentos divergentes disso possam ocorrer, mas de forma excepcional.

O fundamento da separação dos poderes repousa, em grande medida, na repartição das competências correspondentes a cada um deles,

porém, é propício lembrar que, sobrepairando esse constructo encontra-se uma estrutura que não pode ser particionada: o próprio Estado, que é uno e indivisível. Esse aparente paradoxo, no qual há três Poderes que compõem a União, mas que sustentam a governança de um Estado singular, não pode afastar-se do radar daqueles que se propuseram a representar o povo, verdadeiro titular do poder, seja no Executivo, seja no Legislativo, seja no Judiciário.

Por enquanto, o que se nota é que os três Poderes continuam em franco atrito na atual conjuntura político-social brasileira. Urge que se fomente o reequilíbrio entre eles. Então, a fim de que se possa emprestar uma feição mais prática a esta pesquisa, e no intuito de se tentar mitigar a atmosfera belicista que vigora nas inter-relações estatais, o desafio seguinte é apresentar propostas que possam fortalecer a independência e a harmonia entre Executivo, Legislativo e Judiciário.

4.1. Fatores de fortalecimento da independência e da harmonia

Visando minimizar os conflitos conjunturais da vida política brasileira, é importante propor soluções de ordem estruturante, de modo que o desenlace possa perpetuar-se no tempo e estabelecer maior concretude ao já mencionado artigo 2º, *caput* da Constituição Federal. Ao tempo em que deva ser estrutural, é conveniente que tenha também cunho empírico, com real possibilidade de implementação. Nesse fluxo, faz-se agora uma proposta para cada um dos principais problemas elencados no início deste artigo.

O primeiro evento conflitivo levantado, mais conectado ao Legislativo, refere-se à frequente atuação da Presidência da República para tentar efetivar o controle da agenda parlamentar. Como mencionado, isso é propiciado a partir dos próprios regimentos internos das casas, que atribuem fatia considerável de poder aos presidentes das casas, às mesas e às lideranças. Barreto (2015) argúi que:

[...] pelo arquétipo constitucional da separação dos poderes e do sistema de governo, os regimentos não deveriam constituir um fator de desbalanceamento interorgânico e um reforço das prer-

rogativas presidenciais e de suas competências constitucionais atípicas; deveriam, sim, coadjuvar na contenção delas. Afinal, a Constituição Federal de 1988 colocou o Legislativo numa posição de virtual paridade com o Executivo e restabeleceu a sua independência e a sua autonomia para que pudesse exercer eficaz contrapeso a esse Poder. (BARRETO, 2015, p. 212)

Nessa toada, o que se propõe é simplesmente uma revisão regimental sistemática, em que as decisões mais importantes, especialmente as concernentes à definição de pauta, sejam tomadas em colegiado, garantindo-se, dessa forma, a legitimidade representativa da maioria do Congresso, e evitando-se possíveis intromissões na pauta legislativa por parte do Executivo.

O segundo fator propulsor de confrontos entre os Poderes, mais ligado ao Judiciário, é o forte processo da judicialização da política, que decorre da própria sistematização da Constituição Federal, temperada também com o fenômeno do ativismo judicial, pelo qual o juiz exerce uma certa elasticidade interpretativa. Sendo um ou o outro caso, ocorre que quando as decisões são exaradas de forma monocrática, portanto, sem o beneplácito do colegiado do Supremo Tribunal Federal, e ao mesmo tempo possuem potencial para produzir grande repercussão nos outros Poderes, finda por fragilizar a harmonia preconizada pela Constituição. Braga (2019) rechaça a ideia de que há grande influência do Judiciário no Legislativo, entretanto, critica eventual ingerência ocorrida a partir de decisões monocráticas no âmbito do STF.

A hipótese era a de que existiria uma forte interferência do Judiciário na pauta da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Congresso Nacional, especialmente quando se trata de atos, omissões ou trâmites das casas legislativas. A conclusão é que a hipótese foi negada, e ficou perceptível uma posição do STF, desde 1980, no sentido de que é vedado ao Judiciário intervir em atos internos das casas legislativas. Apesar de que existem decisões monocráticas de Ministros do Supremo Tribunal Federal que afetaram a pauta legislativa, essas decisões

costumaram ser reformadas pelo plenário da Suprema Corte. (BRAGA, 2019, p. 93)

O mesmo ocorre em decisões monocráticas em casos de grande repercussão no Executivo, no sentido de deixar transparecer a vulnerabilidade da relação com o Judiciário quando eventual decisão singular de ministro do STF, muitas vezes em sede de liminar, tem o condão de afetar cabalmente atribuições originariamente típicas do Executivo.

Parece nítido que uma possibilidade de mitigar tais situações seria implementar por via legislativa ou, até mesmo, por revisão do regimento do Supremo Tribunal Federal, que as questões levadas à cúpula do Judiciário e que tenham aptidão para interferir nas funções típicas dos outros Poderes, somente possam ser exaradas pelo pleno do STF, de forma a evitar que ocasional decisão de um único julgador possa abalar toda a estrutura de um Poder. A logicidade do colegiado é a lógica da Constituição Federal.

Ainda no âmbito do Judiciário, questão que merece destaque é o critério de escolha dos ministros do STF, feita pelo Presidente da República, sem muitos requisitos meritocráticos ou técnicos, deixando amplo espaço para indicações eivadas de parâmetros políticos, com risco de contaminação da composição da mais alta corte do país. Araújo (2018) critica essa forma de indicação, destacando que:

[...] estabeleceu-se na Carta Magna brasileira a escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal-STF, através de indicação feita pelo Chefe do Poder Executivo, com observância aos critérios esculpido no art. 101 da Constituição Federal de 1988, quais sejam, “notório saber jurídico e reputação ilibada”. No entanto, os requisitos exigidos são dotados de abstração e subjetivismo, fazendo com que a indicação do ocupante de tão alto e relevante cargo para o Poder Judiciário brasileiro tenha muitas vezes uma conotação eminentemente política. (ARAÚJO, 2018, p. 647)

Uma saída viável seria a implementação de listas tríplices, fornecidas, em sistemas de rodízio, entre as Instituições representativas da

Magistratura e das Funções Essenciais à Justiça: Ministério Público, Advocacia Pública (AGU), Advocacia (OAB) e Defensoria Pública. Dessa forma, a cada nova vaga, entre as cinco, somente a instituição da vez apresentaria sua lista tríplice (definida mediante critérios internos) para que o Presidente da República pudesse escolher. Com isso, ao mesmo tempo em que se garante a participação do Executivo no processo, assegura-se também que a escolha será baseada em critérios essencialmente técnicos.

Finalmente, a terceira causa de desequilíbrio entre os Poderes, relacionada mais fortemente com o Executivo, é a quantidade excessiva de pedidos de *impeachment* contra o Presidente da República, muitas vezes utilizados como forma de minar politicamente o ocupante do cargo presidencial. Aqui, o que se mostra condizente como forma de manter a harmonia entre os Poderes é reacender a discussão sobre a reforma política, especialmente sobre a mudança do sistema de governo para o semipresidencialismo, no qual é possível alteração do Chefe de Governo, quando necessário, sem a necessidade de um processo tão moroso e angustiante quanto o *impeachment*.

O semipresidencialismo tem dinâmica própria e estabelece relações peculiares entre o chefe de Estado, o Governo e o Legislativo. De um lado, combina traços do presidencialismo (como o exercício de algumas atribuições de política interna pelo presidente e seu poder de organizar o governo) e do parlamentarismo (como a responsabilidade colegiada do Governo perante o Parlamento e o mandato com prazo certo). De outro lado, sua base normativa estimula relações dinâmicas próprias na atuação preventiva em eventuais choques entre o Executivo e o Legislativo, além de dar respaldo a saídas menos traumáticas em caso de crise. (TAVARES, 2018, p. 68)

A respeito da viabilidade constitucional de mudança do sistema de governo, uma vez que se trata de cláusula pétrea, é oportuno mencionar o estudo apresentado pela Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, no qual se defende que “a proposta seja submetida a referendo popular, após ampla discussão pela sociedade brasileira” (COELHO,

2015). Dessa forma, se evitaria o estabelecimento de nova constituinte exclusivamente para esse fim.

Com a efetivação dessa alteração, evitar-se-ia o exaustivo processo de embate político travado entre Executivo e Legislativo nos processos de *impeachment*, tal como ocorre no presidencialismo. Por sua vez, no semipresidencialismo, o Chefe de Estado, que é eleito diretamente pela população, difere do Chefe de Governo, que é nomeado pelo presidente e tem incumbência de governar o país com auxílio dos ministros. No semipresidencialismo, em caso de crise de governabilidade ou de falta de representatividade popular, o chefe de governo pode ser substituído sem necessidade de processos de *impeachment* ou de novas eleições. Essa parece ser a forma de governo mais condizente com a realidade brasileira.

5. Considerações Finais

Logo após a breve apresentação a respeito de algumas facetas dos conflitos travados entre Executivo, Legislativo e Judiciário, importa responder, de pronto, ao primeiro questionamento: vive-se uma crise constitucional? A resposta é negativa. A presente crise, pautada nas dimensões de valor e de fato, tem natureza político-social e não atingiu a dimensão normativa, exatamente porque os conflitos ainda seguem a baliza das regras constitucionais.

Entretanto, visando garantir que a crise não ultrapasse essa barreira e que possa retroceder à trilha da harmonia e do equilíbrio que deve nortear as relações entre os Poderes, é conveniente se propor soluções de ordem prática e de efeitos estruturantes aos principais fatores que inflamam esses conflitos, relacionados a cada um dos três Poderes.

Quanto ao Poder Legislativo, propõe-se uma sistemática revisão dos regimentos internos do Senado Federal e da Câmara dos Deputados a fim de que as decisões referentes à agenda parlamentar somente possam ser definidas em colegiado, e não pelo presidente da respectiva casa, ou mesmo pelas mesas ou lideranças, o que mitigaria possível interferência do Poder Executivo na agenda e privilegiaria a coletividade decisória do Congresso.

No que se refere ao Poder Judiciário, visando impedir que decisões monocráticas de ministros do STF, especialmente em caráter liminar, possam ter forte impacto nas atribuições dos outros Poderes, sugere-se alteração, por via legislativa ou regimental, no sentido de que decisões com esse nível de repercussão somente possam ser tomadas pelo pleno do Supremo, novamente privilegiando o caráter democrático da maioria, no âmbito da mais alta corte do Brasil.

Ainda no Judiciário, demonstra-se viável prever critérios mais técnicos e objetivos na escolha dos ministros do STF. Então, na oportunidade de vaga, o presidente da República escolheria, a partir de listas tríplices, em regime de revezamento a cada nova vaga em aberto, indicadas pelas instituições representativas da Magistratura, do Ministério Público, da Advocacia Pública (AGU), da Advocacia (OAB) e da Defensoria Pública. Assim, a cada nova vaga em aberto, a instituição da vez apresentaria sua lista tríplice para escolha pelo presidente da República.

Por fim, no que concerne à recorrente pressão sofrida pelo Chefe do Executivo no que tange ao excessivo número de processos de *impeachment*, propõe-se, sem prejuízo de ampla reforma política, a pontual rediscussão referente à mudança do sistema de governo para o semipresidencialismo, no qual, em caso de crise de governabilidade ou de falta de representatividade, o Chefe de Estado pode ser facilmente substituído por determinação do Presidente da República, sem necessidade de processo de *impeachment* ou de convocação de novas eleições.

A crise atualmente enfrentada pelos Poderes da União, muito embora seja decorrente do próprio embate político-institucional, requer propostas imediatas e que sejam pragmáticas para a conjuntura atual e, ao mesmo tempo, estruturalmente sólidas para propiciar a sedimentação de longo prazo da independência e harmonia exigidas entre Executivo, Legislativo e Judiciário.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Ronaldo de. **Bolsonaro presidente: conservadorismo, evangelismo e a crise brasileira.** Novos estudos. CEBRAP, São Paulo, v. 38, n. 1, p. 185-213, abr.

2019. Disponível em <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101=33002019000100010-&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 22 jun. 2020.

AMORIN, Fabrício Augusto Antonio. **O impeachment utilizado como arma simbólica**. São Paulo, 2019. Disponível em <<https://tede.pucsp.br/bitstream/handle/22126/2/Fabricio%20Augusto%20Antonio%20Amorim.pdf>>. Acesso em 24 jun. 2020.

ARAÚJO, Aline Laura Toscano de; SILVA, Carlos Sérgio Gurgel da. **A indicação de ministro do STF pelo presidente da república e a subjetividade de seus critérios à luz do princípio da independência dos poderes**. RJLB, Ano 4 (2018), nº 2. Disponível em <https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/2/2018_02_0645_0683.pdf> Acesso em 27 jun. 2020.

BARRETO, Derly; FILHO, Silva. **A Presidencialização do Poder Legislativo e a Parlamentarização do Poder executivo no Brasil**. R. Proc. Geral est. São Paulo, São Paulo, n. 81:157-217, jan./jun. 2015. Disponível em <[http://sindiproesp.org.br/pdf/A%20Presidencializa%C3%A7%C3%A3o%20do%20Poder%20Legislativo%20e%20a%20Parlamentariza%C3%A7%C3%A3o%20do%20Poder%20Executivo%20no%20Brasil%20\(Derly%20Barreto%20e%20Silva%20Filho\).pdf](http://sindiproesp.org.br/pdf/A%20Presidencializa%C3%A7%C3%A3o%20do%20Poder%20Legislativo%20e%20a%20Parlamentariza%C3%A7%C3%A3o%20do%20Poder%20Executivo%20no%20Brasil%20(Derly%20Barreto%20e%20Silva%20Filho).pdf)> Acesso em 23 jun. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. (Syn) thesis, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>> Acesso em 23 jun. 2020.

BRAGA, Cássio Nunes de Lira. **Da arena legislativa para a arena judicial: a interferência do STF na pauta das casas legislativas**. Campina Grande, 2019. Disponível em <<http://dspace.sti.ufcg.edu.br:8080/jspui/handle/riufcg/3901>> Acesso em 20 jun. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. **OAB sugere mudança no sistema de governo para o semipresidencialismo.** Ordem dos advogados do Brasil Nacional, 2015. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/noticia/29098/presidente-nacional-da-oab-apresenta-uma-proposta-para-o-brasil?argumentoPesquisa=%22uma%20proposta%20para%20o%20brasil%22>> Acesso em 12 jul. 2020.

OLIVEIRA, Eudes Quintino de; NETO, João Carneiro Duarte. **Contribuições da Filosofia do Direito e da Hermenêutica Filosófica para o enfrentamento da crise estrutural do Brasil.** Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, v. 13, n. 1, p. 94-110, 2018. Disponível em <http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/357> Acesso em 20 jun. 2020.

MONTESQUIEU, Charles. **Do Espírito das Leis.** Editora Pimenta de Mello. Rio de Janeiro, 1919. Edição do Kindle. Paginação irregular.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Semipresidencialismo francês: a relação entre o “rei” e o “pequeno príncipe”.** Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 55, n. 217, p. 65-83, jan./ mar. 2018. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/rii_v55_n217.pdf#page=67> Acesso em 22 jun. 2020.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes.** Companhia das Letras. Edição do Kindle, 2018. Paginação irregular.

FEMINICÍDIO E O DEVER DE PROTEÇÃO DO ESTADO

Benvinda Garrido Teixeira de Melo

INTRODUÇÃO

Diante do aumento dos assassinatos de mulheres, surgiu a necessidade da investigação. Nesse patamar, a Lei do Femicídio foi criada partindo de uma recomendação da CPMI (Comissão Parlamentar Mista de Inquérito), que investigou a violência contra as mulheres nos Estados Brasileiros de março de 2012 a julho de 2013. A Lei nº 13.104/2015 (Brasil, 2015) alterou o Código Penal e incluiu uma nova modalidade de homicídio: o Femicídio.

A perspectiva de gênero, ou seja, a discriminação à condição de mulher e o contexto da violência doméstica contra a mulher são fatores importantes para se entender a circunstância em que ocorre esse crime. Apesar da instituição de Leis que visam combater a violência contra a mulher, a exemplo da Lei Maria da Penha e da Lei do Femicídio, situações adversas acontecem e chamam a atenção dos legisladores para proteger e punir de acordo com a reprovabilidade da conduta.

A responsabilidade do Estado é fator determinante no combate à violência. Essa responsabilidade é compromisso constitucional a partir dos princípios da igualdade e dignidade, norteadores do Estado Democrático de Direito, e requer direcionamentos específicos a partir de políticas públicas e de uma reflexão da sociedade, bem como a integralização dos institutos de proteção que venham a atuar acolhendo a vítima e oferecendo suporte para a concretização da pro-

teção, trazendo irrefutabilidade para os direitos humanos ratificados nos tratados da ONU.

O objetivo desse artigo analisa a atividade estatal no tocante à responsabilidade e as garantias constitucionais, e a forma como esta vem sendo direcionada. Analisa ainda a legislação, abordando aspectos inerentes a sua evolução e aplicação.

Referente a efetividade do Estado, este artigo evidencia a sua forma de atuação, no objetivo de diminuir o número de homicídios a partir da violência de gênero, o auxílio à vítima de tentativa e também assistência aos parentes da vítima fatal. É de grande importância o enfoque diante do alto número de assassinatos de mulheres no contexto de uma violência que só aumenta, mesmo com a normatização de leis e a instituição de políticas públicas direcionadas.

1 FEMINICÍDIO

Feminicídio é o assassinato de mulheres em razão do seu gênero. É um crime associado à condição de ser mulher e necessita desta particularidade essencialmente para tipificá-lo como tal. A violência contra a mulher vem implícita nesse tipo de crime, como explica Mello (2017):

[O] extremo do continuum de terror antifeminino, que inclui uma grande variedade de abusos verbais e físicos, tais como estupro, tortura, escravidão sexual (particularmente na prostituição), relações incestuosas e extrafamiliares de abuso sexual de crianças; agressões físicas e emocional, o assédio sexual (no telefone, na rua, no escritório e na sala de aula), a mutilação genital (clitoridectomia, a excisão, infibulação) operações ginecológicas desnecessárias, heterossexualidade forçada e esterilização forçada, a maternidade forçada, (ao criminalizar a contracepção e o aborto), psicocirurgia, a negação de alimentos para mulheres em algumas culturas, a cirurgia estética, e outras mutilações em nome do embelezamento (RUSSEL; CAPUTI, 1992 *apud* MELLO, 2017, p.16).

Segundo Bianchini e Gomes (2014), a morte deverá ocorrer por razões da condição do sexo feminino, cuja interpretação permite sua vinculação ao gênero por se tratar de uma situação de controle e subjugação absoluta da mulher, caracterizada pelo menosprezo e discriminação à sua condição feminina, além da violência doméstica e familiar, o que permite sua interpretação extensiva ao disposto no art. 5º da Lei nº 11.340/2006, que classifica violência doméstica e familiar contra a mulher como, VERBIS:

Qualquer ação ou omissão baseada no gênero e que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial” que ocorra “no âmbito da unidade doméstica, (...); no âmbito da família, (...) ou em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

2 DEVER DE PROTEÇÃO DO ESTADO

As garantias fundamentais e o respeito aos direitos humanos são objetivos essenciais ao Estado Democrático de Direito. A efetivação da proteção dos cidadãos e a salvaguarda da dignidade humana são fundamentos de uma democracia onde a igualdade deve atender a todos, diante do parâmetro onde seja determinante a condição de se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na exata medida das suas desigualdades. A proteção à mulher é essencial diante desta medida, onde as vulnerabilidades femininas necessitam de um amparo especial.

O dever de proteção estatal tem alicerce no artigo 6º da Constituição, que elenca esse e outros direitos sociais. Os direitos sociais visam garantir aos indivíduos condições materiais para o pleno gozo dessas prerrogativas. A atuação estatal tem obrigação de interceder na ordem social através da justiça distributiva no intuito de garantir a efetividade desses direitos (MACHADO, 2015).

Nessa medida, o dever de proteção do Estado é compromisso constitucional, e deve atuar na esfera da proteção à mulher. Para isso, utiliza-se de instrumentos buscando a garantia da efetividade.

2.1 INSTRUMENTOS DE PROTEÇÃO

2.1.1 A legislação

A legislação tem um papel importante na consolidação da luta das mulheres pela igualdade e pela dignidade, e na superação de construções simbólicas que inferiorizam o sexo feminino em detrimento da hierarquia masculina estabelecida pela história, pela sociedade e pelas raízes culturais.

A Constituição da República Federativa do Brasil é um documento com significado simbólico e ideológico e que marcou a democratização do Estado, quando rompeu com o regime autoritário de 1964. A Carta de 1988 tem como fundamentos a cidadania e a dignidade da pessoa humana, harmonizando o Estado Democrático de Direito com os direitos fundamentais, elementos básicos para sua função democratizadora. Ao eleger a dignidade como condição inerente à qualquer pessoa, proíbe qualquer tipo de discriminação. E assim assegura a proteção aos direitos humanos a partir da universalidade e indivisibilidade dos direitos (PIOVESAN).

“A Constituição da República Federativa do Brasil é a Lei Fundamental do nosso país e foi elaborada com base na soberania popular. Seus preceitos visam projetar o Brasil como Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias” (BRASIL, 2018, ONLINE).

Todas as Leis, Códigos, Medidas Provisórias ou Decretos devem refletir o que está estabelecido no documento promulgado em 1988. A Constituição da República Federativa do Brasil trouxe estabilidade democrática e inovações, dentre elas os dispositivos que representam um marco contra a discriminação, conforme se depreende dos artigos 3º e 5º da referida carta.

O artigo 3º refere-se aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Já artigo 5º é o conjunto normativo referente aos direitos e garantias individuais, trazendo no inciso I a igualdade radical no tratamento entre homens e mulheres, sendo proibido pelo ordenamento jurídico qualquer tipo de discriminação em razão de sexo (MACHADO, 2015).

A proposta da CRFB/1988 é ultrapassar as desigualdades construídas e as barreiras, permitindo às mulheres uma vida pautada na dignidade da pessoa humana. Diante desta proposta, é necessário um engajamento tanto social quanto estatal para o alcance desta realidade.

No código civil, a legislação de 2002 rompeu com muitas concepções discriminatórias da legislação civil anterior, de 1916, e procurou uma adequação aos dispositivos constitucionais. O novo código reconheceu a capacidade da mulher “para todo e qualquer ato da vida civil, e que sua vontade, no decorrer do casamento ou da união estável, está no mesmo patamar de igualdade à vontade do marido. Esses exemplos são avanços consideráveis para a construção de uma sociedade mais igualitária no conjunto de suas relações, na qual o gênero não seja um fator de discriminação”, trazendo a comprovação no artigo 1º, VERBIS

Art. 1º . Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

O Código Penal e o Código de Processo Penal é o direcionamento onde a ciência penal determina as regras para repreensão da sociedade, e deve estar limitado e legitimado pela Constituição Federal Brasileira, sobre o suporte das garantias fundamentais e dos princípios. Queiroz (2015) define o Direito Penal da seguinte forma:

Sistema de princípios e regras que legitima a jurisdição penal. É a parte do ordenamento jurídico que define as infrações penais e as sanções, institui os fundamentos e as garantias que regulam o poder punitivo estatal. É o instrumento de controle social formal pelo qual o Estado regula as condutas nocivas para a convivência em sociedade (QUEIROZ, 2015).

A Lei Maria da Penha (setembro de 2006) foi o avanço que mostrou a necessidade de uma atenção direcionada ao problema da violência da mulher em todas as suas formas. A partir de sua instituição, “a LMP introduziu diversas inovações na atuação policial, como a colheita do pedido de medidas protetivas de urgência, as diligências de proteção indicadas no art. 11 da lei e um novo paradigma de atuação obrigatória ante os casos de lesão corporal, que anteriormente não eram registrados sem a autorização da vítima” (ÁVILA, 2017, p. 106).

A Lei do Feminicídio surgiu a partir de investigações da CPMIV-CM sobre a morte de mulheres, onde a “curva ascendente de feminicídios (o assassinato de mulheres pelo fato de serem mulheres), a permanência de altos padrões de violência contra mulheres e da tolerância estatal detectada tanto por pesquisas, estudos e relatórios nacionais e internacionais quanto pelos trabalhos desta CPMI estão a demonstrar a necessidade urgente de mudanças legais e culturais em nossa sociedade” (BRASIL, 2018, ONLINE).

O Brasil sancionou, em 9 de março de 2015, a Lei do Feminicídio. Essa lei “criou, como modalidade de homicídio qualificado, o chamado *feminicídio*, que ocorre quando uma mulher vem a ser vítima de homicídio simplesmente por razões de sua condição de sexo feminino” (GRECO, 2009).

2.1.2 Ações legislativas e políticas públicas

São os conjuntos de ações realizadas pelos órgãos do poder legislativo e tem o objetivo de proceder à elaboração das leis, sejam elas constitucionais, complementares e ordinárias, bem como as resoluções e os projetos legislativos. As políticas públicas são elaboradas e executadas pelos Poderes que formam o Estado: Legislativo, Executivo e Judiciário.

Em âmbito Nacional, as políticas públicas estão estruturadas nas seguintes intervenções: Plano Nacional de Políticas para as Mulheres (PNPL), Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM), Lei Maria da Penha, Política e Pacto Nacional pelo Enfrentamento à Violência contra as Mulheres, Diretrizes de Abrigamento das Mulheres

em situação de Violência, Normas Técnicas do Centro de Atendimento à Mulher em situação de Violência, Normas Técnicas das Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher, dentre outras (BRASIL, 2018, ONLINE).

2.2 RESPONSABILIDADE DO ESTADO

A violência contra a mulher é um problema social. O feminicídio é a consequência final desse problema. Diante dessa realidade preocupante, a ação do Estado é preponderante para a diminuição dos feminicídios, e necessita de uma urgência iminente. É importante a atuação nos aspectos mais relacionados com a violência, como a discriminação e a desigualdade contra as mulheres, pois estes fatores são altamente direcionados à agressão e geram desequilíbrio estrutural.

O Estado pode ser responsabilizado pelo feminicídio. Nos casos em que a vítima buscou os meios legais previstos em lei e ainda assim foi assassinada, é possível a análise de cabimento de ação indenizatória, mostrando que houve falha por ação ou omissão, e desta forma o Estado deve garantir uma reparação justa e eficaz. Com isso, o Estado pode vir a ser responsável pelas vidas interrompidas, como analisa Maria Almeida Teles:

Se essas mulheres fossem de fato atendidas não teriam sido mortas. Teríamos como afastar o assassino, impedir que essa morte acontecesse. Então o Estado é responsável pela segurança das mulheres, pela proteção dos direitos das mulheres que estão assegurados em várias leis, inclusive na Lei Maria da Penha. Essa é a questão mais lamentável da realidade que estamos vivendo: é a tragédia anunciada – ou seja, a gente sabe que vai acontecer isso com a mulher e já existe um conhecimento técnico, medidas que poderiam ser aplicadas para impedir essas mortes e, ainda assim, no Brasil matam-se de 13 a 15 mulheres por dia por violências de gênero. Essas mulheres ainda poderiam estar vivas, o que é lamentável e indignante. Maria Amélia de Almeida Teles, bacharel em Direito e co-fundadora da União de Mulheres de São Paulo e do programa de Promotoras Legais Populares (GALVÃO).

Um outro grande problema é a subnotificação. Formas existentes partem da nomeação do problema, levando a visão do conceito destas mortes violentas, não mascarando a situação. É de suma importância nesse aspecto de visibilidade, a adoção efetiva da ação preventiva, pois existe a responsabilidade do Estado. E existe ainda a garantia constitucional da dignidade da pessoa humana.

2.3 RESPONSABILIDADE GLOBAL

O assassinato de mulheres também é um problema global e, muitas vezes, essa responsabilidade precisa ser estendida internacionalmente. Além das ações legislativas, das políticas públicas, da instituição de leis que atuem na prevenção e repressão á violência, o Estado tem responsabilidade quando o crime ocorre fora do País, diante da perspectiva constitucional das relações internacionais na defesa de seu povo (CRFB, artigo 4º).

Essa responsabilidade vem ratificada nos tratados, acordos e convenções dos quais o Brasil é signatário. Em âmbito internacional, a política de enfrentamento à violência encontra-se estruturada pelas convenções e tratados internacionais ratificados pelo Brasil, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará, 1994), Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher (CEDAW, 1981). (MELLO 2017).

2.4 A GARANTIA DOS DIREITOS

A garantia dos direitos é uma das medidas essenciais na precaução de uma vida livre de violência, e tem como consequência a repressão ao feminicídio. É dever do Estado agir na expansão dos serviços especializados e o implemento de políticas públicas que sejam direcionadas ao problema da violência antes do desfecho do assassinato:

“Essa é a questão mais lamentável da realidade que estamos vivendo: é a ‘tragédia anunciada’: sabemos que isso vai acontecer

com a mulher e já existem conhecimento técnico e medidas que podem ser aplicadas para impedir essas mortes. Ainda assim, no Brasil matam-se de 13 a 15 mulheres diariamente por violências de gênero. Essas mulheres ainda poderiam estar vivas, o que é lamentável e indignante” (PRADO, p. 125).

Esta garantia dos direitos está expressa na Constituição da República Federativa do Brasil, através do artigo 226, & 8º e afirma que “o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”. O Estado entende que a família é a base da sociedade, de acordo com o caput do artigo 226: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Dessa forma, é imperiosa a atuação nessa proteção, bem como oferecer meios para que isso se efetue.

Quando o Estado falha na proteção da vida, é necessário a garantia dos direitos das vítimas diretas dos feminicídios, sejam eles tentados ou consumados. No feminicídio tentado, a vítima pode cobrar a reparação estatal. Quando consumado o crime, os familiares ou dependentes devem ter garantidos seus direitos à justiça, à memória e à verdade, sendo também deveres do Estado assegurar os direitos à informação, assistência, proteção e reparação às vítimas (PRADO, p. 105).

Segundo Aparecida Gonçalves, cabe reparação justa e eficaz às vítimas sobre os danos materiais, e nos abalos emocionais causados aos filhos e/ou dependentes. “Pelos danos morais, é importante que não apenas a reparação financeira seja considerada, mas também a dimensão relativa à comunicação, por parte das instituições do Estado, de que o feminicídio não pode ser tolerado” A vítima sobrevivente pode ainda contar com assistência jurídica através de advogado ou defensor público, e o Ministério Público deve cobrar a responsabilidade do Estado nos feminicídios (PRADO, p.106).

As Diretrizes Nacionais para investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres é um documento que se destina a orientar e auxiliar as instituições que atuam na apuração de responsabilidades criminais (instituições de segurança pública – policias civis, policias militares, órgãos de perícias criminais

e de medicina legal –, Ministérios Públicos, Defensorias Públicas e Poder Judiciário) e vem colaborar no aprimoramento da investigação e julgamento das mortes violentas de mulheres (PASINATO, 2016).

Publicado em 2016, o documento apresenta-se como uma adaptação do Modelo de Protocolo latino-americano para investigação das mortes violentas de mulheres por razões de gênero. O propósito matriz das diretrizes visa uma colaboração onde o aprimoramento da investigação policial, do processo judicial e do julgamento de mortes violentas de mulheres direcione e evidencie o gênero como causa dos crimes, garantindo assim uma efetividade estatal no combate e na punição desses assassinatos (MENEGHEL; PORTELLA, 2017).

O Estado também deve assegurar os direitos à informação, assistência, proteção e reparação às vítimas. E prestar auxílio no caso de sequelas que possam impossibilitar o retorno das vítimas às suas atividades normais. É fundamental que os profissionais do sistema de justiça atuem e orientem as mulheres sobre seus direitos e a buscar uma reparação com ações cíveis seja contra o agressor, seja contra o Estado, dependendo do caso.

2.4.1 As garantias e o direito internacional

A proteção pelo Estado está prevista no artigo 5º da Constituição Federal, onde encontram-se os direitos e garantias fundamentais: “em tese, direitos fundamentais são os valores jurídico-políticos originados da dignidade inerente ao humano, pois atualizam as potencialidades essenciais ao ser. Além da gênese dos direitos fundamentais, seu caráter atemporal, eterno e sagrado não impede que se faça uma análise acerca deles. De fato, ao longo da história, os direitos fundamentais se manifestaram de maneiras um pouco diversas” (MACHADO, 2015).

Os direitos são assegurados pelo Estado e também em nível internacional. Diante disso, foi de grande importância o surgimento do Direito Internacional, ratificando essa proteção em âmbito global. A história dos direitos humanos compreende a internacionalização e a humanização desses direitos. “A ética dos direitos humanos é a ética que vê no outro um ser merecedor de igual consideração e profundo

respeito, dotado do direito de desenvolver as potencialidades humanas de forma livre, autônoma, e plena” (PIOVESAM², 2009).

O Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a adoção de inúmeros tratados internacionais, aspiravam a proteção dos direitos fundamentais. Com isso, formou-se, em nível global, um sistema de proteção complementar onde a simultaneidade dos sistemas geral e específico de proteção aos direitos humanos atuavam. Inicialmente, o sistema dos direitos humanos orientou-se pela igualdade formal, geral e abstrata, espelhando-se no movimento feminista liberal (MELLO, 2017, p.35).

Essas contribuições almejavam um sentido mais inclusivo em relação aos direitos humanos das mulheres. Desta forma, questionavam a imunidade e a neutralidade das normas internacionais. Com isso, queriam um direito que trouxesse em seu paradigma mulheres de todas as idades, cores, capacidades, regiões e buscavam também a isonomia relacionada às práticas sexuais, religiosas e culturais, somados à garantia estatal internacional.

2.4.2 Direitos humanos das mulheres

Os tratados internacionais consolidaram muitos pedidos relacionados à luta das mulheres. Os tratados visam uma proteção que vai além da tutela do Estado, buscando assim um direcionamento que procura ser mais eficaz. A Carta das Nações Unidas de 1945 trouxe a consolidação das garantias dos direitos humanos, e buscou a cooperação internacional. A partir da Declaração de 1948 começa se desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos, onde potencialmente a dignidade humana e a prevenção do sofrimento humano idealizavam a sua estrutura (PIOVESAM², 2009).

Na Confederação Mundial de Direitos Humanos realizada em 1993, em Veneza, foi incluído o artigo 18, onde diz que: “Os direitos dos homens, das mulheres e das crianças de sexo feminino constituem uma parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais. A participação plena e igual das mulheres na vida política, civil e econômica, social e cultural, em nível nacional, regional e interna-

cional, e a erradicação de todas as formas de discriminação com base no sexo constituem objetivos de prioritários da comunidade internacional” (MELLO, 2017, p.37).

Devido à necessidade de uma maior eficácia na proteção, diversas medidas foram implantadas. A Convenção Pela Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a mulher (Convenção da Mulher ou CEDAW) foi aprovada em 1979 pela ONU e determinava aos países o compromisso de combater todas as discriminações contra as mulheres. Essa convenção define a violência contra a mulher como “qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada” e aponta também os direitos a serem protegidos, os deveres do Estado e os mecanismos internacionais de proteção (MELLO, 2017, p.37).

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a violência Contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará) foi aprovada em 1994, pela OEA e reconhece a grave violação que a violência contra a mulher representa aos direitos humanos, onde há a limitação dos demais direitos fundamentais, total ou parcialmente (MELLO, 2017, p.38).

A Convenção de Belém do Pará trouxe uma amplitude maior em relação à definição de violência contra a mulher tanto em relação ao tipo de violência quanto ao local onde ela é praticada, e busca enfrentar a violência por meio de medidas de prevenção, de punição e de erradicação, definindo-a como “[...] qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado” (MELLO, 2017, p.38).

Essas Convenções representaram um resgate da luta específica das mulheres, e foram ratificadas no Brasil. Visam, antes de tudo, o direito ao respeito à vida, à sua integridade física, psíquica e moral, o direito à liberdade e à segurança pessoal e de sua família, o direito a não ser submetida à tortura, o direito à igualdade de proteção perante a lei e da lei, bem como o direito a um recurso simples e rápido diante dos tribunais competentes, que a ampare contra atos que violem seus direitos. Busca

a concretização e o respeito aos direitos humanos e fundamentais femininos onde a mulher é um ser igual, capaz e independente.

Outras evoluções foram reivindicadas nas Conferências. A III Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento – Cairo’94 teve por tema central os direitos sexuais e os direitos reprodutivos, e também o reconhecimento do aborto inseguro como problema de saúde pública. Na Conferência Mundial sobre a mulher – Beijing’95, Igualdade, Desenvolvimento e Paz, as mulheres lutaram pela implantação de políticas públicas e pela revisão das leis que puniam a interrupção voluntária da gravidez (MELLO, 2017).

O protocolo de Palermo foi elaborado em 2000, entrou em vigor em 2003 e foi ratificado pelo Brasil em 2004, e tem o intuito de prevenir, reprimir e punir o tráfico de pessoas para fins de exploração, seja essa exploração humana, sexual, de trabalho ou para remoção de órgãos. O protocolo é um instrumento legal internacional que trata do tráfico de pessoas, em especial de mulheres e crianças. “Segundo o Protocolo de Palermo, a expressão ‘tráfico de pessoas’ significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. Segundo o Protocolo, a exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos” (PRADO, p.122).

Essa responsabilidade do Estado brasileiro a nível global visa garantir a efetividade da proteção, e é resultado de um conjunto de ações onde o principal objetivo é a garantia da defesa da mulher. Diante dessa realidade, é notório a vulnerabilidade que lhes é característica, bem como a atenção necessária para garantir uma sociedade mais justa e equilibrada em todos os seus aspectos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, o presente artigo mostra que o Estado tem o dever de agir na proteção pela norma, que foi caracterizada pela Lei Maria da Penha e pela Lei do Feminicídio. Também garantir proteção através das políticas públicas e de todos os meios conquistados pelos tratados e convenções, que atuam no sentido de uma eficaz proteção da mulher

A partir de uma coletiva de esforços individuais entre sociedade e governos, aconteceram progressos que levaram a mudanças na legislação. O Estado Brasileiro passou a ser signatário de acordos que visam assegurar os Direitos Humanos das Mulheres e erradicar qualquer forma de violência e discriminação com base no gênero, o que é considerado uma grande evolução na garantia da proteção à mulher.

A violência contra a mulher passou a ser assunto de Direitos Humanos e Saúde Pública, sendo discutida no campo Político, Social e Jurídico. Medidas de prevenção e formas de combate à violência foram implementadas. O Estado implementou a integração dos órgãos, a implementação das políticas públicas, mas é necessário ainda uma maior intervenção no sentido de estudos para identificação de perfil agressor, uma maior motivação para denúncias, mais ações de enfrentamento ao problema da violência, investigações preventivas que busquem atuar nas subnotificações.

Existe também e principalmente o bloqueio da efetividade diante da omissão estatal, levando ao entrave das ações. Diante disso, cresce o número de violência e também o número de assassinatos. Mas uma solução eficaz requer ainda medidas que atuem na raiz cerne da questão: a educação.

É imprescindível uma atuação do Estado visando a anulação da violência em seu nascedouro. Desta forma, é imperioso que campanhas venham atingir e conscientizar não somente pessoas adultas, mas o combate à violência deve começar bem cedo, partindo de uma orientação que mostre, nas escolas essencialmente, o respeito ao outro, o amor ao próximo, o valor dos princípios e a empatia. É preciso cuidar, principalmente, da base do futuro.

É realmente um longo caminho aliado a um longo trabalho. Estas medidas, somadas ainda a uma adequada incorporação da perspectiva

de gênero nas políticas de segurança pública podem vir a proporcionar uma real prevenção à violência e ao feminicídio, bem como uma eficaz proteção às vítimas. Desta forma, em um futuro, pode ser que não seja necessário a normatização de leis buscando uma justiça equitativa. E que haja também a expectativa de uma proteção onde a dignidade é inerente a todos visando dias melhores.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

< <http://www.onumulheres.org.br/>>.

<<http://www2.planalto.gov.br>>.

<https://agenciapatriciagalvao.org.br/wp-content/uploads/2017/03/LivroFemicidio_InvisibilidadeMata.pdf>.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. Violência contra a mulher: Consequências da perspectiva de gênero para as políticas de segurança pública. **Revista da Faculdade de Direito – Ufpr**, Curitiba, v. 62, n. 3, p.103-132, 24 jul. 2017. Trimestral. Disponível em: <[file:///C:/Users/cezar/Downloads/51841-222913-1-PB%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/cezar/Downloads/51841-222913-1-PB%20(3).pdf)>.

BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. **Femicídio**: entenda as questões controvertidas da Lei 13.104/2015. 2014. Disponível em: <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/173139525/femicidio-entenda-as-questoes-controvertidas-da-lei-13.105-2015>>.

BRASIL, 2018, ONLINE. Disponível em:

GALVÃO, Patrícia. **Femicídio**. Disponível em: <<http://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/violencias/femicidio/>>.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: Parte geral. 11 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 217

Legislação: Conheça o material legislativo produzido no Brasil. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/conheca-a-presidencia/acervo/legislacao>>.

MACHADO, Costa (Org.). **Constituição Federal Interpretada**: Artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 6. ed. São Paulo: Manole, 2015. 1423 p.

MELO, Adriana Ramos de. **Feminicídio**: Uma análise sociojurídica da violência contra a mulher no Brasil. 2. ed. Rio de Janeiro: Gz Editora, 2017. 220 p.

MENEGHEL, Stela Nazareth; PORTELLA, Ana Paula. Feminicídios: Conceitos, tipos e cenários. **Ciência e Saúde Coletiva**, v. 9, n. 22, p.3077-3086, 2017. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v22n9/1413-8123-csc-22-09-3077.pdf>>.

ONU MULHERES, ONLINE. Disponível em:

PASINATO, Wânia (Org.). **Diretrizes Nacionais Feminicídio**: Investigar, processar e julgar com perspectivas de gênero as mortes violentas de mulheres. Brasília: Onu Mulheres, 2016. 130 p. Disponível em: <<http://www.spm.gov.br/central-de-conteudos/publicacoes/2016/livro-diretrizes-nacionais-femenicidios-versao-web.pdf>>.

PIOVESAN², Flávia. Direitos Humanos: Desafios e perspectivas contemporâneas. **Revista Tst**, Brasília, v. 75, n. 1, p.107-113, jan. 2009. Trimestral. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/6566/010_piovesan.pdf?sequence=5>.

PIOVESAN, Flávia. **A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista5/5rev4.htm>>.

PRADO, Débora (Org.). **Feminicídio**: Invisibilidade Mata. São Paulo: Câmara Brasileira do Livro. 184 p. Disponível em:

QUEIROZ, Paulo. **Conceito de Direito Penal**. 2015. Disponível em: <<http://www.pauloqueiroz.net/conceito-de-direito-penal/>>.

AS AÇÕES DO GOVERNO FEDERAL PARA O ENFRENTAMENTO DE PANDEMIA

Luciana Sanches Ferreira

1 INTRODUÇÃO

O tempo atual é de crise, em pandemia, que gera grande risco para a sociedade e o planejamento de ações públicas federais são essências para trazer a segurança pública e paz social.

Este artigo visa apresentar o planejamento estratégico governamental para os país no enfrentamento da pandemia. Assim, por meio de pesquisa que alterna o delineamento bibliográfico e o documental, será abordado as principais ações públicas federais de forma sistematizada para o enfrentamento da pandemia.

Buscando a consecução desses objetivos, o artigo estrutura-se da seguinte forma. De início, apresentar-se-á visão aspectos peculiares e nas características do problema atual com a pandemia por coronavírus, Covid 19. Feito isso, o artigo volta-se para a apresentação das ações públicas federais apresentadas para o enfrentamento da crise nacional digno de nota. Tal listagem observará, sempre, os bens fundamentais de proteção aos direitos humanos, assim como a necessidade da atuação do poder público e da população para evitar a proliferação da doença.

Por fim, será exposto se as ações governamentais estão respeitando a dignidade da pessoa humana e por consequência os direitos fundamentais presentes na Constituição.

Justifica-se esta análise, tendo em vista que a dignidade da pessoa humana está associada ao que é justo e correto. A Constituição Federal garante a todas as pessoas o respeito aos direitos fundamentais e aos direitos humanos, resguardando os bens mínimos essenciais à sobrevivência da espécie humana.

Também se farão presentes as observações respeitantes aos principais problemas que, a nosso juízo, obstaculizam a plena efetividade de todos os direitos. Isso porque, com uma abordagem holística, a questão se deixa ver com todas suas nuances.

2 As Ações do Governo Federal para o enfrentamento da pandemia

O planeta atualmente, está em tempos de crise, pandemia, como resguardar a dignidade da pessoa humana, e assegurar os direitos fundamentais, estabelecidas na Constituição Federal.

A Constituição Federal prevê a manutenção do Estado Democrático de Direito que estabelece os direitos fundamentais, “[...] os direitos fundamentais podem ser considerados simultaneamente pressuposto, garantia e instrumento do princípio democrático da autodeterminação do povo por intermédio de cada indivíduo, mediante o reconhecimento do direito de igualdade (perante a lei e de oportunidades), de um espaço de liberdade real, bem como por meio da outorga do direito à participação (com liberdade e igualdade), na conformação da comunidade e do processo político, de tal sorte que a positivação e a garantia efetiva do efetivo exercício de direitos políticos (no sentido de participação e conformação do status político) podem ser considerados o fundamento funcional da ordem democrática e, neste sentido, parâmetro de sua legitimidade”.(SARLET 2012)

No Estado Democrático de Direito o povo participa das decisões e lhe é atribuído os direitos fundamentais como meio de dignidade.

Mas em tempos de crise, como em pandemia, será que estão sendo realizadas ações públicas federais para resguardar a sociedade e a dignidade da pessoa humana?

Primeiramente cabe analisar a situação atual da pandemia. Segundo o dicionário Priberam, pandemia é “um surto de uma doença com

distribuição geográfica internacional muito alargada e simultânea. No caso a doença é o coronavírus SARS – Covid – 2, conhecido Covid 19.

De acordo com a Organização Mundial da Saúde (BRASIL, 2020) o COVID 19 é “a doença infecciosa causada pelo novo coronavírus, identificado pela primeira vez em dezembro de 2019, em Wuhan, na China”.

Em 30 de janeiro de 2020 a Organização Mundial de Saúde (BRASIL, 2020) declarou “que o surto da doença causada pelo novo coronavírus (COVID-19) constitui uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional – o mais alto nível de alerta da Organização, conforme previsto no Regulamento Sanitário Internacional. Em 11 de março de 2020, a COVID-19 foi caracterizada pela OMS como uma pandemia”.

A doença contagiosa, que varia de infecções assintomáticas a quadro respiratórios graves, criou um alerta mundial e alterou a rotina dos países com casos confirmados, com o fechamento de serviços não considerados essenciais, além das escolas, aeroportos entre outros, para conter a proliferação da doença.

Atualmente, segundo os dados da Organização Mundial da Saúde, publicados pela Secretaria de Saúde (BRASIL, 2020) até o dia 10 de julho de 2020, “foram confirmados no mundo 12.102.328 casos de COVID-19 (228.102 novos em relação ao dia anterior) e 551.046 mortes (5.565 novas em relação ao dia anterior)”. No Brasil de acordo com o Ministério da Saúde (MS, 2020) até o dia 11 de julho de 2020 os casos confirmados foram de 1.839.850, sendo confirmada a morte de 71.469 pessoas.

Para a contenção da doença no Brasil, no dia 20 de março de 2020, por meio do Decreto Legislativo n. 6 de 2020 foi declarado o estado de calamidade pública com efeitos até o dia 31 de dezembro de 2020. A calamidade pública pode ser declarada quando há comprometimento das funções do Estado. Com a medida foram liberados recursos federais para que a União, os Estados e Município para se prepararem a pandemia por meio de ações públicas.

As ações públicas são essências para a organização do país, a obediência a legislação e a hierarquia dos órgãos federais, estaduais e municipais.

No presente, será exposto, de forma sistematizada, a organização governamental federal para o enfrentamento da pandemia elencadas pelo Ministério da Saúde e divulgadas através do seu site para resguardar os direitos fundamentais e a manutenção da dignidade da pessoa humana.

Segundo os dados do Ministério da Saúde (BRASIL, 2020), com os recursos financeiros autorizados, está sendo possível realizar os seguintes procedimentos: o aumento de profissionais de saúde, a entrega de 806 mil unidades de medicamentos para intubação distribuídos aos Estados, a habilitação 9,2 mil leitos UTI (Unidade de Terapia Intensiva) habilitados para o COVID 19, mais de 163 milhões dos equipamentos de proteção Individual para a proteção dos profissionais da saúde que atuam na linha de frente e mais de 65 mil ventiladores pulmonares.

Ressalta-se ainda, programas sociais de para visando a inclusão aos programas governamentais, o Ministério da Saúde (BRASIL, 2020) como no caso os índios e suas terras indígenas de Roraima que receberam 3,9 mil atendimentos especializados com pediatra, ginecologia e infectologia, com a distribuição de insumos como mascaras, luvas, álcool em gel, testes e medicamentos, além da destruição de mais de 200 toneladas de cestas básicas somente no mês de maio, com o objetivo de que os índios não saiam mantenham-se isolados. Foram criadas também a Unidade de Atenção Primária Indígena (UAPI) com a finalidade e de fornecer o atendimento a população indígena nos casos suspeitos de Síndrome Gripal (SG) e identificação precoce de casos de Covid-19. “As comunidades atendidas foram Auaris, Waikás, Surucucu, Maturuca, Ticoça e Flexal que, juntas, possuem mais de 9,5 mil indígenas atendidos pelos Distritos Sanitários Especiais Indígenas (DSEI) Yanomami e Leste de Roraima.”

De acordo com o programa de transparência do Governo Federal, através da Controladoria Geral da União (BRASIL, 2020), está à disposição da população os seguintes informativos contra a pandemia: informação atualizada e diária dos casos confirmadora, recuperados e óbitos; orientações sobre os sintomas, transmissão, incubação e comparação com outras doenças respiratórias, além de orientações para empresas, escolas entre outros setores; o painel de saúde com a quan-

tidade de leitos e insumos, como testes, mascarar e luvas, por Estado, com o objetivo de informar o que foi comprado ou doado e distribuído para enfrentar a pandemia; apresentação de protocolos de manjo clínico, plano de contingencia nacional por Estado, lista de hospitais de referência e procedimento operacional padronizado entre outros para orientar os profissionais e gestores de saúde; em relação as aeronaues e embarcações, orientações sanitárias da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) que devem ser tomadas por tripulantes de aeronaves e embarcações em viagens nacionais e internacionais e companhias aéreas brasileiras e do exterior, além de boletins epidemiológicos com publicações técnico-científico, produzida pela Secretaria de Vigilância em Saúde do Ministério da Saúde, com informações de monitoramento e investigação de doenças específicas sazonais.

Ainda existem, campanhas visando realizadas pelo Ministério da Saúde (BRASIL, 2020), o estímulo a movimento solidários governamentais como o “Todos por todos”, que tem por objeto a captação ofertas de serviços à população e propostas de doações aos governos, para o enfrentamento à pandemia do novo coronavírus; a “Arrecadação Solidária” que apoia as entidades sem fins lucrativos que atuem com grupos vulneráveis da sociedade; o “Todos por Todos: contra o Coronavírus” que é uma arrecadação solidária criada para apoiar instituições sem fins lucrativos, no site é possível que as instituições se cadastrem para o recebimento das doações e a sociedade pode escolher a entidade a ser especifica ou realizar uma doação geral; “Brasil Acolhedor”, que é uma parceria do Governo Federal e a sociedade civil para receber doações em dinheiro ou em cestas básicas, itens de higiene ou outros materiais; o “Brasil Acolhedor” que tem o intuito de promover ações de apoio à população vulnerável diante do enfrentamento ao coronavírus, por meio do fortalecimento de instituições sem fins lucrativos que atuem com trabalho voluntário na sociedade, todos a disposição no site transparência do Governo Federal, através da Controladoria Geral da União (CGU, 2020).

Ressalta-se que, de forma sistematizada o portal de transparência do Ministério da Saúde (BRASIL, 2020), ainda apresenta “Apoio e Auxílios Emergenciais”, que é um benefício financeiro destinado aos

trabalhadores informais, microempreendedores individuais (MEI), autônomos e desempregados, com o objetivo de fornecer proteção emergencial no período da crise causada pelo coronavírus, visa garantir a população o resguardo dos direitos sociais e a preservação do mínimo necessário para o sustento familiar; o programa “Vamos vencer” de responsabilidade do Ministério da Economia, que publica informações oficiais e atualizadas aos empresários sobre o trabalho emergencial feito pelo governo federal, apresentada ainda, medidas excepcionais e temporárias para a manutenção de empregos durante o estado de calamidade pública e o projeto “Manutenção do emprego e da renda”, programa este que oferece medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública. O benefício poderá ser pago quando houver redução proporcional de jornada de trabalho e de salário; e suspensão temporária do contrato de trabalho.

De acordo com o Ministério da Saúde (BRASIL, 2020) com as ações apresentadas demonstrou que cerca de 1.100.873 de brasileiros já foram curados, para isso foram aplicadas ações drásticas e restritivas como o Decreto 10.282 de 20 de março de 2020 que regulamenta a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que define os serviços públicos e as atividades essenciais, sendo vedadas demais atividades, a Lei nº 14.019/2020 que tornou obrigatório o uso de máscaras de proteção individual em espaços públicos e privados durante a pandemia.

Ressalta-se que a lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020 ainda prevê as seguintes medidas “Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, dentre outras, as seguintes medidas: I – isolamento; II – quarentena; III – determinação de realização compulsória de: a) exames médicos; b) testes laboratoriais; c) coleta de amostras clínicas; d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou e) tratamentos médicos específicos; III-A – uso obrigatório de máscaras de proteção individual; IV – estudo ou investigação epidemiológica; V – exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver; VI – restrição excepcional e temporária, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, por rodovias, portos ou aeroportos de: a) entrada e saída do País; e b) locomo-

ção interestadual e intermunicipal; I - requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa; e VIII – autorização excepcional e temporária para a importação e distribuição de quaisquer materiais, medicamentos, equipamentos e insumos da área de saúde sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa considerados essenciais para auxiliar no combate à pandemia do coronavírus, desde que: a) registrados por pelo menos 1 (uma) das seguintes autoridades sanitárias estrangeiras e autorizados à distribuição comercial em seus respectivos países: 1. Food and Drug Administration (FDA); 2. European Medicines Agency (EMA); 3. Pharmaceuticals and Medical Devices Agency (PMDA); 4. National Medical Products Administration (NMPA)”. (BRASIL, 2020)

Vislumbra que as restrições e limitações a direitos como liberdade de ir e vir com a quarentena, o acesso ao trabalho, o uso obrigatório de EPIs (equipamentos de proteção individual, traz em discussão a restrição aos direitos sociais e os direitos fundamentais e consequentemente da dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal no artigo Art. 1º diz que “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”.

O conceito de dignidade é muito amplo, já que engloba aspectos sociológicos, filosóficos e jurídicos, conforme preceitua autores importantes como Plácido e Silva “dignidade é a palavra derivada do latim dignitas (virtude, honra, consideração), em regra se entende a qualidade moral, que, possuída por uma pessoa serve de base ao próprio respeito em que é tida: compreende-se também como o próprio procedimento da pessoa pelo qual se faz merecedor do conceito público; em sentido jurídico, também se estende como a dignidade a distinção ou a honraria conferida a uma pessoa, consistente em cargo ou título de alta graduação; no Direito Canônico, indica-se o benefício ou prerrogativa de um cargo eclesiástico. (SILVA, 1967)

A dignidade traz na sua essência o que é justo e correto para os padrões sociais, envolvendo valores trazidos desde a concepção da pes-

soa, e está associada ao direito natural, assim como o cumprimento do direito positivo.

Porém Hegel, no século XIX atribuiu a dignidade somente as pessoas que possuem a qualidade de cidadão, já que entende que a dignidade deve ser almejada e conquistada por quem tem interesse, “a dignidade é uma qualidade a ser conquistada. O ser humano não nasce digno, mas torna-se digno a partir do momento em que assume a sua condição de cidadão dentro de uma comunidade ética. Nesta concepção, a dignidade necessita de reconhecimento, o que se encontra esclarecido na máxima de que “cada um deve ser pessoa e respeitar os outros como pessoas” (HEGEL, 1970).

Hegel, demonstra que o ser humano precisa compreender os valores éticos para se tornar uma pessoa com digna de ser respeitada. Mas a Constituição Federal brasileira abrange a toda a sociedade o direito a dignidade sem distinção de qualquer natureza, abrangendo os nascituros, os presidiários entre outros.

Na dignidade da pessoa humana incluem direitos e deveres que são inerentes a sobrevivência como direito a vida, liberdade, personalidade, assim como ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Ingo Wolfgang Sarlet, retrata os direitos e deveres como meio de dignidade “qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”. (SARLET, 2.001)

Vislumbra que o autor demonstra que as pessoas são merecedoras do respeito para garantia das condições mínimas de uma vida condizente com a dignidade, mas para isso necessitam de normas como meio de controle social para a garantia da espécie humana. É possível dizer que os direitos humanos (e seus princípios) “[...] visam garantir a justiça e preservar a integridade de cada indivíduo [...]” (CASTRO; FÉLIX, 2019).

Neste contexto, temos que a dignidade da pessoa humana está voltada para a garantia dos direitos fundamentais. Para Luís Roberto Barroso “A dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independentemente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência” (BARROSO, 2009)

Desta forma, a dignidade da pessoa humana está associada a todos os valores inerentes aos seres humanos, intrínsecos e extrínsecos e não podem haver qualquer meio de discriminação ou preconceito, assegurando assim a preservação dos direitos humanos.

Discute-se, portanto, se as ações governamentais, podem restringir ou limitar direitos inerentes a dignidade da pessoa humana, como o direito a locomoção.

O Decreto nº 592, de 6 de Julho de 1992, que estabelece o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos em seu artigo 5 apregoa 1. Nenhuma disposição do presente Pacto poderá ser interpretada no sentido de reconhecer a um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de dedicar-se a quaisquer atividades ou praticar quaisquer atos que tenham por objetivo destruir os direitos ou liberdades reconhecidos no presente Pacto ou impor-lhe limitações mais amplas do que aquelas nele previstas². Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte do presente Pacto em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau. (BRASIL, 2020).

Conforme enunciado acima, não poderá haver limitações, restrição ou suspensão dos direitos fundamentais, porém em uma análise mais profunda será analisado vemos que a Constituição Federal, prevê no art. 5º, XV que “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nela entrar, permanecer ou dele sair com seus bens, como o direito à vida e a saúde, devendo prevalecer o bem maior que é a vida humana” (BRASIL, 2020). Ressalta-se que o direito de ir e vir está previsto para tem-

po de paz, portanto, é este direito é relativo. Em contrapartida temos o direito à vida reconhecido também na Constituição Federal no art. 5º, caput que engloba o direito a saúde. O direito à vida comporta também tem uma exceção no art. 5º da Constituição Federal, inciso “XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;” (BRASIL, 2020). Portanto, há dois direitos em conflito o direito de locomoção e o direito à vida, devendo prevalecer o direito à vida que é o bem maior do ser humano, além de abranger a coletividade e preservar a dignidade da pessoa humana.

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças. (SARLET, 2009)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa de conclusão, cumpre afirmar que o presente artigo constitui, de forma singela condição atual de pandemia, pelo Covid 19, doença grave que pôs em risco bens fundamentais garantidos na Constituição Federal como a vida e a liberdade de locomoção, além de modificar rotinas de trabalho, estudo, entre outros, trazendo o ambiente virtual única alternativa para os serviços não considerados essenciais.

Ressalta-se ainda, o louvável trabalho dos profissionais da área de risco que se colocam a disposição para que o país de continuidade, resguardando os produtos fundamentais para a sobrevivência como o abastecimento alimentício, medicamentos, de segurança nos presídios, policiais e profissionais da saúde, ente outros.

Portanto, muito embora, ainda os serviços essenciais estão sendo prestado e já existe uma previsão de retorno gradativo para todos os ramos de atividades, a situação econômica merece atenção.

A situação de crise, demonstrou que as ações públicas são fundamentais para o desenvolvimento nacional, ações estas que respeitem os direitos fundamentais, além dos direitos sociais.

Urge esclarecer que mesmo em tempos difíceis é possível restringir bens essenciais como a liberdade de ir e vir, desde que realizado um trabalho de conscientização na sociedade, apoiado na empatia e na preservação de bens e direitos fundamentais como a saúde e a vida.

Portanto, conclui-se que a dignidade da pessoa humana tem como ser preservada se estabelecido parâmetros para atingir a toda a sociedade, com ações públicas sem cunho político e nem partidário, além da parceria com os Estados e Municípios, respeitando o Estado Democrático de Direito, este que é representado pelo povo e dele emana à vontade.

Referências

- BRASIL, **Constituição Federal de 1.988**. São Paulo. Saraiva, 2020
- _____, **Decreto 10.282 de 20 de março de 2020**. São Paulo. Saraiva, 2020
- _____, **Decreto 592, de 6 de Julho de 1992**, São Paulo. Saraiva, 2020
- _____, **Decreto Legislativo n. 6 de 2020**. São Paulo. Saraiva, 2020
- _____, **Controladoria Geral da União**. Disponível em <https://www.gov.br/cgu/pt-br/coronavirus/governo-federal>. Acesso em 09.07.2020, as 20h30min
- _____, **Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. São Paulo. Saraiva, 2020
- _____, **Lei nº 14.019/2020**. São Paulo. Saraiva, 2020
- _____, **Ministério da Saúde**. Disponível em <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/47178-terras-indigenas-de-roraima-recebem-3-9-mil-atendimentos-e-4-toneladas-de-insu-mos-medicos>. Acesso em 09.07.2020, as 20h30min

_____, **Ministério da Saúde**. Disponível em <https://www.saude.gov.br/noticias?limitstart=0>. Acesso em 10.07.2020, as 1h30min

CASTRO, Aldo Aranha de; FÉLIX, Ynes da Silva. **Justiça e equidade como elementos basilares para o desenvolvimento de meios adequados à concretização do acesso à justiça**. 2019, p. 106. Disponível e https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/5/BCA2DC3A25D6FC_5999-17233-1-PB.pdf. Acesso em 12.07.2020^o as 21h29min

HEGEL, G.W.F. **Filosofia do Direito**. Tradução: Paulo Meneses... [et al.]. São Leopoldo: Ed. UNISSINOS, 2010.

Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2020. Disponível em <https://dicionario.priberam.org/pandemia>. Acesso em 12-07-2020, as 9h09min..

MARQUES, Eduardo; SOUZA, Celina. (2016), **“Políticas públicas no Brasil: avanços recentes e agenda para o futuro”**. In: AVRITZER, Leonardo; MILANI, Carlos; BRAGA, Maria S. (Orgs.). *A ciência política no Brasil: 1960-2015*. Rio de Janeiro: FGV Editora; ABCP

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. 9^a Edição.

SILVA, Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Vol. II; São Paulo: Forense, 1967, p. 526

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: A LINHA TÊNUE ENTRE A EFETIVAÇÃO E A OFENSA AOS DIREITOS HUMANOS NOS PROCESSOS DA OPERAÇÃO LAVA JATO

Greyce Kelly Schusarz Salvador

I. INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, surgiram vários escândalos de cometimento de crimes, especialmente de corrupção e lavagem de dinheiro, envolvendo grandes políticos e renomados empresários. Figuras que raramente ocupariam essa posição, agora se encontravam na cadeira de réu, fato este que gerou grande especulação da mídia, bem como fez nascer um clamor social por justiça, como nunca visto antes.

Com o sentimento de revolta pelas altas montas de dinheiro que sofreram desvios por pessoas conhecidas pela maior parte da sociedade – esta, talvez a grande vítima disso tudo –, combinado com a atenção conferida pela mídia a estes casos, viu-se um Judiciário despreparado, o qual lutava entre a manutenção de um devido processo legal, com todos os direitos e garantias fundamentais preservados, e uma resposta efetiva, que atendesse aos anseios sociais e expectativas impostas pela própria mídia.

Nesse cenário, nada mais urgente do que uma análise técnica - livre de posições políticas e partidárias -, acerca das decisões proferidas no âmbito do Poder Judiciário, na tentativa de verificar possível afronta aos princípios de direito em sentido amplo, as garantias e direitos fundamentais.

E nesse sentido, muitos doutrinadores e estudiosos do direito discutem aquilo que denominam de “judicialização da política”, expressão que se refere à existência de uma interferência da política na esfera de atuação do Judiciário. Para isso, alguns juristas atribuem referida interferência a pressão que a mídia acaba impondo no julgamento de casos que tomam a atenção do público, como por exemplo os provenientes da operação Lava Jato.

Indo mais além, há quem defenda a ideia de que movimentos sociais, a exemplo, os que geraram a criminalização da homofobia pelo Supremo Tribunal Federal, sejam uma das causas para a ocorrência da interferência política nas decisões judiciais, como também ocasionariam um fenômeno chamado de “ativismo judicial”, que seria, em síntese, uma atividade legislativa pelo Poder Judiciário.

Com isso, é possível notar que o tema da interferência política merece um estudo aprofundado, através da análise de casos concretos, com ênfase nos recentes julgamentos advindos da operação Lava Jato, em que tal situação fora observada e as possíveis consequências disso, de modo a encontrar uma limitação que funcione como uma espécie de barreira à judicialização da política.

Portanto, considerando a relevância da temática, o resultado da presente pesquisa surtirá efeitos não apenas na comunidade acadêmica, mas principalmente na sociedade como um todo, vez que enaltece a necessidade da segurança jurídica nas decisões judiciais, conciliada com a observância aos ditames do devido processo legal, com direitos e garantias fundamentais reservados, bem como respeitando princípios basilares de um Estado Democrático de Direito, a separação dos poderes e a democracia, esta última que, em profunda análise, impacta certos direitos humanos. Para isso, imperioso se faz demarcar um limite hermenêutico, evitando a ocorrência dos mencionados prejuízos.

II. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: ORIGEM E DELIMITAÇÃO

A princípio, antes de adentrar no tema central deste artigo, cumpre a realização de breve exposição acerca da origem, bem como a delimitação da expressão “judicialização da política”, bem como a sua conceituação, a fim de que a exposição do debate proposto seja melhor atendida.

De início, ao desmembrarmos a expressão, temos, simplesmente, a judicialização entendida como toda a matéria levada até o conhecimento do Poder Judiciário, a qual não foi devidamente resolvida pelos outros poderes do Estado, quais sejam, o Executivo e o Legislativo. Por outro lado, política caracteriza-se como tudo aquilo emanado em âmbito político. Pode parecer redundante, mas o fato é que a execução da política, conforme delimita o artigo 78, da Constituição Federal, fica a cargo do Poder Executivo, de modo que, desde já, é possível traçar a ideia de que o Judiciário está desincumbido de referida tarefa.

Aliás, isso tudo remonta ao princípio da Separação dos Poderes, que teve suas primeiras nuances com as teorias dos filósofos Aristóteles e John Locke, mas a divisão, como a que vemos delineada atualmente, foi desenvolvida pelo filósofo francês Montesquieu, quando idealizou a tripartição dos poderes, tornando os poderes harmônicos e independentes entre si, de modo a evitar a concentração e o abuso de poder através do mecanismo de freios e contrapesos (MONTESQUIEU, 2000). Saliente-se que referido modelo foi adotado pela nossa Carta Magna de 1988 e é um exemplo de cláusula pétrea.

Nesse sentido, há de se observar o que anota o Ministro do Supremo Tribunal Federal, GILMAR MENDES (2015, p. 961):

A constituição de 1988 confiou ao Judiciário papel atos então não outorgado por nenhuma outra Constituição. Conferiu-se autonomia institucional, desconhecida na história de nosso modelo constitucional e que se revela, igualmente, singular ou digna de destaque também no plano do direito comparado.

Buscou-se garantir a autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário.

(...)

Destaca-se que, diferentemente do Legislativo e do Executivo, que se encontram em relação de certo entrelaçamento, o Poder Judiciário, ou a Jurisdição, é aquele que de forma mais inequívoca se singulariza com referência aos demais Poderes.

Com isso, unindo tais expressões, pode-se considerar judicialização da política a manifestação do Poder Judiciário sobre causas objeto de repercussão política, midiática e social, as quais deveriam ser decididas pelos órgãos do Poder Executivo e Legislativo. De mais a mais, referido fenômeno abarca a interferência da política na esfera de atuação do Judiciário, o qual, não raras vezes, acaba cedendo às pressões externas e não priorizando os ditames legais, sendo visível a sobreposição do campo de atuação de duas esferas significativas e, a priori, independentes: Direito e Política.

Acerca da judicialização da política,, o escritor CANOTILHO, em sucintas palavras, bem delimita sua ocorrência, como sendo o momento em que (2007, p. 90-91):

O poder judiciário faz política quando se proclama como o poder de defesa dos direitos dos cidadãos contra as orientações das instituições político-representativas e quando se assume como o poder de revelação dos valores fundamentais da comunidade.

Indo mais além, o fenômeno em debate possui reflexos em várias regiões do mundo todo, em períodos diferentes. No período após o fim da Segunda Guerra Mundial, viu-se a atuação das cortes constitucionais em julgados com certo alcance e envolvimento de questões estritamente políticas, com decisões em políticas públicas ou escolhas morais em temas com grande controvérsia na sociedade (BARROSO, 2012, p. 23).

Inclusive, sobre o âmbito internacional de verificação da judicialização em questão, o Ministro Luiz Roberto Barroso, com base na

obra de Ran Hirschl, resume os principais expoentes do fenômeno no mundo (2012, p. 23; apud HIRSCHL, 2008, p. 124-125):

No Canadá, a Suprema Corte foi chamada a se manifestar sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense. Nos Estados Unidos, o último capítulo da eleição presidencial de 2000 foi escrito pela Suprema Corte, no julgamento de Bush v. Gore. Em Israel, a Suprema Corte decidiu sobre a compatibilidade, com a Constituição e com atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território palestino. A Corte Constitucional da Turquia tem desempenhado um papel vital na preservação de um Estado laico, protegendo-o do avanço do fundamentalismo islâmico. Na Hungria e na Argentina, planos econômicos de largo alcance tiveram sua validade decidida pelas mais altas Cortes. Na Coreia, a Corte Constitucional restituiu o mandato de um presidente que havia sido destituído por impeachment.

Seguindo esse movimento mundial, vê-se que o aumento consubstancial do Judiciário se deve, em grande parte, a necessidade precípua de realização dos ditames da Carta Magna, bem como da efetivação dos direitos e garantias fundamentais. Destacando-se que (XIMENES; RIBEIRO; 2009, p. 1; apud VIANNA, 1999):

(...) o processo de judicialização da política também advém de uma espécie de “revolução passiva”, ou seja, uma revolução sem revolução, onde o Judiciário seria investido da capacidade de interpretar o conteúdo constitucional, transcendendo suas funções tradicionais de simplesmente adequar o fato à lei, mas de inquirir a realidade à luz dos valores e princípios dispostos constitucionalmente, ou seja, os valores universais de uma sociedade que não se reconhece no seu Estado, em seus partidos e no seu sistema de representação.

No Brasil, somente após a Constituição de 1988 é que o referido fenômeno fixou suas raízes. Em pelo menos três momentos na his-

tória do nosso ordenamento jurídico é possível observar a ocorrência dessa espécie de intervenção política no Judiciário, as quais podem ser sintetizadas como causas da judicialização da política (BARROSO, 2012, p. 24):

A primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes.

(...)

A segunda causa foi a constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária.

(...)

A terceira e última causa da judicialização, a ser examinada aqui, é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade (...).

Ademais, ainda no que tange à interferência política, deve-se ressaltar que a judicialização da política pode vir a ocorrer por duas vias, a depender de sua intensidade, sendo uma de baixa e outra de alta. Aquela caracteriza-se quando membros da classe política, isolados, são investigados e julgados pelo eventual cometimento de crimes que tenha ou não relação com a função e cargo ocupados. Por sua vez, a judicialização de alta intensidade se perfaz quando integrantes da classe política transferem seus conflitos internos para os Tribunais. Um exemplo corriqueiro é quando o Ministério Público usa a credibilidade da imprensa para obter apoio popular e afirmar suas convicções, situação muito observada recentemente nos processos decorrente da Operação Lava Jato (SANTOS, 2003).

Vê-se, em suma, que esse fenômeno transfere um assunto que deveria ser discutido no âmbito das relações políticas e de maneira democrática, ao âmbito do Poder Judiciário, de modo que este, o único poder do Estado que não é efetivamente democrático – já que não possui representantes eleitos pelo povo –, acaba sendo palco de embates meramente políticos (NETO, 2015).

Ademais, é necessário pontuar que, muito embora haja certa semelhança, a judicialização da política não deve ser confundida com outro termo muito parecido, o da politização da justiça. É bem verdade que aquele encaminha a ocorrência deste. Ambos estão bem interligados no plano prático. Contudo, como bem elucida BOAVENTURA (2003):

Qualquer que seja o caso, uma coisa é certa: a judicialização da política está a conduzir à politização da justiça. Esta consiste num tipo de questionamento da justiça que põe em causa, não só a sua funcionalidade, como também a sua credibilidade, ao atribuir-lhe desígnios que violam as regras da separação dos poderes dos órgãos de soberania. A politização da justiça coloca o sistema judicial numa situação de stress institucional que, dependendo da forma como o gerir, tanto pode revelar dramaticamente a sua fraqueza como a sua força.

Nesse liame, apesar de ambos os institutos se referirem ao campo de interpretação do direito e ocorrerem quando o Poder Judiciário é provocado, deve-se diferenciar, também, a judicialização da política daquilo que alguns teóricos denominam de ativismo judicial. Neste, o Judiciário atua além de seus limites legais, sem que exista uma lei respaldando sua ação, isto é, interpreta a lei de maneira extremamente ampla que chega a inovar no mundo jurídico, o que se permite apenas ao Legislativo, por meio de um processo complexo de aprovação.

Aliás, acerca da referida diferenciação, o jurista LÊNIO STRECK, em seu artigo, expõe que (2016, p. 724):

Existe diferença entre esses dois fenômenos. O ativismo sempre é ruim para a democracia, porque decorre de comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais, como se fosse possível

uma linguagem privada, construída à margem da linguagem pública. Já a judicialização pode ser ruim ou pode não ser. Depende dos níveis e da intensidade em que ela é verificada. Na verdade, sempre existirá algum grau de judicialização (da política) em regimes democráticos que estejam garantidos por uma Constituição normativa.

Com isso, tem-se a delimitação do que se entende por judicialização da política, como também seus marcos em nosso ordenamento jurídico. Contudo, ainda é preciso investigar mais a fundo alguns recentes exemplos de observância desse fenômeno, para que, após, seja possível traçar eventual limitação, ponderando até que ponto é aceitável a interferência política na esfera judicial.

III. REFLEXOS DA INTERFERÊNCIA POLÍTICA NO PROCESSO LULA DECORRENTE DA OPERAÇÃO LAVA JATO

Diante dos recentes casos de escândalos de corrupção e lavagem de dinheiro envolvendo políticos e empresários, estes que, considerando a história punitiva do nosso ordenamento jurídico, dificilmente estariam nessa posição, ocupam, agora, o banco destinado ao réu.

Frente a isso, não tardou muito para que os referidos casos fossem alvo da mídia, a qual, com o auxílio de algumas informações vazadas, transformou esses processos judiciais em um grande espetáculo, de modo a gerar um sentimento de insatisfação popular no seio de uma sociedade vítima dos enormes valores desviados e da, em tese, impunidade dos, até então, investigados.

Se eram efetivamente culpados ou não, a questão que aqui se coloca é o fato de que toda essa situação revelou um Judiciário totalmente despreparado para lidar com as pressões advindas de diferentes fontes, o que, possivelmente, teria o condão de ocasionar prejuízos ao devido processo legal – que deve possuir todas as garantias e direitos resguardados –, bem como, indo mais além, ofender princípios basilares do direito, em sentido amplo, quais sejam, a separação dos poderes, a democracia e o próprio senso de justiça, ao interferir na imparcialidade do julgador.

Esse cenário conturbado trouxe à baila uma discussão, já enfrentada em outros momentos, que clama, urgentemente, por uma solução, a necessidade de estabelecimento de uma barreira à interferência política na atuação do Poder Judiciário. Para tanto, é preciso antes, expor alguns reflexos da judicialização da política em casos mais recentes, como os provenientes da operação Lava Jato.

Um desses casos é o do ex-Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva. A começar pela condução coercitiva, ocorrida em 04 de março de 2016, a qual, por flagrante violação dos dispositivos do Código de Processo Penal, quais sejam, artigo 218 e 260, configurou, na verdade, uma prisão ilegal e inconstitucional. Ambos os artigos citados fazem referência à condução coercitiva, figura que deve se dar sempre que houver intimação, prévia, do réu e este não comparecer em Juízo. Contudo, nota-se que nesse caso concreto (e alguns outros da Lava Jato) não houve a devida intimação prévia, o que configura flagrante violação aos direitos fundamentais esculpidos na Constituição, como a própria liberdade (MARTINS; TEIXEIRA; VALIM; 2017, p. 45-47).

No que tange a intimação, o juiz responsável pelo caso na época, Sérgio Moro, mencionou em sua decisão a necessidade de um convite prévio, e, em caso de descumprimento, condução coercitiva do acusado. Porém, não foi isso que se sucedeu, agindo, a polícia com abuso de autoridade (MARTINS; TEIXEIRA; VALIM; 2017, p. 46-47).

Ainda no julgamento do ex-Presidente Lula, verificou-se ilegalidade e ofensa ao direito de privacidade na interceptação telefônica que grampeou uma conversa deste com Dilma Rousseff, quando já havia sido decretado pelo juiz o encerramento da interceptação (MARTINS; TEIXEIRA; VALIM; 2017, p. 48):

Dia 16 de março o país passou por outro furacão, sendo que, logo depois, o juiz Sérgio Moro confessou a ilegalidade dos grampos ao dizer que, efetivamente, a interceptação da conversa entre Lula e Dilma tinha sido irregular. Ele disse “irregular”. Mas eu prefiro afirmar ilícita. Mas, mesmo confessando o erro, manteve a versão de que agira certo em divulgar (o famoso evento 133 – “não havia reparado antes no ponto, mas não vejo relevância” – genial, não? O juiz federal não havia

reparado que tinha em mãos uma prova ilícita, mas não via “relevância” nisso ...).

Além disso, o ponto crucial e que compreende bem a questão discutida no presente artigo, ocorreu na apresentação da denúncia contra Lula, pelos Procuradores da República, em 14 de setembro de 2016. Não há dúvidas de que esse momento repercutiu na mídia e fez criar no seio social um pré-julgamento em conjunto com o sentimento de punição. Isso tudo tornou o processo um palco de espetáculos, em que não mais seria possível recuperar a imparcialidade do julgador, causando grave prejuízo aos direitos e garantias reservados ao acusado em um devido processo legal. Aliás (MARTINS; TEIXEIRA; VALIM; 2017, p. 53):

Na democracia, juizes e membros do Ministério Público devem conter seus anseios, suas paixões, suas subjetividades. A sociedade não lhes paga para opinarem sobre política ou moral. A sociedade não lhes paga para dizer se a política conduzida por um governante é boa ou ruim. Tampouco os remunera para terem considerações morais. Um ato é circinado ou não. Simples assim. Se a acusação vier acompanhada de adjetivos, já fica claro que a imparcialidade está viciada.

Nesse sentido, livre de qualquer predileção partidária ou política, uma coisa é certa e deve ser discutida, que é a interferência sofrido pelo Judiciário de pressões externas, tais como: o clamor social pelo não impunidade, o protagonismo que referido caso teve na mídia, questões meramente políticas que se tornaram alvo de debate, decisão sobre situações de moral em conflito com a lei, entre outras questões.

A situação é de tão extrema importância que cogita-se possível ofensa a direitos humanos do ex-presidente Lula. Tanto é que em 28 de julho de 2016, este apresentou Reclamação, na forma de Comunicação, perante o Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), figurando o Brasil no polo passivo (MARTINS; TEIXEIRA; VALIM; 2017, p. 423-425).

Em suma, a Reclamação referia-se a atuação contrária por parte dos órgãos judiciais brasileiros com referência ao Pacto Internacional

sobre Direitos Civis e Políticos, ao ofender diretamente direitos do ex-presidente, artigos 9º, §1º e 3º; 14, §1º e 2º; 17; e 41, §1º, alínea “c”. Referido Pacto sobre direitos humanos de primeira geração entrou no nosso ordenamento jurídico através do Decreto Legislativo n. 592, em vigor no Brasil desde 1994 (MARTINS; TEIXEIRA; VALIM; 2017, p. 423-425).

Observa-se que a maioria dos artigos utilizados como base fazem referência a condução coerciva ilegal e inconstitucional sofrida pelo acusado, a interceptação telefônica ilegal, bem como a parcialidade do julgador, respectivamente art. 9º, §1º, art. 17 e art. 14, §1º, todos do mencionado Pacto, dispõem que:

Art. 9º, §1º - Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguém poderá ser privado de liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos.

Art. 17, §1º - Ninguém poderá ser objetivo de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação.

Art. 14, §1º - Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, de ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das Partes o exija, que na medida em que isso seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil de-

verá torna-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto, ou processo diga respeito à controvérsia matrimoniais ou à tutela de menores.

Denota-se, a partir de uma leitura atenta aos dispositivos acima, objeto da Reclamação perante a Corte Internacional de Direitos Humanos, a gravidade do não respeito aos princípios, direitos e garantias delineados em nossa Constituição. A ofensa a separação de poderes e, por consequência, a democracia, pelo Judiciário quando extrapola os limites impostos para a sua atuação, ocasiona uma problemática bem mais séria, o não atendimento aos direitos humanos de primeira geração, como os observados no caso em análise.

IV. A NECESSIDADE DE UMA LIMITAÇÃO

Delimitado o âmbito de atuação da judicialização da política, bem como apontado reflexos da interferência política em alguns casos concretos decorrentes da Operação Lava Jato, deve-se pontuar que há quem entenda pela existência de benefícios decorrentes deste processo, defendendo citado fenômeno como essencial à manutenção do sistema de freios e contrapesos e, consequentemente, da divisão entre as três esferas de poder: Executivo, Legislativo e Judiciário (CAPELLETTI, 1993).

Além disso, considerando a judicialização como algo positivo, apontam que sua ocorrência tem o condão de conferir maior liberdade ao Poder Judiciário na sua função de proteção e guardião da Constituição, garantindo seu fiel cumprimento e sanando eventuais desvios provenientes dos demais poderes (MELLO; RITA; 2019).

Contudo, mesmo aqueles que elegem benefícios decorrentes da judicialização da política, os fazem com cautela e resguardos, entendendo pela necessidade de moderação e objetivação da judicialização da política, destacando que os julgadores, no exercício de sua função jurisdicional, não devem atuar conforme suas próprias convicções políticas (MELLO; RITA; 2019), sob pena de, inclusive, ofender um dos princípios basilares do ordenamento jurídico, o da imparcialidade do juiz.

No que tange ao mencionado princípio, é importante frisar que a atividade do juiz jamais será mecânica, tanto é que devem conferir: “*sentido a expressões vagas, fluidas e indeterminadas, como dignidade da pessoa humana, direito de privacidade ou boa-fé objetiva, tornam-se, em muitas situações, co-participantes do processo de criação do Direito*” (BARROSO, 2012, p. 28).

Por outro lado, alguns autores questionam a judicialização da política, considerando certos contras, entre eles, em especial, a ofensa a separação de poderes, a democracia e aos demais princípios e direitos fundamentais constitucionais.

Nesse sentido, o ilustre Ministro BARROSO apresenta três objeções ao fenômeno da judicialização da política, todas elas no sentido de criticar tal atuação. Em primeiro lugar, vê-se que coloca em risco a legitimidade democrática, já que o Poder Judiciário é composto por membros não eleitos pelo povo, diferentemente do que ocorre com outros dois poderes (2012, p.25).

A segunda objeção estaria no risco de transformação da judicialização da política em politização da justiça, o que culmina em uma das grandes discussões existentes no mundo acadêmico, a diferença de Direito e Política. Com o avanço do pós-positivismo, isso ficou mais claro, mas ainda assim tal diferenciação não se apresenta tão nítida. Por isso, a questão que aqui se põe é que uma decisão não pode ser política, no sentido de discricionariedade plena, mas a interpretação da Constituição, não raras vezes, acarretará certa dimensão Política, mas balizada pelos limites presentes no próprio ordenamento jurídico, os quais fazem parte da terceira e última objeção ao fenômeno da judicialização (BARROSO, 2012, p.29-30):

Uma corte constitucional não deve ser cega ou indiferente as consequências políticas de suas decisões, inclusive para impedir resultados injustos ou danosos ao bem comum ou aos direitos fundamentais. Mas somente pode agir dentro das possibilidades e dos limites abertos pelo ordenamento jurídico.

Conforme adiantado, a derradeira objeção seria a capacidade e limites do Poder Judiciário. Aqui, não se pretende um Judiciário engessado ou mecânico, mas que interprete as leis postas dentro da esfera de atuação que

lhe foi conferida. Traçando possível paralelo com a temático, STRECK elucidica que (MARTINS; TEIXEIRA; VALIM; 2017, p. 42-43):

A engenharia institucional de um sistema político é algo extremamente complexo, baseado numa série de disputas e acordos entre os diversos segmentos da sociedade a partir de um pacto constitucional. Na elaboração desse pacto encontraremos diversas posições contraditórias, que, por meio de um difícil jogo de negociações de interesses, torna possível a composição de uma ordem política minimamente democrática. Assim, as disputas que sempre estarão presentes em qualquer comunidade poderão acontecer a partir da racionalidade jurídica oferecida pelo pacto constitucional, sempre baseado na ideia de limitação do poder e defesa das liberdades.

Portanto, toda essa exposição, ainda que breve, revela a necessidade da definição de uma barreira, servindo como marco divisório da atuação do Poder Judiciário em questões com amplitude política, como observado nos casos decorrentes da operação Lava Jato, de modo que o alargamento do Judiciário deve ocorrer até o limite de efetivação de direitos e garantias fundamentais esculpido na nossa Carta Magna.

Por fim, em princípio, deve-se respeitar a Constituição no que diz respeito a separação de poderes, cada poder agindo dentro da sua própria esfera de atuação, só assim é possível considerar uma judicialização da política conduzindo uma maior proteção das garantias constitucionais, em especial a democracia, que é o caminho para efetivação de certos direitos humanos, tais como os de primeira geração.

V. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da delimitação daquilo que se entende por judicialização da política, isto é, a atuação do Poder Judiciário em causas que deveriam ser resolvidas no âmbito de atuação dos outros poderes, Legislativo e Executivo, buscou-se apontar os reflexos desse fenômeno no processo decorrente da operação Lava Jato, o caso que julgou o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

No referido processo, livre de predileções partidárias ou políticas, notou-se ofensa a direitos e garantias fundamentais resguardados pela nossa Constituição, como a condução coercitiva sem intimação prévia, a interceptação telefônica encerrada que gerou prova ilícita e a parcialidade do julgador quando a apresentação da denúncia pelos Procuradores se tornou palco para externar sentimentos de cunho moral e político, não apresentando observância aos ditames legais.

Tudo isso culminou na discussão acerca dos pontos positivos e negativos advindos da judicialização da política, sendo possível verificar que, basicamente, os mesmos argumentos favoráveis, quando não respeitados dentro dos limites e moldes constitucionais, culminam nos argumentos negativos a ocorrência do mencionado fenômeno.

Portanto, conclui-se que há uma linha tênue entre a efetivação da função atribuída ao Poder Judiciário, em especial as cortes constitucionais, que é ser guardião da Constituição, sendo responsável pelo respeito aos direitos e garantias fundamentais, podendo ocorrer o alargamento do Judiciário quando para isso. Entretanto, como essa linha não é tão nítida, o Judiciário deve ser mais cauteloso e moderado em suas decisões, devendo observar, sempre, os ditames do devido processo legal, com direitos e garantias fundamentais reservados, bem como respeitando princípios basilares de um Estado Democrático de Direito, a separação dos poderes e a democracia, sob pena de gerar grave impacto na proteção e efetivação dos direitos humanos. E tudo isso sem que haja comprometimento da necessária resposta a contento de uma sociedade que está em constante evolução e anseia pela garantia de princípios e direitos constitucionais.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, n°1, p.23-32, 2012. Disponível em: < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em: 25/05/2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Um olhar jurídico-constitucional sobre a judicialização da política**. Revista de Direito

Administrativo. Rio de Janeiro, v. 245, p. 87-95, 2007. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42122>>. Acesso em: 21/05/2020.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?, Título original: Giudici Legislativo?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

MARTINS, Cristiano Zanin. et al. **O Caso Lula : a luta pela afirmação dos direitos fundamentais no Brasil.** São Paulo : Contracorrente, 2017.

MELLO, Pedro Santoro de; RITA, Vitor Santa. **A Judicialização da Política no Brasil: os Desafios, os Limites na Atuação do Judiciário e a Defesa Dos Princípios Constitucionais.** Âmbito Jurídico, 25 de julho de 2019. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-182/a-judicializacao-da-politica-no-brasil-os-desafios-os-limites-na-atuacao-do-judiciario-e-a-defesa-dos-principios-constitucionais/>>. Acesso em: 26/05/2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo. Gustavo Gonet Branco. **Curso de direito constitucional.** 10 ed. Ver. e atual. São Paulo, Saraiva, 2015.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis.** Introdução, trad. e notas de Pedro Vieira Mota. 7^a ed. São Paulo. Saraiva: 2000.

NETO, Pedro Benedito Maciel. **A judicialização da política conduz à politização da justiça.** Revista Consultor Jurídico, 22 de abril de 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-abr-22/pedro-maciel-judicializacao-politica-conduz-politizacao-justica>>. Acesso em: 23/05/2020.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A judicialização da política.** Público, Lisboa, 26 de maio de 2003. Disponível em: <<https://www.ces.uc.pt/opiniao/bss/078.php>>. Acesso em: 19/05/2020.

STRECK, Lênio Luiz. **Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada.** Espaço Jurídico Journal of Law, vol. 17, n° 3, p. 721-732, 20 de dezembro de 2016. Disponível em: < <http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/7771/material/ENTRE%20O%20ATIVISMO%20E%20A%20JUDICIALIZAÇÃO%20POLÍTICA%20-%20STRECK.pdf>>. Acesso em: 19/05/2020.

XIMENES, Julia Maurmann; RIBEIRO, Ana Cândida Eugênio Pinto. **Efetivação dos direitos fundamentais e ativismo judicial. Uma proposta de análise empírica.** Jus Navigandi, Teresina, n° 2306, 24 out. 2009. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/13752/efetivacao-dos-direitos-fundamentais-e-ativismo-judicial>>. Acesso em: 28/05/2020.

RESUMOS

ALIENAÇÃO PARENTAL: VEDAÇÃO LEGAL, IMPACTOS NA FORMAÇÃO PSICOLÓGICA DO MENOR E VIOLAÇÕES AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Marcelo Negri Soares

Fernanda Batistela Victor

Palavras Chave: alienação parental, família, direito, personalidade.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar o fenômeno da alienação parental sob prisma do arcabouço jurídico pátrio, em especial sobre o objeto do Direito de Família (civil e constitucional), assentado sob a Constituição Federal de 1988, Código Civil de 2002 e Lei n. 12.318 de 2018, que disciplina exclusivamente sobre o tema. Ainda, com esteio no método hipotético-dedutivo, com análise doutrinária e jurisprudencial, visa identificar os impactos na formação psíquica do menor (síndrome da alienação parental), buscando estabelecer a sua patologia, bem como estabelecer as violações assentes aos Direitos da Personalidade do menor alienado.

OBJETIVOS

Para consolidar um entendimento acerca do fenômeno da alienação parental e sua imperiosa vedação no ordenamento jurídico brasilei-

ro é preciso sistematizar o arcabouço legal e doutrinário. Deste modo, mister se faz buscar as definições de família presentes na Constituição Federal, bem como elencar as proteções constitucionais conferidas a este instituto fundante da sociedade. Doravante, mas não menos importante, busca a mesma conceituação – definição e proteções legais – de família dada pela lei civil pátria. Busca-se, após conceituar a família e, também, a alienação parental analisar esta última sob a égide da Lei n. 12.318/2010.

Com a devida conceituação legal e doutrinária, resta aprofundar-se no que tange à alienação parental em seu estado patológico que recai sobre o menor alienado, ou seja, a síndrome da alienação, estabelecendo os impactos que esta causa na seara psicológica do menor, exemplificando sintomas e o seu liame com o pleno desenvolvimento das subjetividades do infante. Ainda, compete analisar esse fenômeno com o prisma das garantias estabelecidas pelos Direitos da Personalidade, demonstrando analiticamente como a prática *in casu* viola-os diretamente.

REFERENCIAL TEÓRICO

Flagrante que o fenômeno da alienação parental ocorre no seio da família, ou seja, a gênese de sua proteção (vedação), então, está presente no Direito de Família, seja ele constitucional ou infraconstitucional – Código Civil e legislações esparsas. Acerca do tema, na doutrina clássica nacional, podemos extrair dos ensinamentos do professor Flávio Tartuce que:

Pois bem, é cediço que as normas de Direito de Família são essencialmente normas de ordem pública ou cogentes, pois estão relacionadas com o direito existencial, com a própria concepção da pessoa humana. No tocante aos seus efeitos jurídicos, diante da natureza dessas normas, pode-se dizer que é nula qualquer previsão que traga renúncia aos direitos existenciais de origem familiar, ou que afaste normas que protegem a pessoa. (TARTUCE, 2019)

Dentro da família, no que tange aos seus membros, consolida-se nos ensinamentos doutrinários que a proteção a eles conferida, em especial à criança, que acabar por ser vitimada pela alienação parental, decorre substancialmente do princípio da dignidade da pessoa humana, positivado na carta constitucional de 1988. Nas palavras de Flávio Martins:

Quanto a natureza do princípio, embora essa seja uma grande discussão, não apenas no Brasil, concordamos com a maioria da doutrina, segundo a qual ‘a dignidade da pessoa humana’ não é um direito fundamental ou um direito subjetivo, mas um princípio axial, um padrão de interpretação sistemática das normas definidoras de direitos fundamentais. (MARTINS, 2019)

Extrai-se, portanto, que o princípio da dignidade humana tem o condão de reger o ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, é norteador para o poder constituinte originário – legislador, judiciário e afins, servindo como parâmetro para as relações sociais em todas as suas searas. Com isso, acaba por disciplinar, também, as relações familiares, deste ponto nasce o dever estatal de amparar o infante, blindando-o, na medida do possível, dos maus tentáculos da alienação parental, na integral amplitude de formas em que esta pode apresentar-se, sendo esta definida por Fábio Vieira Figueiredo e Georgios Alexandridis da seguinte maneira:

Note-se que a alienação parental consubstancia-se na atuação inquestionável de um sujeito, denominado alienador, na prática de atos que envolvam uma forma depreciativa de se lidar com um dos genitores. Trata-se, portanto, de atuação do alienador que busca turbar a formação da percepção social da criança ou do adolescente.

Assim, o alienador procede de maneira a instalar uma efetiva equivocidade de percepção no alienado (criança ou menor) quanto aos elementos que compõem a personalidade do vitimado. Evidente que a criança ou o adolescente são vítimas da

situação de alienação parental, contudo, isto é assim sob a perspectiva *ex parte principii* (Estado), posto que adentrando à relação familiarista, por passar a ter uma noção equivocada da situação, a criança ou o menor serão considerados alienados e aquele sobre quem se deturpa a realidade será o vitimado. (FIGUEIREDO; ALEXANDRIDIS, 2013)

A alienação parental pode acometer a criança em sua forma patológica, sendo esta forma nominada como síndrome da alienação parental, nas palavras de Maria Berenice Dias, esta corresponderia a:

Para isso cria uma série de situações visando dificultar ao máximo ou a impedir a visitação. Leva o filho a rejeitar o pai, a odiá-lo. A este processo o psiquiatra americano Richard Gardner nominou de “síndrome de alienação parental”: programar uma criança para que odeie o genitor sem qualquer justificativa. Trata-se de verdadeira campanha para desmoralizar o genitor. O filho é utilizado como instrumento da agressividade direcionada ao parceiro. A mãe monitora o tempo do filho com o outro genitor e também os seus sentimentos para com ele. (DIAS, 2006)

A alienação parental, em especial na sua forma patológica, fere diretamente os Direitos da Personalidade da criança alienada, ou seja, aqueles postos no ordenamento jurídico que tem por objetivo garantir as subjetividades humanas em sua integralidade. Nas palavras de Flávio Tartuce:

Como inovação festejada, o Código Civil de 2002 passou a tratar dos direitos da personalidade entre seus arts. 11 a 21. Destaque-se que a proteção de direitos dessa natureza não é uma total novidade no sistema jurídico nacional, eis que a Constituição Federal de 1988 enumerou os direitos fundamentais postos à disposição da pessoa humana. Por isso, é preciso abordar a matéria em uma perspectiva *civil-constitucional*, na linha doutrinária antes exposta. (TARTUCE, 2020)

Diante do exposto, extrai-se que o arcabouço jurídico pátrio está devidamente posto no sentido de expurgar a referida prática, garantindo, assim, a devida proteção ao infante.

RESULTADOS

Fundamentalmente, logra-se buscar a forma de modulação do ordenamento jurídico pátrio, com o fito de evidenciar se este está posto de maneira a amparar o instituto da família como entidade fundante da sociedade, bem como de seus membros, em especial às crianças e adolescentes – os filhos, comumente atingidos pelo fenômeno da alienação parental. A alienação parental, como fenômeno, apresenta-se como patologia que acomete o menor alienado e, também, em decorrência desta, como flagrante violação aos Direitos da Personalidade do infante, compreendendo uma subtração de garantias civil-constitucionais conferidas a este.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 traz a família como base da sociedade, ou seja, instituição fundante da nação brasileira, por conseguinte, essa importância, bem como a proteção conferida a ela é estendida aos seus membros, ou seja, aos familiares. Gozam, portanto, de um arcabouço constituinte em sua proteção. A esfera infraconstitucional também está posta para essa finalidade (Código Civil e legislações esparsas). De forma especial, essas garantias e proteções recaem sobre as crianças e adolescentes.

Forma comum de violação dessas garantias estabelecidas em prol dos infantes é a alienação parental, no sentido de melhor afastar e prevenir esse fenômeno, legislou-se, no ano de 2010, a Lei n. 12.318, que tem por condão definir e subsidiar a atuação do judiciário em reprimir a prática. A alienação parental pode atingir o menor como patologia, infligindo a este diversas restrições de natureza biopsíquica. Essa forma patológica do fenômeno – síndrome da alienação parental – acaba por violar veementemente os Direitos da Personalidade do menor, ou seja, aqueles direitos de caráter indisponível que estão alçados às pessoas com o fito de garantir o pleno desenvolvimento e gozo das subjetividades humanas.

REFERÊNCIAS

- FIGUEIREDO, Fábio Vieira. *Alienação parental*. 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. – São Paulo: Saraiva 2020.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família*. 15. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *Código Civil comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- TARTUCE, Flávio. *Direito de família – v. 5*. 14. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- Síndrome da alienação parental, o que é isso? Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_504\)1__sindrome_da_alienacao__parental_o_que_e_isto.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_504)1__sindrome_da_alienacao__parental_o_que_e_isto.pdf). Acesso em 12.05.2020 às 9:00.
- SOARES, Marcelo Negri; ALVES, Bruna Nathielly Formicoli. O direito da personalidade em espécie: a síndrome da alienação parental em processos de separação e divórcio no Brasil e no México. 2019. Disponível em: <http://conferencias.fflch.usp.br/cippal/Inscricoes/rt/metadata/2958/0>, acesso em 29.05.2020.

UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A ABORDAGEM DOS TRIBUNAIS SUPERIORES ACERCA DA VIABILIDADE DO ABORTO NOS CASOS DE FETOS COM MALFORMAÇÃO FETAL

Daniela Kojiio Nobre

1. DISCUSSÃO

Para contextualizar esta discussão, o Projeto de Lei nº 2.574/2019 do senador Flávio Arns (Rede-PR) pretende reconhecer expressamente as hipóteses de punibilidade do aborto provocado nas hipóteses de má formação fetal. Na atual legislação penal, o aborto é permitido em duas hipóteses chamadas de “aborto necessário”, previstas no artigo 128 do Código Penal, sendo elas: (i) para salvar a vida da gestante; e (ii) se a gravidez for resultado do crime de estupro. Contudo, no ano de 2012, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, julgando o Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 passou a admitir também o aborto nos casos de feto anencefálico por decisão majoritária (8 a 2), julgando ser inconstitucional qualquer interpretação que vise inserir o aborto de feto nessas circunstâncias nas hipóteses de aborto previstas nos artigos 124, 126 e 128 do Código Penal. Além disso, Ação Direta de Inconstitucionalidade cumulada com Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 5581 proto-

colada pela Associação Nacional dos Defensores Públicos no Supremo Tribunal Federal, foi questionada as medidas de vigilância em saúde relacionados aos vírus da dengue, chikungunya e zika, e postula que se passe a permitir o abortamento nos casos de gravidez de mulheres contaminadas com os referidos vírus, uma vez que a taxa de mortalidade infantil ou até mesmo de morte intrauterina são grandes ante as possíveis más formações fetais.

Consta na petição protocolada, detalhes sobre a gravidez, dentre elas, que as mulheres são submetidas a um intenso sofrimento psicológico, já que não têm como saber especificamente como o vírus zika pode afetar a gravidez e sua própria saúde. São mulheres que não têm meios econômicos para cuidar de crianças potencialmente afetadas pela nova doença e, que, muitas vezes abandonadas pelos companheiros, têm que enfrentar sozinhas e sem políticas sociais adequadas e efetivas às necessidades de cuidado de crianças afetadas pelo vírus zika. Ainda, a síndrome congênita do vírus zika, em algumas gestações, causa a inviabilidade do prosseguimento da gravidez devido à morte do embrião ou do feto. Desse modo, a situação de mulher grávida com diagnóstico de infecção por vírus zika enquadra-se no art. 128, I, do Código Penal, como estado de necessidade específico, ou no arts. 23, I, e 24 do mesmo Código, como estado de necessidade justificante geral. (BRASIL, 2019-a). Ainda, é possível visualizar esta discussão nos julgamentos realizados pelos Tribunais de segundo grau. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul na apelação crime nº 70075960096 permitiu que uma mulher grávida de aproximadamente 22 semanas realizasse o procedimento abortivo pois encontrava-se em gestação com má formação fetal possivelmente dotada de síndrome de banda amniótica. Por isso, destaca-se a importância deste debate, pois até o momento, as referências sobre a temática geralmente tangenciam o problema, como: trabalhos de conclusão de curso sobre a ADPF 54 e a problemática do aborto de feto anencefálico (SILVA, 2017), artigo sobre a violação dos direitos humanos e problema de saúde pública (ANJOS et al., 2013) e artigos sobre a legislação comparada do aborto (TORRES, 2020).

É notório que existe um grande dilema entre a capacidade reprodutiva da mulher ou o feto como parte de uma sociedade que se

auto protege (incluindo até aqueles podem nascer sem viabilidade de sobrevivência). Logo, num debate sobre a inconstitucionalidade, com eficácia para todos e efeito vinculante, de um tipo penal que interrompe a gravidez de um feto anencefálico, dentro de uma noção de “sociedade civilizada” é necessário trazer à tona a ideia de laicidade. Esta não impede a existência de religiões, manifestações públicas religiosas e sequer o ensino religioso, além de também não interferir nas convicções pessoais daqueles que optam por professar ou não nenhuma religião. Nesse viés, a separação entre Igreja e estado permite “a ‘pacificação’ entre as diversas crenças religiosas, uma vez que não privilegia nenhuma delas” (DOMINGOS, 2009, pg. 51).

A partir de pesquisas realizadas, foi possível verificar que a má formação fetal não garante plano neurológico suficientemente desenvolvido para que a vida se perpetue por um longo período de tempo após o parto. O estudo feito pela Instituto de Ciências Biológicas da Universidade Federal de Goiás, intitulado “*Anomalias congênitas e suas principais causas evitáveis: uma revisão*” demonstrou que grande parte das mortes por anomalias congênitas podem ocorrer no primeiro ano de vida e, ainda, as anomalias congênitas constituem a segunda causa de mortalidade infantil, contribuindo com 11,2% destas mortes, ficando atrás apenas das causas perinatais ocorridas a partir da 22ª semana de gestação que vão até o sétimo dia de vida. Outrossim, existem estudos demonstrando que as malformações congênitas correspondem a 20% dos óbitos neonatais e 30 a 50% dos óbitos perinatais nos países desenvolvidos. Ainda, em países onde há uma diminuição da mortalidade infantil por causas infecciosas no recém-nascido e uma assistência pré-natal de qualidade, as anomalias congênitas são a principal causa de óbito infantil. Na América do Sul, seguindo a tendência mundial, a incidência geral de malformação congênita é de 5,0%. No Brasil, os óbitos por esta mesma causa foram de 4, em 1980, para 6,7, em 1990, para 11,4 mortos por mil nascidos vivos em 2000. Sendo que em 2004, a malformação fetal já representava a segunda maior causa de mortalidade infantil no país (GOMES; COSTA, 2012).

Nesse contexto, a viabilidade do aborto nos casos de fetos com malformação pode ser interpretada através de uma ótica kantiana tra-

duzida na máxima: “homem como um fim em si mesmo”. E não sucede de forma diferente com a mulher, ou seja, esta não deve ser encarada sob um viés utilitarista de mero instrumento de reprodução e, por isso, sua capacidade para escolher se deseja ser ou não mãe deve ser legítima. Ademais, Maciel, Silva e Lopes (2020) descrevem a problemática que é deixar que os profissionais de saúde decidam se a interrupção é ou não um ato benéfico para a gestante e se o Poder Judiciário pode realizar a antecipação do parto ou abortamento enquanto a lei não é aprovada.

A jurisprudência já se mostra bastante avançada sobre a necessidade de se interpretar o tipo penal do aborto sob o viés constitucional a fim de retirar do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre [STF. HC 124.306, rel. min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. min. Roberto Barroso, 1ª T, j. 9-8-2016, DJE de 17-3-2017.]. Entretanto, no âmbito legislativo, verifica-se que o Projeto de Lei n. 2.574/2019 possui incongruências ao utilizar o ideal de “sociedade civilizada” em sua justificativa sem enfrentar a posição brasileira de Estado laico calcado no laicismo, em que não se deve ter interferência religiosa em questões estatais. Nos casos de estupro, a mulher que deseja abortar não desejou aquela gravidez, porém, se a gravidez decorreu de um ato sexual consentido, a mulher deveria ser “suportar” as consequências? Especialmente se tratando de um nascituro que pode falecer diretamente após o nascimento ou que teria uma vida que exige tratamentos complicados e caros, provocando privações materiais e sofrimento aos familiares? Ou seja, é possível abortar quando existe a possibilidade de se ter um filho saudável (na hipótese de estupro) mas não na hipótese de um nascimento com sofrimentos e danos? (SARLET et LEITE, 2008). Denota-se que esta discussão enseja muitas dúvidas que precisam ser esclarecidas com a participação da sociedade.

REFERÊNCIAS

ANJOS, Karla Ferraz dos et al. **Aborto e saúde pública no Brasil: Reflexões sob a perspectiva dos direitos humanos**. Saúde em Debate, Rio de Janeiro, v. 37, n. 98, p.504-515, jun. 2013.

- DOMINGOS, Marília de Franceschi Neto. **Ensino Religioso e Estado Laico: uma lição de tolerância**. Revista de Estudos da Religião, São Paulo, v. 01, n. 03, p.47-70, set. 2009. Trimestral.
- GOMES, Maria Regina Reis e COSTA, Juvenal Soares Dias da. **Mortalidade infantil e as malformações congênitas no Município de Pelotas, Estado do Rio Grande do Sul, Brasil: estudo ecológico no período 1996-2008**. Epidemiol. Serv. Saúde [online]. 2012, vol.21, n.1, pp.119-128
- MACIEL, Hyllary Laryssa Maciel e; SILVA, Maressa Oliveira da; LOPES, Thales da Costa. **A perspectiva kantiana a respeito do aborto de fetos anencefálicos no Brasil**. Disponível em: <<https://laryssamaciel.jusbrasil.com.br/artigos/662005359/relacao-do-pensamento-de-kant-com-o-aborto-de-feto-anencefalico>>. Acesso em: 01 mai. 2020.
- SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão. **Direitos fundamentais e biotecnologia**. São Paulo: Método, 2008.
- SILVA, Vanessa Oliveira da. **Impactos da decisão do STF na ADPF 54 no aborto humanitário**. 2017. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2017/pdf/VanessaOliveira.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2020.
- TORRES, José Henrique Rodrigues. **Aborto e legislação comparada**. *Cienc. Cult.*, São Paulo, v. 64, n. 2, p. 40-44, June 2012. Available from <http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252012000200017-&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 5 mar. 2020

ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DE DIREITOS HUMANOS

Iago de Souza Marconi

Luiz Nunes Pegoraro

INTRODUÇÃO

No alvorecer da pós-modernidade, os Estados Modernos constitucionais viram sua estrutura normativa ganhar cada vez mais relevância e interferência de princípios aliados a valores antes tidos como morais. Ainda que contendo termos vagos para o texto constitucional, os princípios devem ser entendidos como normas aptas à realização e não como mera fonte indicativa da hermenêutica ou entendimento constitucional. O constitucionalismo moderno não limita a ação estatal plena somente às regras previstas no seio da Constituição, mas garante aos cidadãos a ação do Estado na concretização das diretrizes axiológicas, por mais abstratas que sejam, sob pena de um agir inconstitucional.

Neste ponto, há uma mudança doutrinária no paradigma de normas constitucionais e sua relação com o dever de ação estatal, obrigando não somente o legislador, mas também o administrador público a efetivar o que foi previsto na “Carta Magna” por meio de políticas públicas eficientes. A inércia ou a ineficiência estatais surgem como uma violação dos direitos do cidadão, mormente os direitos fundamentais e

humanos, violação esta passível de reivindicação por parte do povo, por violação de seus direitos subjetivos.

No Brasil, o quadro ganha especial relevância quando se atenta para o sistema carcerário e para áreas em que o Estado dirige pouca atenção orçamentária e administrativa, por se situarem à margem do discurso costumeiro da Administração Pública. Ineficientes as funções do Executivo e do Legislativo, resta ao Judiciário a tutela efetiva dos direitos constitucionais, ainda que sob a égide de princípios, como visto na ADPF 347/2015 em que ocorreu, pela Suprema Corte (STF), a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), à luz da jurisprudência da Corte Constitucional Colombiana. O instituto mostrou-se apto a sanar injunções sistêmicas no país por meio de atitudes próprias do Judiciário, revelando uma construção dialógica e democrática na construção de políticas públicas.

PROBLEMA DE PESQUISA

Diante da inércia estatal, causadora de violações no campo dos direitos fundamentais dos cidadãos, há que se ter em mente dois planos de ação do Direito. Em primeiro lugar, remodelar a concepção de inércia estatal passível de ação por parte dos sujeitos afetados, por meio de uma teoria hermenêutica que possibilite a demanda da Função Judiciária para sanar as violações encontradas. De outro lado, por meio da aplicação do Estado de Coisas Inconstitucional, observam-se diversos óbices teóricos e até mesmo práticos quando de sua aplicação, sendo principalmente a questão da representatividade e do ativismo judicial.

De todo o exposto, surge o questionamento: de que forma pode o Poder Judiciário garantir a efetividade dos direitos fundamentais e humanos consagrados nos princípios constitucionais, por meio do Estado de Coisas Inconstitucional, sem que extrapole os limites de sua ação autorizada pela própria Constituição?

OBJETIVO

O escopo da pesquisa é demonstrar que, amparado na teoria dos Direitos Fundamentais desenvolvida por Robert Alexy (2008), a inér-

cia do Estado na formulação de Políticas Públicas eficientes não pode ser entendida como um mero estado de coisas típico do constitucionalismo, pelo contrário, tal estado (inconstitucional) deve servir de fomento para atitudes corretivas. Deve-se ter em conta que, conforme ressalta Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2016, p. 52),

Em destacadas decisões proferidas em ações diretas de inconstitucionalidade por omissão e mandados de injunção, o Tribunal vinculou, exatamente como faz a doutrina tradicional, a ocorrência de omissão legislativa a um determinado tipo de enunciado constitucional, aquele de eficácia limitada e mediante o qual é emanada ordem expressa de legislar.

Logo, a teoria dos Direitos Fundamentais pretende alterar o quadro de percepção da omissão estatal.

Pretende-se também esclarecer a figura do chamado Estado de Coisas Inconstitucional, desenvolvido pela Corte Constitucional da Colômbia e aplicado pelo STF no caso da ADPF 347/2015. Por fim, a pesquisa objetiva demonstrar a possibilidade da aplicação do ECI sem que haja violação de competências constitucionais, por meio da exposição de seus pressupostos e métodos.

MÉTODO

O método predominante é o hipotético-dedutivo, principalmente na análise dos pressupostos para a declaração do Estado de coisas inconstitucional e na modulação de seus efeitos. Há também o método dialético quando na análise da legitimidade e possibilidade da movimentação estrutural do Estado pelo Poder Judiciário. Ambos os métodos foram aplicados às pesquisas bibliográficas.

RESULTADOS ALCANÇADOS

Com a presente pesquisa, é possível constatar que, por meio da teoria de Alexy, “o indivíduo tem um direito definitivo à prestação [estatal] quando o princípio da liberdade fática tem um peso maior

que os princípios formais e materiais colidentes, considerados em conjunto. Esse é o caso dos direitos mínimos.” (ALEXY, 2008, p. 517). Portanto, em vistas de um direito fundamental constitucional, surge o direito subjetivo ao cidadão para que haja seu cumprimento e, no atual sistema jurídico brasileiro, uma violação deste nível só pode ser plenamente restaurada por meio do Estado de Coisas Inconstitucional.

É por meio do ECI que pode o Poder Judiciário, centrado no órgão de proteção das normas constitucionais (STF), pode alterar o estado de coisas existente para promover efetividade aos direitos fundamentais por meio de políticas públicas com caráter democrático, visando a integração da sociedade na construção de novos programas administrativos, principalmente a parcela afetada.

A ação de fato pode ser entendida como um ativismo, mas a forma de ativismo é integrada dentro dos pressupostos da própria técnica do ECI, de modo que se verifica um “ativismo estrutural dialógico”, gerador de sentenças estruturais que autorizam o Judiciário a realocar receitas, dirigir uma série de ordens a órgãos de entes federados distintos, de modo a agir como mediador e não como superior.

Como pressupostos, a pesquisa encontra congruência com o posicionamento de Carlos Alexandre de Azevedo Campos, no sentido de que são pressupostos (I) um quadro de violação massiva e contínua de diferentes direitos fundamentais, que afeta um número amplo de pessoas; (II) a omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de defesa e promoção dos direitos fundamentais; (III) a superação dos casos de violação de direitos exigir a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, mas a um conjunto desses; e (IV) potencialidade de um número elevado de afetados transformarem a violação de direitos em demandas judiciais, que se somariam às já existentes, produzindo grave congestionamento da máquina judiciária (CAMPOS, 2016, p. 180-185).

Somente a Corte Constitucional pode declarar fundamentadamente esse estado de coisas, o que gera, por sua vez um ativismo que

[...] foge à forma clássica norte-americana. Os doutrinadores colombianos apontam que a principal marca do ativismo no

Estado de Coisas Inconstitucional é o diálogo entre as instituições, os Poderes e a sociedade civil. Nota-se que no ativismo judicial dialógico, o tribunal constitucional passa a acumular a função de mediador autorizado a promover diálogos dirigidos à solução dos problemas estruturais e a corrente violação de direitos humanos, exigindo o envolvimento dos três poderes do Estado. (PAIXÃO, 2017, p. 56)

Os efeitos práticos são a diminuição da violação dos direitos constitucionais, através da prestação estatal ou até mesmo a reestruturação dos órgãos e atividades ligadas às políticas públicas formuladas ou alteradas. Os efeitos teóricos e geralmente pouco observados são a atenção que a declaração provoca sobre o problema, havendo enorme relevância do prisma sociológico. Estes efeitos são claramente observados na declaração do Estado de coisas inconstitucional pelo STF no caso do Sistema Penitenciário brasileiro. Destarte, cabe a conclusão de que o Estado de coisas inconstitucional é o instituto certo para remediar a violação massiva de direitos constitucionais, por meio de políticas públicas efetivas formuladas por sentenças estruturais.

O chamado “ativismo estrutural dialógico” é necessário para sanar a inércia dos demais poderes, estes primariamente competentes para a formulação de políticas públicas. Por ser dialógico, não gera a supremacia do Poder Judiciário, atendendo o art. 2º da Constituição e o sistema de “freios e contrapesos”. Por fim, constata-se que a possibilidade de efetiva aplicação do Estado de coisas inconstitucional no Brasil é possível e seus efeitos totalmente plausíveis, sendo admitida a efetividade das decisões e do monitoramento delas pelo STF.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo Campos. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PAIXÃO, Juliana Patricio da. **Estado de coisas inconstitucional: perspectiva da saúde pública e da metáfora da árvore**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

A COLONIALIDADE DO PODER E A ORDEM ECONÔMICA: INVESTIDAS ANTIDEMOCRÁTICAS À VIDA INDÍGENA

Ana Clara Napolis Dias

INTRODUÇÃO

A atual gestão do Governo Federal procura, através de implantação de novas diretrizes, facilitar a estratégia de desenvolvimento baseada no *neoliberalismo* de regulamentação. Essa estruturação político-econômica, típica da pós-modernidade ocidental, encontra um dos seus meios de atuação através de crises, as instrumentalizando-as e culpando o Estado interventor pelos fracassos regulatórios (ANDRADE, 2019).

Conforme promessas realizadas na campanha eleitoral, pretende-se conferir um acesso ainda maior aos agentes neoliberais – grandes empresas, instituições financeiras e outros – à superexploração dos recursos naturais brasileiros, desconsiderando o embate social que se faz presente. Isso revela uma tendência autoritária e que acaba colocando em risco o projeto social emancipatório da recente Constituição Federal.

O Projeto de Lei nº 191 de 2020 (PL n. 191, 2020) é um exemplo do que ocorre, ao ter por escopo a regulamentação da realização da pesquisa e da lavra de recursos minerais, hidrocarbonetos e aproveitamento de recursos hídricos em terras indígenas. A ideia é facilitar o

acesso às terras, que até então eram de usufruto exclusivo desses povos, conferindo às comunidades ínfima porcentagem do lucro e nenhum poder de veto.

A tentativa de legitimação da teoria do “marco temporal” é outro ponto de reflexão. A tese tem sido utilizada para rever processos de demarcação ou até mesmo para abandoná-los, propondo que índios só tem direito àquelas terras que ocupavam até a data da promulgação da Constituição, 5 de outubro de 1988 (APIB, 2017).

Em face ao conjunto de ideologias adotadas na Constituição Econômica, que se traduziu em comandos plurais, especialmente na coibição dos abusos próprios do sistema capitalista de produção, depreende-se que as novas regras obstruem seu objetivo – dentre eles, a justiça social – e, sendo utilizadas sob a égide do desenvolvimento, são completamente incoerentes. Ademais, elas legitimam práticas que mantêm o histórico de violência e de negação de direitos, por meio de uma interpretação restritiva da Constituição (BATISTA e GUETTA, 2018). Às relações coloniais de poder atribui-se um papel central nessa sistemática, que permanecesse colocando os povos indígenas à margem das decisões políticas.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Presentemente, como resultado de diversos momentos de efervescência de movimentos sociais, é bastante incomum a existência de constituições monolíticas e homogêneas, sendo que, em maior medida, o que se vislumbra são sínteses de conteúdos concorrentes dentro de um quadro de compromisso deliberadamente pluralista (BERCOVICI, 2009).

Deparamo-nos, na Constituição de 1988, com previsões que disciplinam e determinam a existência de uma ordem econômica e *social*. O Professor Washington Peluso Albino de Souza e adeptos de seu trabalho trazem uma ótica essencial ao que se pretende na pesquisa, pois desenvolveram a ideia de que a construção da ordem econômica levou em consideração todo um conjunto de ideologias. Ao se fundirem e ao serem ressignificadas, essas ideologias criaram

uma *ideologia constitucionalmente adotada*, que se traduz em um universo de comandos que tem por finalidade reger e fixar parâmetros transformadores da realidade socioeconômica (CLARK, CORRÊA e NASCIMENTO, 2017).

As políticas prol desenvolvimento econômico, implementadas ou cuja intenção já se vislumbra, pelo atual governo, se pautam quase exclusivamente em princípios *neoliberais* de livre mercado e de concorrência, que constituem parte ínfima dos ditames econômicos previstos na constituição. Contrariamente, em harmonia com os pensamentos referenciados, entende-se que o desenvolvimento econômico deve encontrar caminhos que sejam condizentes com toda a ordem, justamente para cumprir, em conjunto, o propósito da constituição.

Ao tratar da dignidade, os direitos humanos inevitavelmente vêm à voga, pois, enquanto linguagem hegemônica da dignidade humana na ocidentalidade, seriam incontornáveis. Não obstante, muitos grupos configuram apenas objeto desse discurso e não, efetivamente, seus sujeitos (SANTOS, 2014). Os grupos sociais oprimidos são o que mais sentem na pele essa inefetividade, tendo em vista que, conforme se observa nos casos tratados, são preteridos em situações políticas e econômicas que favorecem as maiorias – no sentido de dotadas de poder.

Se a linguagem dos direitos humanos fosse utilizada de modo a alcançar a emancipação social de todos os grupos, não seriam tão facilmente identificáveis, hoje, as violações e abusos de poder que se manifestam através do *neocolonialismo, racismo, xenofobia, permanente estado de exceção na relação com terroristas, trabalhadores imigrantes indocumentados, candidatos a asilo ou mesmo cidadãos comuns vítimas de políticas de austeridade ditadas pelo capital financeiro*” (SANTOS, 2014). Seriam, pois, suficientes para inibir os ataques que se verificam no atual governo.

Toda a estruturação ideológica da Constituição Econômica se deu em um contexto de redemocratização que procurava atender os mais diversos interesses. A desconstrução meramente teórica do período

colonial edificou a recente democracia brasileira e essa historicidade teve papel primordial, tendo em vista que, durante os séculos de existência do Brasil, enquanto colônia e enquanto nação, os meios de dominação figuravam com papéis primordiais e se fizeram presente na construção dessas lutas que levou à pluralidade da Constituição como um todo. Conforme explana Bercovici, o conflito fora incorporado ao texto constitucional, que não mais trata apenas dos interesses das classes dominantes, mas tornou-se um espaço onde ocorre a disputa político-jurídica (2009).

Mesmo que a democracia seja creditada como racial e inclusiva, na medida em que não se vê a efetividade constitucional, mormente no diz respeito às minorias étnicas, o que se vê é ela se tornando uma falácia, um mito. Esse mito implica na utilização desses fatos históricos sobremaneira a atender alguns interesses convenientes aos seus propósitos, valendo-se de sofismos e graciosos discursos para construir um sólido e atraente edifício ideológico (NASCIMENTO, 1998).

Através da construção dessas narrativas, há de se verificar o contexto no qual se inserem as normativas propostas pelo atual governo, voltando novamente à PL nº 191/2020. Ao justificá-la, Bolsonaro declarou que “[...] índio é um ser humano exatamente igual a nós. Tem coração, tem sentimento, tem alma, tem desejo, tem necessidades e é tão brasileiro quanto nós”. Não muito diferente do que ocorria no período colonial, hoje também se tenta apagar padrões de produção de sentidos, universos simbólicos, padrões de expressão, através objetivação da subjetividade, de modo que tudo se torna útil para reproduzir a dominação (QUINJANO, 2005).

METODOLOGIA

A metodologia utilizada se baseia em amplo levantamento bibliográfico e documental, partindo de uma análise da atual conjectura político-econômica do Brasil, na tentativa de se levantar hipóteses para as mudanças legislativas e interpretativas. Para tanto, fora utilizado o método hipotético-dedutivo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

APIB. **Michel Temer, A AGU e a Legitimação Do Genocídio Dos Povos Indígenas.** Disponível em: < <http://apib.info/2017/07/21/michel-temer-a-agu-e-a-legitimacao-do-genocidio-dos-povos-indigenas/>> Acesso em jun. 2020.

ANDRADE, Daniel Pereira. **O que é o neoliberalismo? A renovação do debate nas ciências sociais.** Revista Sociedade e Estado – Volume 34, Número 1, Janeiro/Abril 2019.

BATISTA, Juliana de Paula. GUETTA, Maurício. **O marco temporal e a reinvenção das formas de violação dos direitos indígenas.** Disponível em: < https://pib.socioambiental.org/pt/O_marco_temporal_e_a_reinven%C3%A7%C3%A3o_das_formas_de_viola%C3%A7%C3%A3o_dos_direitos_ind%C3%ADgenas> Acesso em junho de 2020.

BERCOVICI, Gilberto. **O Ainda Indispensável Direito Econômico.** Direitos Humanos, Democracia e República. Homenagem a Fábio Konder Comparato. Editora Quartier Latin do Brasil, São Paulo, 2009, p. 512.

BRASIL. **Projeto de Lei PL 191/2020.** Regulamenta o § 1º do art. 176 e o § 3º do art. 231 da Constituição. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1855498> . Acesso em: junho de 2020. Texto Original.

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

CLARK, C. CORRÊA, L.A., NASCIMENTO, S.P. **A constituição econômica entre a efetivação e os bloqueios institucionais.** Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 71, pp. 677 - 700, jul./dez. 2017.

MAZUI, Guilherme. BARBIÉRI, Luiz Felipe. **Bolsonaro assina projeto com regras para mineração e geração de energia**

em terras indígenas. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/02/05/bolsonaro-assina-projeto-de-lei-para-regulamentar-mineracao-e-geracao-de-energia-em-terras-indigenas.ghtml>> acesso em junho de 2020.

NASCIMENTO, Abdias. **13 de maio uma mentira cívica.** Discurso proferido pelo Senador Abdias Nascimento por ocasião dos 110 anos da Abolição no Senado Federal. Brasília, 1998.

QUINJANO, Aníbal. **Colonialidade do poder, Eurocentrismo e América Latina.** Disponível em: < http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12_Quijano.pdf > Editora CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa; CHAUI, Marilena. **Direitos Humanos, Democracia e Desenvolvimento.** 1ª ed. São Paulo: Cortez, 2014.

O ENSINO JURÍDICO CONSTITUCIONAL COMO CAMINHO PARA ACESSIBILIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Isis Nicolý Manguiera da Conceição

RESUMO

O presente resumo objetiva analisar a eficácia do ensino jurídico como meio de proporcionar conhecimento efetivo e prático sobre os direitos fundamentais, como forma de concretizar a dignidade humana. Apontando a importância do direito fundamental à educação para efetivação do ensino Jurídico, e também, relacionar o ensino jurídico como fator determinante no acesso e na concretização de garantias individuais, formando cidadãos conscientes de direitos, que possuam papel emancipador no seu desenvolvimento como indivíduo. A metodologia baseou-se no tipo de pesquisa básica, abordando de forma qualitativa, ao discutir a realidade do desconhecimento de direitos fundamentais e a necessidade de inserção do ensino jurídico no ensino básico.

PALAVRAS-CHAVE: Dignidade Humana. Direitos Constitucionais. Educação Pública.

1. INTRODUÇÃO

O estudo questiona como ensino jurídico de alunos proporciona um conhecimento efetivo e prático de quais são seus direitos fun-

damentais, já que o conhecimento de direitos constitucionais é fator determinante no acesso e na concretização de garantias individuais, ao formar cidadãos conscientes de direitos que possuam papel emancipador no seu desenvolvimento como indivíduo.

Analisa-se como a inserção do ensino jurídico na educação básica facilita o acesso a dignidade humana em determinadas camadas sociais. Assim, a pesquisa tem como objetivos descrever a importância do direito fundamental à educação para efetivação do ensino Jurídico e relacionar como o desconhecimento de direitos fundamentais dificulta o acesso à dignidade humana e suas consequências na formação do indivíduo.

Justifica-se este trabalho o fato da ausência do ensino Jurídico dificultar o acesso e a concretização de direitos fundamentais e sociais, impedindo a emancipação social, retomando-se a sua importância, para além do seu aspecto eleitoral. Buscando garantir a democratização do acesso e efetivação de amplo rol de direitos, promovendo o desenvolvimento social e profissional desses indivíduos, numa sociedade justa, e em conformidade com as ideias de Norberto Bobbio (1999), ao defender que a vulgar positivação formal de direitos, não garante na realidade, a efetivação material destes. Concluindo-se que o fato de o indivíduo possuir a seu favor o direito positivado é muito diferente dizer que tal indivíduo, na prática, tenha mecanismos de gozá-los.

A metodologia baseou-se no tipo de pesquisa básica, abordando de forma qualitativa, ao discutir a realidade do desconhecimento de direitos fundamentais, e a necessidade de inserção do ensino jurídico no ensino básico, a pesquisa ocorreu de forma exploratória, tendo vista que utilizou-se a pesquisa bibliográfica e como método de abordagem utilizou-se o dedutivo.

2. O DESCONHECIMENTO DE DIREITOS E SUAS CONSEQUÊNCIAS NA FORMAÇÃO DO INDIVÍDUO

O ensino jurídico constitucional promove a humanização na instrução do cidadão, ao se compreender que as pessoas não nascem educadas e conscientes, porém, possuem o direito de tornar-se consciente e educado, tal fato é proporcionado pelo princípio da dignidade da pessoa humana que garante sua instrução por meio da educação.

Nesse sentido, ao entender que o direito a educação é um pressuposto para o exercício de outros direitos, e como tal, um pré-requisito para a liberdade civil, Thomas Marshall esclarece que o direito a educação é um direito social verdadeiro, pois objetiva durante a infância modelar um adulto consciente e com perspectiva, concluindo que o direito a educação, deve ser considerado como o direito da pessoa adulta ter sido instruída no ensino e não somente como o direito de frequentar a escola (MARSHALL, 1967).

Pensa-se na educação como uma garantia do desenvolvimento da própria sociedade, de um interesse coletivo. Quando a dignidade humana é efetivada, o debate político eleva a sua qualidade, visto que os civis observam os seus direitos serem garantidos e conseguem acessar o senso crítico e a consciência social, a comunidade percebe o acréscimo no diálogo e se movimenta, fato esse, que é uma medalha de ouro para a vida social.

Apesar da sua importância, a educação básica como todo direito social, é visto como uma prestação material, sendo rotulada como um bem ou serviço, com isso a educação é encarada como um direito devido pelo Estado e para se concretizar depende da condição econômica favorável do Estado, e havendo poucos recursos, realocam as verbas, as quais o órgão político é responsável (ROSA CÂMARA, 2016).

Na prática, é visível que o direito de conhecer garantias, é negado a população, impossibilitando que reivindicuem seus direitos, quando são violados. Nesse passo, no Brasil, país que em diversos episódios encontra-se em graves crises políticas e democráticas, visar o ensino jurídico como preparar para a democracia, é essencial, pois a soberania popular carece daquela consciência social para concretizar-se em sua totalidade. Retoma-se a ideia paternalista que impera no Brasil, que interpreta o ensino e a manutenção de escola como “favor”, prestado por políticos. Ocorre que não são. A educação no Brasil é interesse público e não caridade, muito menos compaixão (HORTA, 2010).

Quanto a importância do direito fundamental à educação, sabe-se que a Constituição Brasileira utiliza um modelo educacional voltado

para a formação e desenvolvimento do indivíduo, bem como da cidadania e do mercado de trabalho, como bem demonstrado no art. 205 da Constituição Federal de 1988. Com o intuito de reforçar, o objetivo do modelo de ensino atual, o Plano Nacional de Educação, defende como diretriz a formação para o Trabalho e para a cidadania em seu art. 2º, no inciso V.

Ressalta-se a inversão da ordem das finalidades nos termos “trabalho” e “cidadania”, em contradição ao preceito estipulado na CF/88. Como bem ilustra o sociólogo Perrenoud (2001), a legislação, como as instituições de ensino, são mecanismos ideológicos da classe burguesa para legitimar seus interesses e privilégio, assim, o acesso a conhecimentos jurídicos para efetivar uma “cultura jurídica” representa uma superação do obstáculo, de exercício material dos direitos, não havendo a possibilidade de autonomia do sujeito, numa sociedade legalista, desconhecendo a lógica formal da sociedade, na qual está inserido (Perrenoud, 2001).

A proposta do ensino Jurídico, é defendida pelo jurista Martinez (2013), sob o fundamento de que há conhecimentos imprescindíveis para a cidadania no estudo do Direito, e defende que noções de cidadania podem ser introduzidas no ensino regular, sem perda de qualidade no ensino com essa inserção. Pelo contrário, traz para o aluno o contato com a ciência do Direito, e na pior das hipóteses, deixaria o cidadão bem preparado para a vida.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que é importante para os cidadãos a possibilidade de conhecer seus direitos fundamentais, desse modo, têm-se as escolas como o melhor lugar para isso, promovendo a instrução jurídica no nível básico de ensino, proporcionando o exercício contínuo da cidadania que direciona as condutas de ordem prática do cidadão adulto. Tendo a escola como melhor método de formar indivíduo, por meio de noções de direito, educando para a liberdade, democracia e solidariedade, educando para um mundo melhor e justo, como bem disciplina Paulo Freire (1992).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARIFA, Bethânia Itagiba. **O conceito e o discurso dos direitos humanos: realidade ou retórica**. Universidade de Brasília (UnB).
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10 edição, Brasília: UnB. 1999.
- BRASIL. **Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais**. Anísio Teixeira. Plano Nacional de Educação. PNE 2014-2014: Linha de Base.-Brasília, DF: Inep, 2015.
- BRASIL. **Constituição (1988)**. **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado **Federal**: Centro Gráfico, 1988.
- UNESCO, **DECLARAÇÃO mundial sobre educação para todos e plano de ação para satisfazer as necessidades básicas de aprendizagem**. 1990. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-mundial-sobre-educacao-para-todos-conferencia-de-jomtien-1990>
- FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- FREIRE, P. **Educação como prática da liberdade**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.
- HORTA, José Luiz Borges. **Perfis e dilemas do direito à educação**. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, nº 56, p. 215-242, jan/jun 2010.
- MARTINEZ, André Almeida Rodrigues. **O ensino da cidadania nas escolas brasileiras**. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3616, 26 maio 2013. Disponível em: . Acesso em: 18 mar. 2014
- MARSHALL, Thomas. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

- PERRENOUD, Philippe. **A pedagogia na escola das diferenças:** fragmentos de uma sociologia do fracasso. Porto Alegre: Artmed, 2001.
- ROSA, M. C. M.; CÂMARA, H. V.F. **Fundamentos do direito à educação inclusiva no sistema jurídico brasileiro.** Anais III Congresso Nacional de Educação. v. 1, 2016
- ROSA, Mariana Camilo Medeiros. CÂMARA, Hermano Victor Faustino. **O ensino Jurídico na Educação básica como instrumento do direito social à educação.** Legal teaching in basic education as an instrument for the effectiveness of social right to education.
- SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 16 edição. São Paulo: Malheiros, 1999.
- TORRES, Ricardo Lobo. **A metamorfose dos direitos sociais e o mínimo existencial.**
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais e Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado,** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA VISÃO DE HANS KELSEN E CARL SCHMITT: O CASO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988

Marcos Aureliano Bezerra Matos

INTRODUÇÃO

Bastante atual é o debate sobre a quem deve ser atribuída a guarda da Constituição. Tal discussão acalora várias opiniões na doutrina e jurisprudência nacionais. De maneira que a importância das concepções dos dois mestres na gênese da teoria constitucional brasileira é, de fato, inegável, especialmente no que diz respeito à Constituição Federal de 1988 (KELSEN, 2009; SCHMITT, 2007). Esse trabalho tem como objetivo analisar as concepções dos dois teóricos a respeito de quem deve figurar como o guarda do controle de constitucionalidade pátrio.

METODOLOGIA

Trata-se de uma revisão de literatura, elaborada a partir do estudo de livros e artigos voltados para o direito constitucional e sua aplicabilidade nos variados entendimentos a respeito do controle de constitucionalidade.

RESULTADOS

A moderna teoria constitucional tende a levar em conta as duas concepções, tanto a teoria de Kelsen quanto a teoria sustentada por Carl Schmitt, vindo em ambas igual valor e utilidade. Claro está que a Constituição Federal de 1988 conferiu ao Supremo Tribunal Federal um lugar de destaque na direção preconizada por Kelsen (BRASIL, 1988; KELSEN, 2009). É inegável o fato de que muitas ideias de Kelsen foram aproveitadas, com êxito, pelo constituinte. Doutro modo, vale salientar que a leitura de artigos como os artigos 136 e 137 da CF/88, ao darem ao presidente da República espaço para ação na declaração de estado de sítio ou na hipótese de declaração de guerra vai ao encontro do que defende a concepção formulada por Schmitt a respeito da decisão política fundamental (BRASIL, 1988; SCHMITT, 2007).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É possível observar que apesar do embate entre duas visões distintas e de admitir que nosso controle constitucional é baseado no pensamento de Kelsen, no sentido de que o controle de constitucionalidade é, de fato, exercido por um tribunal constitucional, não se pode marginalizar a concepção de Schmitt a respeito de que em certos aspectos é possível ao poder político fazer controle constitucional.

REFERÊNCIA

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 16 de junho de 2016.

KELSEN, **Hans. Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

SCHMITT, Carl. **O Guardiã da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

REFLEXÃO SOBRE O DIREITO DE LOCOMOÇÃO E REUNIÃO FRENTE À PANDEMIA DE SARS-COV-2

Lucas Melo Rodrigues de Sousa

1. INTRODUÇÃO:

De acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS) e dados disponibilizados no dia 21/07/2020, a atual pandemia de SARS-CoV-2 já infectou mais de 14 milhões de pessoas e aniquilou mais de 600 mil vidas do mundo. Esse quadro caracteriza-se pela difusão de um grande surto em escala mundial da doença que, no momento, ocorre por meio de transmissão sustentada.

Ainda em 11/03/2020, a OMS (2020) declarou que enfrentávamos uma pandemia de SARS-CoV-2, doença causada por um novo tipo de vírus da família Coronaviridae e que se apresenta como um quadro clínico inconstante, podendo inclusive variar de assintomático até um mais grave, este que pode requerer cuidados médicos intensivos.

Ante o exposto, com o intuito de que haja proteção dos indivíduos, limitações foram impostas pelo Estado e têm sido objeto de inúmeras discussões, pois, aparentemente, confrontam as normas positivadas referente às liberdades individuais no texto constitucional, conforme será aqui demonstrado.

1.1. DO DIREITO À SAÚDE:

De acordo com a Constituição Federal (BRASIL, 1988), a saúde é um direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas

sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário as ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Dessa forma, a saúde é um direito difuso de relevância pública essencial a todo ser humano e por isso impõe como um de seus pressupostos a fraternidade social. A mesma está vinculada à promoção, proteção e recuperação de modo que o bem comum sobreponha o individual, conectando toda a sociedade de forma generalizada.

Outrossim, as medidas de isolamento possuem o intuito de não sobrecarregar o Sistema Único de Saúde (SUS), garantindo a todos a efetivação do usufruto digno deste direito. Logo, em uma pandemia a atuação deve ser pensada em prol do coletivo, para que a vida – o maior bem jurídico – seja tutelada de forma correspondente a sua importância.

1.2. COMPETÊNCIA:

A competência para legislar sobre saúde é comum a todos os entes federativos, tendo a união a atribuição de legislar de forma geral sobre um determinado assunto. Os estados já atuam de forma específica em virtude de suas características e os municípios complementam a legislação estadual referente às suas peculiaridades.

O Supremo Tribunal Federal (STF), por sua vez, por meio de controle de constitucionalidade concentrado, decidiu através da Arguição de Preceito Fundamental 671 sobre a constitucionalidade das competências previstas na Constituição Federal, por intermédio de uma interpretação que visou preservar o respeito às previsões constitucionais em conjuntura dos valores e em relação ao respectivo fato social, declarou a demanda.

2. HISTÓRICO:

Em quatro de fevereiro deste ano, o atual presidente da república decretou estado de emergência em virtude da excepcional situação da proliferação da SARS-CoV-2. O estado de emergência é uma medida extraordinária prevista na Constituição e é conhecido como um instrumento do sistema constitucional de crise que visa à manutenção e ao restabelecimento da ordem.

Não deve haver confusão sobre estado de sítio, defesa e de emergência, porquanto os primeiros atuam com intuito de, entre uma das várias medidas de exceção, restringir de forma integral direitos. Em sentido oposto, o Estado de emergência visa ponderar direitos fundamentais em virtude de estarmos diante de tragédias menores.

O Estado de Emergência caracteriza-se pelo direcionamento de atividades básicas a atividades de contenção, o qual é demonstrado através de medidas imprescindíveis que o Estado deve tomar com intuito de que se altere o comportamento e a rotina da população temporariamente, como a liberação de novos recursos, a prestação de socorro e a manutenção de serviços essenciais. Todas essas medidas com objetivo de que se salvem vidas.

3. REPERCUSSÕES LEGAIS:

A Lei Federal nº 13.979 (BRASIL, 2010) prevê que “as pessoas deverão sujeitar-se ao cumprimento das medidas previstas”, de modo que “o descumprimento delas acarretará responsabilização, nos termos previstos em lei”. No mesmo diploma normativo, existe a possibilidade de ser decretado isolamento e quarentena, desde que feita pelo Ministério da Saúde de forma fundamentada.

Dessa maneira, representantes dos Estados e municípios que recomendassem isolamento e quarentena com todo clamor se viam diante de uma recomendação inútil apesar de bastante sensata, em virtude da competência ser do Ministério da Saúde, porém o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2020) garantiu autonomia a prefeitos e governadores para determinarem medidas para o enfrentamento do novo coronavírus.

Com efeito, os ministros chegaram à conclusão de que estados e municípios podem regulamentar medidas de isolamento social, fechamento de comércio e outras restrições, contrariando a previsão do poder executivo. Para os ministros do STF, o governo federal somente pode definir sobre serviços e atividades de interesse nacional. Fora disso, cabe aos prefeitos e governadores regulamentarem a situação em seus respectivos territórios.

4. DOS DIREITOS E PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS:

Os direitos fundamentais são direitos inatos à pessoa humana e são regulamentados e garantidos pelo Estado. Encontram-se positivados em uma lei fundamental suprema que conduz a organização política e jurídica do estado. Porém, diante de distintos fatos sociais, podemos presenciar conflitos normativos e principiológicos, sendo necessário ponderação.

No Brasil, o STF, no que diz respeito a limitação de direitos fundamentais, adota a teoria externa, a qual impõe que a delimitação em eventual conflito, seja feita por sopesamento entre os direitos a partir do respectivo fato social, estes que devem sempre respeitar o núcleo duro do direito fundamental, pois este é o elemento que nunca pode ser extinguido, visto que deve se haver uma reverência ao mínimo essencial e, se não preservada, a limitação será ilegítima.

Devem ainda ser observado os seguintes princípios: a) o princípio da unidade impõe que todas as normas jurídicas da Constituição possuem o mesmo valor hierárquico, não havendo subordinação entre elas; b) o princípio da harmonização impõe que a limitação deve ser proporcional ao fato social, logo estes são essenciais para a ponderação de direitos fundamentais.

5. DO DIREITO DE LOCOMOÇÃO:

É fruto da primeira geração de direitos fundamentais e dita a possibilidade de o cidadão entrar, sair e permanecer em vias públicas como previsto na vigente Constituição Federal. Ao pensar que as aglomerações tornam mais fácil a transmissão da síndrome respiratória, é portanto inevitável que haja uma restrição maior ao direito de locomoção.

O núcleo duro do direito de locomoção é garantido pela possibilidade de que se busque serviços básicos, como alimentação e saúde, promovendo a estabilidade necessária a dignidade humana em tempos de caos social. Assim, observa-se que tal restrição é proporcional, uma vez que permite que futuramente o direito de locomoção seja aplicado de forma plena, resguardando a vida que, nesse momento e mais do que nunca, precisa de ser protegida por meio da solidariedade social.

6. DIREITO DE REUNIÃO:

A Liberdade de reunião é o direito que as pessoas possuem para se reunir em grupos, ou qualquer outro aparelhamento que desejem. A restrição da liberdade de expressão vinculada ao direito de reunião, pode se ver demonstrada de inúmeras formas como discussões na internet, aplausos para os profissionais de saúde, painéis contra ineficiência política e até mesmo reuniões de família por meio de webcam, logo, vemos o núcleo duro desse direito mantido e que é proporcional em virtude de que a saúde, vida e a segurança sejam garantidas.

7. CONCLUSÃO:

É possível que os direitos fundamentais, com fulcro nos princípios da unidade e da harmonização, sejam sopesados sem que o núcleo duro desses direitos seja violado e completamente afastado. As limitações devem ser transcritas de forma clara para que a informação chegue com qualidade ao receptor e se torne possível o exercício limitado, porém, dentro das diretrizes esperadas à dignidade humana, de modo que o direito à vida, o mais elementar, visto que sem ele nenhum outro pode ser sequer cogitado, seja protegido. Assim sendo, medidas excepcionais respaldadas na dignidade humana e no desenvolvimento integral dos indivíduos devem ser tomadas.

BIBLIOGRAFIA:

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Juspodivm, 2020.

**DIMENSÕES JURÍDICAS DOS DIREITOS
HUMANOS – VOL. 1**

Felipe Asensi, Telson Pires,
Thiago Rodrigues Pereira,
Vanessa Velasco Hernandez Brito Reis (orgs.)

Tipografias utilizadas:
Família Museo Sans (títulos e subtítulos)
Bergamo Std (corpo de texto)

Papel: Offset 75 g/m²
Impresso na gráfica Trio Studio
Setembro de 2020