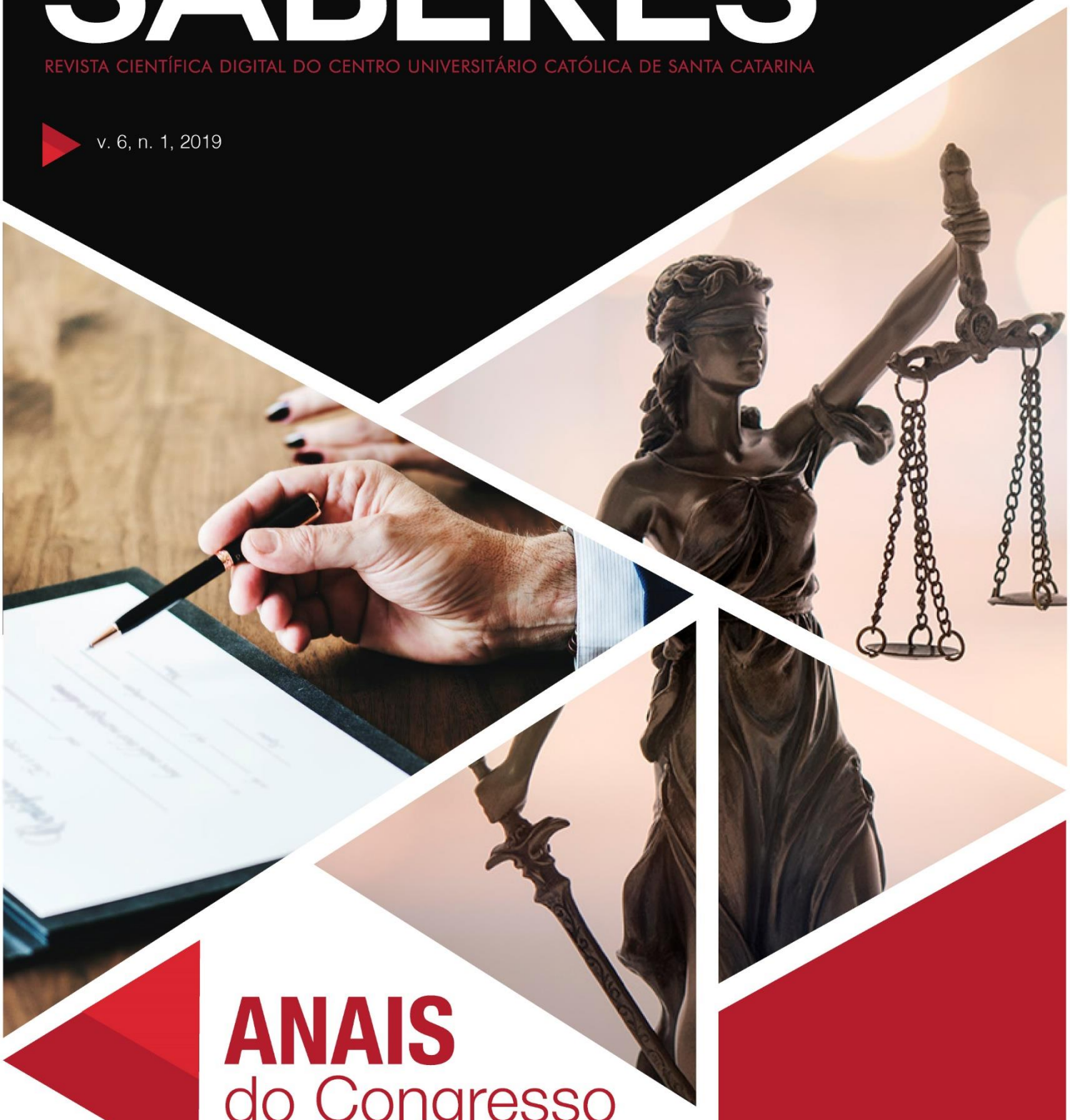
NOVOS
SABERES
REVISTA CIENTÍFICA DIGITAL DO CENTRO UNIVERSITÁRIO CATÓLICA DE SANTA CATARINA

v. 6, n. 1, 2019



ANAIS
do Congresso Luso-Brasileiro de Direito
Constitucional Comparado

Católica SC
Centro Universitário

REVISTA NOVOS SABERES
ISSN 2359-1986

Expediente

Prof. Daniel de Mello Massimino
Editor

Prof. Maikon Cristiano Glasenapp
Coordenador de EDUCON, Pesquisa e Extensão

Prof. Luciene Dal-Ri
Coordenadora do Congresso Luso-Brasileiro de Direito Constitucional Comparado

Corpo Editorial

Profa. Ana Célia Bohn, Centro Universitário Católica de Santa Catarina
Prof. Antonio José Tonello Junior, Centro Universitário Católica de Santa Catarina
Prof. Carlos Eduardo Viana, Centro Universitário Católica de Santa Catarina
Prof. Claudio Sérgio Moreira, Centro Universitário Católica de Santa Catarina
Prof. Dianclen do Rosario Irala, Centro Universitário Católica de Santa Catarina
Prof. Douglas do Nascimento, Centro Universitário Católica de Santa Catarina
Prof. Jorge Harry Harzer, Centro Universitário Católica de Santa Catarina
Prof. Junior Antunes Koch, Centro Universitário Católica de Santa Catarina
Prof. Maikon Cristiano Glasenapp, Centro Universitário Católica de Santa Catarina
Prof. Manfred Heil Júnior, Centro Universitário Católica de Santa Catarina
Prof. Marcelo Matos Martins, Centro Universitário Católica de Santa Catarina
Prof. Maurício Henning, Centro Universitário Católica de Santa Catarina
Prof. Nelson Martins de Almeida Netto, Centro Universitário Católica de Santa Catarina
Prof. Pedro Alvim de Azevedo Santos, Centro Universitário Católica de Santa Catarina
Prof. Sebastião Lauro Nau, Centro Universitário Católica de Santa Catarina
Prof. Tiago Staudt, Centro Universitário Católica de Santa Catarina
Prof. Wilson José Mafra, Centro Universitário Católica de Santa Catarina
Profa. Juliana Petris, Centro Universitário Católica de Santa Catarina
Profa. Márcia Zanievicz da Silva, Centro Universitário Católica de Santa Catarina

NOTA DO EDITOR

Os textos publicados nesta edição da Revista Novos Saberes foram avaliados pelo corpo de avaliadores do Congresso Luso-Brasileiro de Direito Constitucional Comparado, de acordo com os critérios estabelecidos pelo evento, não sendo submetidos ao sistema de *double blind review*. O conteúdo, a normalização e as referências dos mesmos são de responsabilidade exclusiva de seus autores, tendo sido corrigidos apenas os erros que comprometiam a estrutura geral da publicação.

SUMÁRIO

EDITORIAL 5

A LIMITAÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE NOS CONTRATOS DE SEGURO SAÚDE EM PORTUGAL E NO BRASIL 6

ANÁLISE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 20-B DA LEI 10.522/02 19

A PROTEÇÃO MULTINÍVEL DOS DIREITOS DO HOMEM E SEUS REFLEXOS NAS DECISÕES DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS 29

A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO PELA EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL AMBIENTAL 40

A RESILIÊNCIA COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL AO DESENVOLVIMENTO HUMANO E À CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS INTERNACIONAIS 53

A RESTRIÇÃO DE DOAÇÃO DE SANGUE DE HOMOSSEXUAIS DO SEXO MASCULINO NO BRASIL E O FERIMENTO DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA IGUALDADE E DA NÃO DISCRIMINAÇÃO 66

AS CARTAS MAGNAS DE MATRIZ LUSÓFONO: O RETRATO DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS 82

AS INOVAÇÕES DO CPC/2015 NO TOCANTE ÀS TUTELAS JURISDICIONAIS DE COBRANÇA E A LÓGICA DE ESCOLHA IMPLÍCITA NA BUSCA PELOS PROCEDIMENTOS MAIS CÉLERES E EFICAZES 96

AS WRONGFUL LIFE CLAIMS E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS 107

CLÁUSULAS DE ABERTURA NO CONSTITUCIONALISMO LATINO AMERICANO: COMPROMISSO COM A PROTEÇÃO MULTIDIMENSIONAL DOS DIREITOS HUMANOS 120

CRÍTICAS FEMINISTAS AO LIBERALISMO E AO CONTRATUALISMO E À TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS 129

DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 394-A DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO EM FACE DOS DIREITOS SOCIAIS DA MULHER TRABALHADORA 146

DECISÕES CONTRAMAJORITÁRIAS E REPRESENTATIVIDADE: A ASCENSÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988 160

DEMOCRACIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS – A MEDIAÇÃO: O Direito a celeridade e efetividade na Resolução dos Conflitos 173

DENÚNCIA DE TRATADOS INTERNACIONAIS NO BRASIL E A POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL 183

EFICÁCIA VINCULANTE DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO SISTEMA BRASILEIRO: UMA ANÁLISE CRÍTICA AO MODELO *COMMON LAW* APLICADO AO *CIVIL LAW* 197

ESTRUTURALISMO ARGUMENTATIVO DE HUMBERTO ÁVILA: TEORIA DAS NORMAS JURÍDICAS (PRINCÍPIOS E REGRAS) E O RELATIVISMO AXIOLÓGICO 213

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: UMA ANÁLISE NA REALIDADE BRASILEIRA 226

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 25 238

LEI DE MIGRAÇÃO: DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS INCOERENCIAS DA NORMA REGULAMENTADORA 249

LIBERDADE DE EXPRESSÃO DO EMPREGADO NAS REDES SOCIAIS . 256

NORMAS CONSTITUCIONAIS E A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO .. 270

O ACESSO À JUSTIÇA INTERNACIONAL: UMA ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE O SISTEMA EUROPEU E INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS 281

O CUSTO E O VALOR DA IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS 291

O DEVER DE FUNDAMENTAR A DECISÃO DE SANEAMENTO COMO GARANTIA DO EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO 307

O DIREITO AUTORAL E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL: DESAFIOS DA SOCIEDADE TECNOLÓGICA 319

PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS E A UNIÃO HOMOAFETIVA 332

PROCESSO JUDICIAL DIGITAL E ACESSO À JUSTIÇA NO ESTADO DE GOIÁS 344

REFLEXÕES SOBRE O ORÇAMENTO IMPOSITIVO E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NO BRASIL 356

ACESSO À JUSTIÇA CONSTITUCIONAL NÃO SIGNIFICA ACESSO À ENTREGA DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: A (não) EFETIVIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DE TRABALHADOR EM TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS 370

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL 387

EDITORIAL

A presente edição da Revista Novos Saberes foi cuidadosamente elaborada com os artigos apresentados e debatidos nas salas de workshops do Congresso Luso-Brasileiro de Direito Constitucional Comparado, realizado nos dias 10-12 de setembro de 2018, no Centro Universitário – Católica de Santa Catarina, em Joinville.

O Congresso faz parte das ações em conjunto da Universidade Autônoma de Lisboa (UAL), por meio do Centro de Pesquisa *Ratio Legis*, e do Centro Universitário Católica de Santa Catarina, por meio do Grupo de Pesquisa da Escola de Direito, e teve fomento da Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Estado de Santa Catarina (FAPESC), sob o termo de outorga n. 2018TR1204.

Os workshops foram presididos pelos doutorandos Luiz Carlos Ávila Júnior, Carlos Eduardo Figueiredo e Fernando de Paula G. Ferreira, com a parceria dos Professores Doutores Jónatas E. M. Machado, Pedro Trovão do Rosário, Alex Sander Xavier Pires e Cláudio Carneiro, da Universidade Autónoma de Lisboa e dos Professores Msc. Alexandre José Mendes, Dr. Itamar Luís Gelain, Msc. Alessandra Ramos, Msc. Thiago Vieira Marques e Msc. Rogério Zuel Gomes, do Centro Universitário Católica de Santa Catarina.

As contribuições apresentadas são provenientes de acadêmicos do Centro Universitário da Santa Catarina e de instituições de ensino superior de diversas partes do país, contando também com mestrandos e doutorandos de universidades brasileiras e europeias.

Em paralelo aos trabalhos aqui apresentados, foi publicado o livro Direito Constitucional Luso e Brasileiro na Contemporaneidade envolvendo dezoito universidades parceiras e seis programas de pós-graduação *stricto sensu* na área jurídica, dos quais quatro são brasileiros (UENP/PR, Centro Universitário Guanambi/BA, UFSC e UNIVALI/SC) e dois são portugueses (Universidade de Coimbra e Universidade Autônoma de Lisboa).

Os debates e o semear de ideais ocorrido por meio das palestras e dos workshops evidenciaram a qualidade dos trabalhos apresentados no evento, dialogaram com as atividades de ensino e de pesquisa da Escola de Direito do Centro Universitário Católica de Santa Catarina, bem como consolidaram a relação entre as instituições envolvidas.

Luis Carlos Ávila Júnior
Carlos Eduardo Figueiredo
Fernando de Paula G. Ferreira
Luciene Dal-Ri

A LIMITAÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE NOS CONTRATOS DE SEGURO SAÚDE EM PORTUGAL E NO BRASIL

Antonio Carlos Pantoja Freire[1]

RESUMO

Este trabalho aborda os aspectos de natureza contratual dos contratos de seguro saúde em Portugal e no Brasil, tendo em vista a natureza constitucional que o direito à saúde possui em ambos os sistemas jurídicos. Para tanto, pretende-se analisar como a Entidade Reguladora da Saúde (ERS) e a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), responsáveis pela regulação do mercado de planos de saúde nesses países. Esse artigo se concentrará nas condições contratuais do sistema de seguro de saúde privados voluntários, que é o segmento de seguros que abrange todos os contratos cujos prêmios são calculados em função do risco e para os quais a adesão é voluntária. Tais contratos funcionam em um regime de livre mercado, estando sujeito à legislação geral do setor. Por fim, observou-se que a autonomia da vontade contratual encontra limitação o sistema luso-brasileiro nas cláusulas gerais da boa-fé e da função social do contrato.

Palavras-chave: Contrato; ERS; ANR; seguro; saúde; boa-fé.

1 INTRODUÇÃO

É perceptível os avanços significativos do sistema legislativo português e brasileiro em relação aos direitos humanos. Essas mudanças decorreram, em grande parte, pelas conquistas sociais e históricas em torno da aplicabilidade desses direitos a todos os indivíduos, independentemente de raça, sexo, cor, idade e religião.

Além disso, os acordos, convenções, tratados, protocolos e outros instrumentos jurídicos internacionais indicaram o compromisso dos governantes com o bem-estar da coletividade. Ainda, com o advento do constitucionalismo e da previsão de supremacia do ordenamento constitucional, todas as divisões do direito passaram a sujeitarem-se a norma fundamental.

Dessa forma, apesar da existência de regras e dispositivos específicos para a matéria, os magistrados terão que decidir uma causa analisando a legislação em sentido amplo e de forma isenta, sem qualquer tipo de diferenciação jurídica entre as partes além daquelas já previstas na norma jurídica.

Assim sendo, o sistema luso-brasileiro, assim como outros países, passou a admitir e a positivar princípios e valores com fundamentos ético-filosóficos baseados na igualdade e na dignidade da pessoa humana, conforme previsão no texto das Constituições portuguesa de 1976 e brasileira de 1988.

---

[1] Bacharel em direito pela Universidade da Amazônia (UNAMA). Pós-graduado em Direito Civil e Processo civil da Universidade Católica Dom Bosco (UCDB/MS). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Doutorando em Ciências Jurídicas na Universidade Autônoma de Lisboa (UAL). Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/6639872385571905.

Nesse sentido, o direito à saúde é reconhecido nos dois sistemas jurídicos, cabendo ao Estado o fornecimento das garantias mínimas de acesso aos serviços de saúde, uma vez que esse direito é considerado um bem essencial a todos os seres humanos. Logo, a observância de dever de cuidado está além da atividade propriamente pública. Isso porque, nos sistema luso-brasileiro existe a oferta de sistemas de saúdes complementares ao sistema público, cabendo a adesão ao usuário e ao seu pagamento, conforme as normas contratuais vigentes.

Todavia, diferentemente de outros objetos contratuais, o objeto a ser tutelado é a saúde e a vida do indivíduo, o que torna necessário o acompanhamento e fiscalização de perto pelo Estado do exercício dessa atividade econômica.

Em suma, há um entendimento sedimentado na necessidade de regulação estatal das relações sociais contratuais, uma vez que o homem em sociedade possui direitos e deveres, sendo que nesse caso o contrato não pertence somente aos contratantes, mas sim deverá obedecer às limitações legais impostas à vontade individual.

Os contratos de seguro podem ser individuais ou de grupo, consoante sejam celebrados relativamente a uma pessoa ou a um conjunto de pessoas ligadas entre si e ao tomador de seguro por um vínculo ou interesse comum. Por isso, o tema a ser discutido nesse artigo é de grande relevância, pois, visa identificar as limitações da autonomia de vontade nos contratos de seguro saúde em Portugal e no Brasil.

Cabe salientar que o presente artigo se concentrará nas condições contratuais do sistema de seguro de saúde privados voluntários, segmento de seguros de saúde privados abrange todos os contratos cujos prêmios são calculados em função do risco e para os quais a adesão é voluntária.

2 A NECESSIDADE DE REGULAÇÃO ESTATAL DAS EMPRESAS PRESTADORAS DE SEGURO SAÚDE PRIVADO

O liberalismo clássico, representado por Adam Smith e John Locke, é uma doutrina econômica que surgiu como fundamento ideológico da classe burguesa para a derrubada do sistema político absolutista. Essa classe sustentou basicamente a intervenção mínima do Estado na iniciativa privada e a ausência de distinção jurídica entre as classes sociais.

A partir dessas premissas, Jean-Jacques Rousseau defendeu uma concepção individualista de que os homens nascem livres e iguais, mas que em todo lugar estão acorrentados. Essa corrente fictícia seria a representação das amarras impostas pelo próprio Estado, devendo o homem como alternativa a essa realidade, perseguir o ideal próprio de liberdade.

Nesse contexto, as chamadas revoluções burguesas representaram o apogeu das transformações sociais suscitadas. Destaca-se que a Revolução Inglesa (1640-1688) foi essencial para o desenvolvimento do modo de produção capitalista, sendo um marco significativo de abandono da era dos deveres para a era dos direitos (MONDAINI, 2003).

Também foi importante a Revolução americana (1776) para a formulação dos direitos humanos, a ideia de cidadania, de liberdade e de igualdade entre os homens (KARNAL, 2003).

Por fim, a Revolução Francesa (1789) representou um marco dessa transição, sendo esse movimento conhecido por seu trinômio: igualdade, liberdade e fraternidade. Cabe registrar que esta revolução é considerada a fundadora dos direitos civis e tem como marco significativo a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (ODÁLIA,2003).

Segundo Flávia Piovesan "as declarações de direitos consagravam a ótica contratualista liberal, pela qual os direitos humanos se reduziam aos direitos à liberdade, segurança e propriedade, complementados pela resistência à opressão" (PIOVESAN, 2007, p. 131-132).

Dessa forma, houve uma verdadeira concessão de poder à burguesia. Isto porque era necessário se evitar abusos e o arbítrio do poder, conforme ocorria no regime absolutista – a não atuação estatal significava liberdade. Logo, procedeu-se a uma limitação dos poderes estatais em face dos direitos individuais dos cidadãos.

Contudo, notou-se que esse modelo não conseguiu superar a contradição entre a igualdade política e a desigualdade social. Nesse sentido, Dalmo de Abreu Dallari comenta que não basta dar o direito de ser livre, mas é necessário haver garantia à pessoa do poder de ser livre, diz: "a valorização do indivíduo chegou ao ultra-individualismo, que ignorou a natureza associativa do homem e deu margem a um comportamento egoísta, altamente vantajoso para os mais hábeis, mais audaciosos ou menos escrupulosos" (DALLARI, 1998, p. 277).

Sobre o tema Ingo Sarlet dispõe que "não mais se está preocupado em evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas sim, de propiciar um direito de participar do bem-estar social" (SARLET, 2002, p. 51).

Com base nessas concepções, surgiu nos Estados Unidos as chamadas agências reguladoras, inspiradas no modelo britânico de regulação do mercado Na Inglaterra é encontrada a figura da *Executiv Agency* (Agência Executiva), mais conhecida como *Next Steps Agency*, criada com o objetivo de evitar a influência do poder político na regulamentação de questões específicas que venham envolver a sociedade britânica, visando a melhoria e o aperfeiçoamento do serviço público em prol do cidadão e do próprio governo (CAL, 2003).

Tais entidades são na essência organismos típicos do "estado de bem-estar", voltados a monitorar a intervenção da Administração no domínio econômico (GODOI JUNIOR, 2008). Di Pietro destaca que existem nos Estados Unidos vários tipos de agências, sendo que a classificação mais antiga considerava duas modalidades: as agências reguladoras (*regulatory agency)* e as não reguladoras (*non regulatory agency)*, conforme tivessem ou não poderes normativos, delegados pelo Congresso, para baixar normas que afetassem os direitos, as liberdades ou atividades econômicas dos cidadãos (DI PIETRO, 2007).

Nos Estados Unidos esses órgãos originaram-se com a Lei de Comércio Interestadual (*Interstate Commerce Commission*), criada em 1887 para regulamentar os serviços interestaduais de transporte ferroviário. Essas agências objetivavam enfrentar os monopólios e a concorrência desleal praticada pelas ferrovias norte-americanas (ARAGÃO, 2002).

As agências reguladoras têm a incumbência de normatizar, de disciplinar e de fiscalizar a prestação, por agentes econômicos públicos e privados, de certos bens e serviços de acentuado interesse público, inserido no campo da atividade econômica, que o Poder Legislativo entendeu por bem destacar e

entregar à regulamentação autônoma e especializada de uma entidade administrativa relativamente independente da administração central (GOMES, 2005).

2.1 A REGULAÇÃO ESTATAL DE SEGURO SAÚDE EM PORTUGAL

A Entidade Reguladora da Saúde (ERS) é uma entidade pública criada pela Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto, que estabeleceu a sua competência e o seu funcionamento interno, tendo por missão a regulação da atividade dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde. Entende-se por estabelecimento todos os locais prestadores de cuidados de saúde do território continental, do sector público, privado e social, excetuando as farmácias.

Essa entidade é responsável pela supervisão dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde no seguinte sentido: a) requisitos para o exercício da atividade; b) direitos de acesso aos cuidados de saúde e dos demais direitos dos utentes; c) legalidade e transparência das relações econômicas entre os diversos operadores; e d) concorrência no setor da saúde. A ERS também processa reclamações dos utentes, prestadores e instituições, realiza inspeções e auditorias às instalações dos prestadores de cuidados de saúde, investiga as situações que possam pôr em causa os direitos dos utentes, conduz a processos de contra-ordenação e aplicação de sanções, emite instruções, recomendações e pareceres e realiza estudos sobre a organização do sistema de saúde.

2.2 A REGULAÇÃO ESTATAL DE SEGURO SAÚDE NO BRASIL

No Brasil, as agências reguladoras foram criadas a partir de 1997, sendo inspiradas no modelo norte-americano (MENEZELLO, 2002). Essas entidades foram introduzidas na estrutura da administração pública indireta, como autarquias de regime especial. Visava-se conceder as agências o poder de regular os setores da iniciativa privada com o fim de garantir o equilíbrio entre o Estado, os produtores e os consumidores.

Através da Lei nº 9.961, datada de 28 de janeiro de 2000, criou-se a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). Essa autarquia é uma agência reguladora vinculada ao Ministério da Saúde, sendo responsável pelo setor de planos de saúde no Brasil.

Os objetivos institucionais da ANS são os seguintes: a) regulação da saúde suplementar: conjunto de políticas e diretrizes gerais, ações normatizadoras e indutoras, que visam a defesa do interesse público e a sustentabilidade do mercado de assistência suplementar à saúde; b) qualificação da saúde suplementar: conjunto de políticas, diretrizes e ações que buscam a qualificação: do setor, em relação ao mercado regulado; das operadoras, nas dimensões Atenção à Saúde, Econômico - Financeira, Estrutura e Operação; institucional, em relação ao próprio regulador; e satisfação dos beneficiários; c) articulação Institucional: conjunto de políticas, diretrizes gerais e ações que otimizem as relações institucionais internas e externas viabilizando a efetividade do processo regulatório.

3 ASPECTOS DO CONTRATO DO SEGURO SAÚDE NO DIREITO PORTUGUÊS

A partir da Constituição Portuguesa de 1976, houve a previsão da criação de um sistema de saúde, gerido sob a forma de Sistema Nacional de Saúde (SNS), que possibilitaria um seguro público, de cobertura universal e acesso quase livre no ponto de utilização de serviços e de financiamento através de impostos.

O art. 64.º da Constituição Portuguesa assim dispõe: "2. O direito à proteção da saúde é realizado: a) Através de um serviço nacional de saúde universal e geral e, tendo em conta as condições econômicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito; b) Pela criação de condições econômicas, sociais, culturais e ambientais que garantam, designadamente, a proteção da infância, da juventude e da velhice, e pela melhoria sistemática das condições de vida e de trabalho, bem como pela promoção da cultura física e desportiva, escolar e popular, e ainda pelo desenvolvimento da educação sanitária do povo e de práticas de vida saudável."

Nesse sentido, dispõe que o SNS é baseado num sistema de organização descentralizado, embora se tenha mantido ao longo de tempo uma estrutura centralizada, dominada pela oferta pública da maioria de cuidados primários e hospitalares, caracterizando por: a) ser universal quanto à população abrangida; b) prestar integralmente cuidados globais ou garantir a sua prestação; c) ser tendencialmente gratuito para os utentes, tendo em conta as condições econômicas e sociais dos cidadãos; d) garantir a equidade no acesso dos utentes, com o objetivo de atenuar os efeitos das desigualdades econômicas, geográficas e quaisquer outras no acesso aos cuidados; e e) ter organização regionalizada e gestão descentralizada e participada.

O sistema de cuidados de saúde português é caracterizado pela coexistência de três sistemas de cobertura: 1) o Sistema Nacional de Saúde (SNS), acima descrito 2) os seguros privados e públicos delineados para certas profissões e designados por subsistemas de saúde e 3) os sistemas de seguros de saúde privados voluntários.

Ressalta-se a peculiaridade do sistema de saúde privada português no que tange a cobertura, pois, este visa a preencher lacunas e fragilidades da oferta do sistema público de saúde. Isso porque, o sistema público não possui a cobertura integral a exemplo de profissionais de odontologia. Além disso, os usuários que migram para o sistema privado buscam um conforto maior no que tange a marcação de consultas ou listas de espera. Ainda, destaca-se que a comercialização de seguros de saúde voluntários começou a ganhar maior expressão devido a busca das pessoas em ter uma segurança maior quanto aos procedimentos relativos à saúde, conforto na escolha dos profissionais, dentre outros fatores.

Segundo Simões, existem na atualidade 16 destes regimes, sendo no seu conjunto responsáveis pelo financiamento e prestação de cuidados de saúde a cerca de 20% da população (SIMÕES, 2007). Tais subsistemas de saúde podem ser definidos como esquemas de seguros de saúde, nos quais a qualidade de membro está dependente da pertença a uma determinada categoria profissional ou ocupacional, representando assim uma cobertura adicional à proporcionada

pelo SNS. Parte da população pode escolher entre o SNS e os subsistemas de saúde, podendo mesmo usufruir da utilização de ambos.

Ainda, destaca o autor que o principal subsistema público de saúde é a Assistência na Doença aos Servidores civis do Estado (ADSE), que cobre os funcionários públicos. Já no setor privado os principais subsistemas são os da Portugal Telecom, dos CTT e dos SAMS, tendo sido extintos em 2008 na sua relação de *opting out* com o SNS (SIMÕES, 2007).

Um dado interessante é que os seguros de saúde adquiridos de forma voluntária, em 2008, abrangiam aproximadamente 1.920.000, o que representa cerca de 20% da população portuguesa indivíduos cobertos (GUIOMAR, 2010). É possível dividir o seguro de saúde em três modalidades distintas: a) regime de prestações convencionadas ou sistema de assistência; b) um regime de prestações indenizatórias ou sistema de reembolso; e c) um sistema misto, que combina os dois anteriores.

No regime de prestações convencionadas ou "sistema convencionado", o segurador dispõe de uma rede de prestadores de cuidados de saúde aos quais pode recorrer, circunstância na qual suporta somente uma parte do preço com o cuidado recebido. A parte remanescente ficará a cargo da entidade seguradora, que o liquidará diretamente ao prestador, em prazo e montante previamente determinado na convenção celebrada entre ambos.

Por sua vez, no regime de prestações indenizatórias ou "sistema de reembolso", o utente/segurado escolhe livremente o prestador ao qual pretende recorrer e paga a totalidade das despesas com os cuidados de saúde recebidos, sendo posteriormente reembolsado de uma parte delas pelo segurador, mediante apresentação de comprovantes de pagamento.

O regime de sistema misto, que permite o recurso a ambas as modalidades descritas anteriormente, é, claramente, a modalidade preferida. Nesse tipo de contrato de saúde privada voluntário existe um acordo entre duas partes, em que o segurado paga à entidade seguradora uma contribuição monetária periódica, comprometendo-se, esta última, a cobrir total, ou parcialmente, os custos de utilização de cuidados de saúde efetuados pelo primeiro.

As legislações a serem observadas nesse tipo de contrato, além das determinações da Entidade Reguladora de Saúde (ERS), são as seguintes:

Normas referentes a Assistência e Seguro de Saúde em Portugal

Legislação	Aplicabilidade
Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de novembro	Institui o Código Civil Português
Constituição Portuguesa (1976)	Dispõe sobre o Direito à proteção da saúde (art. 64.º)
Decreto-Lei n.º 56/79, de 15 de setembro	Foi instituído o Serviço Nacional de Saúde (SNS)
Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro	Institui o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais
Decreto-Lei n.º 48/90, de 24 de agosto	Lei de Bases da Saúde (LBS)
Decreto-Lei nº 11/93, de 15 de janeiro	Estatuto do Serviço Nacional de Saúde
Decreto-Lei nº 24/96, de 31 de julho	Lei de Defesa do Consumidor
Decreto-Lei nº 72/08, de 16 de abril	Regime Jurídico do Contrato de Seguro

Ressalta-se que esses contratos são regidos pelo princípio da liberdade contratual (Art. 405.º do Código Civil Português e Art. 11º do Decreto LBS), tendo como limitativo a boa-fé contratual. Identificam-se os seguintes pontos

relevantes presentes nesse sistema: 1) o elevado número de exclusões; 2) os limites de idade; e 3) os períodos de carência alargados e a duração anual dos contratos.

No que tange ao elevado número de exclusões diz respeito a várias exceções colocadas nas apólices como ausência de coberturas de certas doenças. Essas ausências de coberturas estão justificadas pela liberdade contratual. Em Portugal, geralmente as apólices de seguro saúde não cobrem despesas relacionadas com doenças psiquiátricas, tuberculose, hepatite, transplante de órgãos, hemodiálise, doenças sexualmente transmissíveis, hérnias, fisioterapia e tratamentos de obesidade e fertilidade.

Outra questão importante consiste na duração dos contratos, sendo a maioria de renovação anual, a entidade seguradora pode pôr fim a um contrato se o comprador der muita despesa, por exemplo, devido a uma doença prolongada. Além disso, há possibilidade de a seguradora não renovar o seguro em decorrência da idade.

4 ASPECTOS DO CONTRATO DO SEGURO SAÚDE NO DIREITO BRASILEIRO

O Estado Brasileiro criou o Sistema Único de Saúde (SUS), responsável pela cobertura universal de todos os cidadãos brasileiros e também para as pessoas que estejam, mesmo que transitoriamente, em seu território. Esse sistema é responsável pelo simples atendimento ambulatorial aos transplantes de órgãos, demonstrando o grau de complexidade desse sistema.

Já o sistema de saúde privada no Brasil é oferecido para a população sendo os seus limites definidos pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, conforme acima exposto. Para tanto, destaca-se a existência das seguintes normas de seguro saúde no Brasil:

Normas referentes a Assistência e Seguro de Saúde no Brasil

Legislação	Aplicabilidade
Constituição Brasileira (1988)	Estabelece o direito à saúde como um direito social
Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990	Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências
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.
Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998	Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde
Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002	Institui o Código Civil Brasileiro

Uma das peculiaridades do sistema brasileiro é a existência de regulação legislativa por parte da ANS. Observa-se que esta agência interpreta clausulas gerais e cria as suas próprias normas através de instruções normativas, resoluções e súmulas. Essa entidade exerce um duplo papel: de intérprete e de criadora de normas.

As cláusulas gerais são disposições normativas de caráter genérico ou abstrato que, no caso concreto, direciona o intérprete a proceder à concretização de uma norma jurídica. Em outras palavras, são normas que definem valores e parâmetros hermenêuticos e oferecem aos intérpretes os critérios axiológicos e

os limites para sua aplicação. Tais disposições são semelhantes a delegações, atribuindo ao intérprete a tarefa de elaborar o juízo valorativo dos interesses em jogo (CORDEIRO, 1984).

Estas são constituídas de grande generalidade e, por consequência, abrangem e submetem a um mesmo tratamento jurídico um domínio de casos (ENGISCH, 2001). No interior dessas cláusulas há valores incorporados que exercem a função de “poros” ou “janelas abertas” para a mobilidade da vida em sociedade. Essa ampla extensão no campo semântico, com o emprego de uma linguagem “fluida” ou “vaga”, confere ao intérprete a criação de uma norma jurídica condizente com as peculiaridades do caso concreto (DIDIER JR, 2010).

Para isso, o intérprete deverá observar o contexto social no qual as normas estão sendo aplicadas. Isto é, o aplicador não poderá ignorar o consenso social (costumes e princípios gerais de direito) já estabelecido a respeito de determinadas circunstâncias por ele examinadas. Com isso, torna-se verossímil a disposição de que essas cláusulas são caracterizadas como “pontos de erupção da equidade” (CANARIS, 2002, p. 142).

Ademais, sua utilização não significa a transformação qualitativa das legislações nacionais. Isso porque, apesar destas estarem expressas no ordenamento jurídico, não se conseguiu aplicar tais normas em face de seu caráter subjetivo. Logo, caberá ao intérprete a obra de integração das normas ao sistema jurídico, visto que, a observância da finalidade concreta da norma é um dos elementos imprescindíveis de uma cláusula geral. Essa concretização será feita através de uma conexão axiológica entre o corpo codificado e a Constituição dando um sentido uniforme as cláusulas gerais à luz dos princípios constitucionais (TEPEDINO, 2003).

Nesse ponto, destaca-se a diferença entre as cláusulas gerais e os princípios constitucionais. Para Didier Jr. a cláusula geral é um texto jurídico e o princípio é uma norma. Segundo o autor, tais institutos operam em níveis diferentes do fenômeno normativo, pois, a norma jurídica é um produto da interpretação de um texto jurídico (DIDIER JR, 2010). Interpretam-se textos jurídicos para que se verifique qual norma deles pode ser extraída. Um princípio pode ser extraído de uma cláusula geral, e é o que costuma acontecer. Mas a cláusula geral é o texto que pode servir de suporte para o surgimento de uma regra (DIDIER JR, 2010).

Dessa forma, as cláusulas gerais são uma realidade jurídica diversa das demais normas (princípios e regras), visto que, o seu conteúdo somente poderá ser determinado na concretude do caso em exame (JÚNIOR, 1995). Portanto, através de sua extensão semântica, propicia-se uma atualização da norma ao contexto social no qual esta está inserida. Também se busca assegurar uma maior efetividade de direitos aos destinatários destas disposições.

Cabe destacar que os reajustes de planos de saúde justificam-se em face da manutenção do equilíbrio econômico e financeiro do contrato. Uma vez que, conforme a lógica do mercado, os custos operacionais dos planos deverão ser compatíveis com os valores pagos pelo usuário. Tais reajustes são feitos da seguinte forma: a) reajuste anual – Planos individuais e coletivos; b) Reajuste residual; c) Reajuste por mudança de faixa etária; e d) Reajuste por sinistralidade.

Os reajustes anuais de planos individuais e coletivos serão aplicados no mês de aniversário do contrato. O reajuste anual não é um índice de preços ou

de inflação. Esse índice é definido pela própria ANS, sendo composto da variação da frequência de utilização de serviços de saúde, da incorporação de novas tecnologias e pela variação dos custos de saúde. Os reajustes residuais são reajustes autorizados pela ANS levando-se em consideração a chamada Variação dos Custos Médicos Hospitalares (VCMH). Por sua vez, os reajustes por mudança de faixa etária ocorrem de acordo com a variação da idade do usuário de plano de saúde. As operadoras justificam esse aumento pelo fato do consumidor utilizar mais os serviços por ela prestados. Por fim, o reajuste por sinistralidade seria o aumento da mensalidade do plano de saúde em razão da variação de maior número de procedimentos realizados (sinistros) como, por exemplo, cirurgias, consultas, exames e tratamentos.

5 A CLÁUSULA DA BOA-FÉ CONTRATUAL COMO LIMITADORA DA AUTONOMIA DA VONTADE DOS CONTRATANTES EM PORTUGAL E NO BRASIL

A cláusula geral da boa-fé representa um caráter de proteção ao consumidor sobre a ordem econômica. Ou seja, admite-se que na natureza da operação econômica há um custo social decorrente da harmonia de interesses.

Ruy Rosado de Aguiar Júnior afirma que “a boa-fé significa a aceitação da interferência de elementos externos na intimidade da relação obrigacional, com poder limitador da autonomia contratual, pois através dela pode ser regulada a extensão e o exercício do direito subjetivo” (JÚNIOR, 1995, p. 09).

Divide-se a boa-fé em objetiva e subjetiva. A boa-fé objetiva seria a “atuação refletida”, ou seja, a atuação pensando no parceiro contratual através do respeito aos seus interesses. Já a boa-fé subjetiva seria os aspectos internos (intenção) do indivíduo no momento da celebração do negócio jurídico (MARQUES, 2006).

No sistema jurídico português, boa-fé objetiva contratual prevê a necessidade das partes observarem os chamados deveres anexos ao contrato. Nesse sentido, segundo o Art. 227.º nº 1 do Código Civil Português: “1. Quem negoceia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa-fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte.”

Assim sendo, a boa-fé age como um limite para que as relações contratuais sejam justas, ou seja, que haja de fato um equilíbrio contratual da relação entre os contratantes.

No Brasil, a cláusula geral da boa-fé está prevista nos artigos 113 e 422 do CC/2002 e no artigo 4º, III do CDC. Esse dispositivo apresenta um caráter de proteção ao consumidor sobre a ordem econômica (art. 170 da CF/88). Ou seja, admite-se que na natureza da operação econômica há um custo social decorrente da harmonia de interesses.

Sendo assim, a boa-fé de que cuida o Código Civil no artigo 422 é a boa-fé objetiva, que impõe certos deveres às partes contratantes, possuindo a função de fonte de novos deveres especiais de conduta durante o vínculo contratual, de modo que a liberdade de contratar encontra-se atrelada ao exercício da função social do contrato. Para sua aplicação, o intérprete deve pautar a relação negocial em padrões éticos de lealdade e confiança e de comportamento

adequada para o caso. Isso significa que as pessoas devem adotar um padrão de comportamento em toda a fase prévia à constituição de tais relações.

6 A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO COMO LIMITADORA DA AUTONOMIA DA VONTADE DOS CONTRATANTES EM PORTUGAL E NO BRASIL

Para Mônica Bierwagen o atendimento à função social do contrato, resulta num bem-estar coletivo, quanto da ótica coletivo-individual, em que a proteção do grupo social e, em última instância, o asseguramento da igualdade e da liberdade individuais (BIERWAGEN, 2003). Constata-se que essa norma está em plena harmonia com o conjunto de princípios expressos no texto constitucional no que tange aos fundamentos do Estado. Isso porque, a definição jurídica deste conceito deverá ser entendida como o dever imposto aos contratantes de atender ao lado dos próprios interesses individuais perseguidos pelo regulamento contratual a interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica que se relacionam com o contrato ou são por ele atingidos.

No Brasil, o artigo 421 do Código Civil de 2002 dispõe que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. O conceito de função social do contrato não foi previsto pelo legislador, sendo deixado intencionalmente ao critério do intérprete.

Pode-se afirmar que a função social do contrato é associada à boa fé objetiva. Para que seja como princípio interpretativo (art. 113 do Código Civil de 2002), seja como princípio fundamental do regime contratual (art. 422 do Código Civil de 2002), significa o dever de interpretar o negócio de modo a preservar o conteúdo econômico e social perseguido pelas partes, daí decorrendo os deveres anexos e recíprocos de lealdade, informação e transparência, nas fases pré-negocial, negocial e pós-negocial. Esclarece o Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior que “(...) o contrato aparece como o vínculo funcional que estabelece uma planificação econômica entre as partes, às quais incumbe comportar-se de modo a garantir a realização de seus fins e a plena satisfação dos participantes do negócio” (JÚNIOR, 1995, p. 05).

Segundo Rogério Zuel Gomes a consagração da Função Social do Contrato impõe ao intérprete levar em consideração “os interesses gerais coletivos de forma que se conjuguem harmoniosamente todos os princípios que regem a ordem econômica e financeira do país, bem como os interesses individualmente considerados relativos à dignidade da pessoa humana” (GOMES, 2004, p. 88-91).

7 CONCLUSÕES

O sistema luso-brasileiro de saúde depende da prestação dos serviços de saúde privados, principalmente em um cenário de recessão econômica, pois, os sistemas públicos não teriam capacidade de atender a todos os usuários. Por esta razão, demonstra-se a importância do mercado de saúde privada.

Ainda se destaca que a regulação estatal feita pela agência reguladora brasileira (ANS) impõe limites severos a autonomia da vontade das empresas privadas prestadoras dos serviços de seguro saúde. Já a regulação da agência reguladora portuguesa (ERS) não impõe limites tão severos às empresas

privadas prestadoras de planos de saúde. Dessa forma existe uma necessidade de atuação mais presente no mercado.

Uma das diferenças encontradas entre o sistema de saúde privada português é que o mercado está em plena ascensão. No Brasil o mercado de seguro saúde é disseminado na população. Ainda, a legislação brasileira estabelece um mínimo de cobertura aos usuários do seguro saúde. Já a legislação portuguesa traz mais liberdade às partes contratantes. Ressalta-se que a garantia da boa-fé contratual e da função social do contrato visam a proteger o usuário considerado parte hipossuficiente da relação contratual, estando estas presentes em ambos os sistemas jurídicos mencionados.

8 REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 14, p.20 a 27, abr./jun. 1995.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **As agências reguladoras independentes e a separação de poderes:** uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº 13, abril-maio, 2002. Disponível em <http:www.direitopublico.com.br>. Acessado em 31 de janeiro de 2013, p.07.

BIERWAGEN, Monica Yoshizato. **Princípios e Regras de Interpretação dos Contratos no Novo Código Civil.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAL, Ariane Brito Rodrigues. **As agências reguladoras no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANARIS. Claus Wilhelm. **Pensamento Sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. Tradução de A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. **Da Boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1984.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 20. ed. São Paulo: Atlas. 2007.

DIDIER JR., Fredie*. Cláusulas Gerais Processuais*. **Revista Internacional de Estúdios de Derecho Procesal y Arbitraje**, n. 2. 2010. Disponível em: <http://www.riedpa.com/COMU/documentos/RIEDPA2104.pdf>. Acessado em: 04 de fevereiro de 2013.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de J. Baptista Machado. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

GODOI JUNIOR, José Vicente. **Agências reguladoras: características, atividades e força normativa** 2008. 110f. Dissertação (Mestrado em direito). Programa de Pós-graduação da Universidade de Marília – UNIMAR, São Paulo, 2008. Disponível em: <http://www.unimar.br/pos/trabalhos/arquivos/BE318D57B1169ABAE138DF08592C84E2.pdf>. Acessado em: 30 de janeiro de 2018.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Agências reguladoras: a metamorfose do Estado e da democracia (uma reflexão de Direito Constitucional e comparado)**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, nº 50, ano 13, jan-mar-2005, São Paulo: RT. p. 44-5.

GOMES, Rogério Zuel. **Teoria Contratual Contemporânea:** função social do contrato e boa-fé. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GUIOMAR, Joana Filipa dos Reis. **Os seguros de saúde voluntários: o perfil dos utilizadores e determinantes de procura.** Dissertação de Mestrado em Gestão e Economia de Saúde. Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. Abril, 2010.

KARNAL, Leandro. Estados Unidos, liberdade e cidadania. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Org.). **História da cidadania**. 2.ed. São Paulo: Contexto, 2003.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais.** 5. ed. São Paulo: RT, 2006.

MENEZELLO, Maria D' Assunção Costa. **Agências reguladoras e o direto brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2002.

MONDAINI, Marco. O respeito aos direitos dos indivíduos. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Org.). **História da cidadania**. 2ª ed. São Paulo: Contexto, 2003.

NUNES, Rizzato. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2005.

ODÁLIA, Nilo. A liberdade como meta coletiva. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Org.). **História da cidadania***.* 2. ed. São Paulo: Contexto, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 7.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SARLET, Wolfgang Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SIMÕES, Jorge. **Comissão para a Sustentabilidade do Financiamento do Serviço Nacional de Saúde**. Relatório final, Fevereiro 2007.

TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do novo código civil:** estudos na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória**. São Paulo: RT, 2009.

ANÁLISE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 20-B DA LEI 10.522/02

Ericka Evelyn Rodrigues Duarte[1]

RESUMO

O estudo em questão tem por finalidade analisar o art. 20-B da Lei 10.522/02, introduzido pela Lei 13.606/18. O objetivo de análise desse estudo é verificar se a indisponibilidade de bens do contribuinte, de forma administrativa, feita pela Fazenda Pública está em consonância com as garantias constitucionais e se, portanto, é constitucional ou não.

Palavras-chave: garantias constitucionais; inconstitucionalidade; indisponibilidade de bens.

1 INTRODUÇÃO

O Poder Público busca privilegiar formas para que a satisfação de seus débitos seja a mais eficaz e rápida possível. Vários já foram os projetos de lei que buscaram propor que as dívidas ativas da União fossem executadas de forma administrativa, dentre eles, projeto de Lei n. 2.412/07, 5.080/09, entre outros, tais projetos estão aguardando parecer do relator da comissão.

Percebe-se que já houveram tentativas para que as cobranças dos débitos com a Fazenda pública tornassem-se administrativas, ocorre que, tal procedimento foi regulamentado por uma lei, Lei n. 13.606/18, publicada em 9 de janeiro de 2018, que sequer trata-se de matéria de execução fiscal, e sim sobre o Programa de Regularização Tributária Rural (PRR).

O dispositivo que incluiu meio de procedimento executório administrativo da cobrança de débitos da Fazenda Pública foi inserido por emenda parlamentar no momento em que a Medida Provisória n. 793/2017 foi convertida em lei.

A supracitada lei alterou substancialmente a forma de cobrança das dívidas ativas em favor da Fazenda Pública, garantindo a existência de atos de execução fiscal administrativo, sem a devida tutela do Poder Judiciário.

Com efeito, o art. 25, da Lei n. 13.606/18 incluiu os art. 20-B, 20-C, 20-D e 20-E à Lei 10.522/02.

Este trabalho, por meio de pesquisa bibliográfica, por meio do método dedutivo terá foco em analisar o art. 20-B, da Lei 10.522/02, incluído pela Lei 13.606/18, que estabeleceu a indisponibilidade de bens de forma administrativa, afastando o crivo do Poder Judiciário.

Por fim, será analisada se a regulamentação disposta no supracitado artigo está em harmonia e consonância com os pressupostos constitucionais e, por conseguinte, se as proteções fundamentais processuais possuem garantia.

[1] E-mail: ericka.duarte@catolicasc.org.br.

2 DO ART. 20-B DA LEI 10.522/02

A Lei 13.606 que foi publicada no dia 09 de janeiro de 2018 trata do Programa de Regularização Tributária Rural (PRR) na Secretária da Receita Federal do Brasil e na Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e alterou dispositivos da Lei 10.522/02 que dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais.

O art. 20-B, §3ª, inciso II, foi introduzido à Lei 10.522/02 pelo art. 25 da Lei 13.606/18, declara:

> Art. 20-B. Inscrito o crédito em dívida ativa da União, o devedor será notificado para, em até cinco dias, efetuar o pagamento do valor atualizado monetariamente, acrescido de juros, multa e demais encargos nela indicados
> § 1ª A notificação será expedida por via eletrônica ou postal para o endereço do devedor e será considerada entregue depois de decorridos quinze dias da respectiva expedição.
> § 2ª Presume-se válida a notificação expedida para o endereço informado pelo contribuinte ou responsável à Fazenda Pública.
> § 3ª Não pago o débito no prazo fixado no caput deste artigo, a Fazenda Pública poderá:
> I - comunicar a inscrição em dívida ativa aos órgãos que operam bancos de dados e cadastros relativos a consumidores e aos serviços de proteção ao crédito e congêneres;
> II - averbar, inclusive por meio eletrônico, a certidão de dívida ativa nos órgãos de registro de bens e direitos sujeitos a arresto ou penhora, tornando-os indisponíveis. (BRASIL, 2018).

Trouxe a possibilidade de tornar indisponíveis os bens particulares de contribuintes, pela simples averbação da certidão de dívida ativa nos órgãos de registro de bens e direitos sujeito a arresto e penhora, podendo a Fazenda Pública realizar tudo de forma administrativa, independente de ordem judicial.

3 DOS VÍCIOS DO ART. 20-B DA LEI 10.522/02

3.1 O VÍCIO FORMAL DO ART. 20-B DA LEI 10.522/02

A Constituição Federal de 1988 em seu art. 146 instituiu que cabe à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária sobre créditos tributários.

A Lei 13.606/18, que alterou a referida Lei 10.522/02, foi disciplinada por lei ordinária, contraindo o disposto na Constituição Federal de 1988. A lei ordinário possui duas diferenças com a lei complementar, diferença formal, com relação ao processo legislativo, na votação, sendo o *quorum* de votação de lei complementar de maioria absoluta, o qual deve ser levado em consideração o número total dos integrantes da Casa Legislativa, ou seja, do Senado e da Câmara de Deputados (art. 69, da Constituição Federal de 1988) e maioria simples (art. 47, da Constituição Federal de 1988) com relação a lei ordinária, também a diferença material, podendo ser objeto de lei complementar apenas matéria disposta na Constituição para que seja, assim, a Constituição reserva matérias especificas que devem ser, obrigatoriamente, regulamentadas por meio

de lei complementar, enquanto todas as demais matérias devem ser regulamentadas por lei ordinária (MORAES, 2013).

Portanto, a Constituição exigiu que o referido assunto, tratado por lei ordinária, fosse regulamentado por lei complementar, dessa forma "a lei ordinária que destoa da lei complementar é inconstitucional por invadir âmbito normativo que lhe é alheio" (MENDES; BRANCO, 2016, p. 940).

O assunto a ser regulamentado por lei complementar é disposto por se tratar de questões em que os princípios constitucionais estão presentes, colocando a atenção maior do Estado em seu processo legislativo. A referida norma é incongruente com a os preceitos constitucionais. Na súmula vinculante 8 do Supremo Tribunal Federal dispõe expressamente no sentido de afastar a tutela de assunto determinado à lei complementar que foram regulamentados por lei ordinária: "São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam da prescrição e decadência do crédito tributário." (Supremo Tribunal Federal, 2008).

É evidente, deste modo, a inconstitucionalidade por vício formal, estando o instrumento legislativo inadequado com os preceitos constitucionais do processo legislativo.

3.2 DO VÍCIO MATERIAL DO ART. 20-B DA LEI 10.522/02 (INCONFORMIDADE COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS)

A partir do momento que se inverte a tradicional relação entre o Estado e o indivíduo os direitos fundamentais assumem posições de destaque na sociedade, reconhecendo-se que o indivíduo possui direitos antes de possuir deveres perante o Estado, sendo que os direitos do Estado devem ter relação de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos (BRANCO; MENDES, 2016).

O Estado existe em função do indivíduo, sendo reconhecido expressamente a dignidade da pessoa humana, como princípio fundamental do nosso Estado Democrático de Direito (SARLET, 2012).

A Constituição Federal de 1988 preceituou diversas garantias, direitos fundamentais, sendo que, "a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida." (SILVA, 2009, p. 105).

É garantido ao cidadão a proteção à sua propriedade, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa e a reserva do jurisdicional, conforme os incisos XXII, XXXV, LIV e LV, do art. 5ª, da Constituição Federal de 1988, sendo todos esses compreendidos pelas garantias fundamentais. Todas as situações jurídicas devem estar em conformidade com os princípios e preceitos constitucionais diante do princípio da supremacia da constituição (SILVA, 2009).

Especificamente nos incisos XXXV, LIV e LV, do art. 5ª, da Constituição Federal de 1988, estão elencadas garantias constitucionais do processo. Direitos lesados ou simplesmente ameaçados podem ser levados a apreciação do judiciário, cabendo ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição, podendo o indivíduo ou instituição buscar a plenitude da defesa que é garantida. O poder de buscar a defesa de seus direitos é consolidado na constituição com o poder de agir em juízo, com o devido seguimento do processo (SILVA, 2009).

A inafastabilidade do controle jurisdicional, devido processo legal, contraditório e ampla defesa fecham um ciclo das garantias processuais

estampadas na Constituição. Para que esses direitos sejam assegurados devem estar presentes a isonomia processual e a bilateralidade dos atos procedimentais (SILVA, 2009).

O direito de ação é basilar para a existência de um Estado de Direito. “Importante, salientar que o Poder Judiciário, desde que haja plausibilidade da ameaça ao direito, é obrigado a efetivar o pedido de prestação judicial requerido pela parte de forma regular.” (MORAES, 2013, p. 242).

A ampla defesa deve possibilitar ao indivíduo trazer ao processo todos os elementos que busquem esclarecer os fatos, já o contraditório é a própria expressão da ampla defesa, posto que, todo ato que é produzido pela parte contrária caberá igual direito da parte adversa (MORAES, 2013). No momento em que a Fazenda Pública tem a possibilidade de tornar indisponíveis bens do contribuinte de forma unilateral, as garantias constitucionais são violadas, não existindo paridade entre as partes, prevalecendo apenas a autoridade da Fazenda Pública, dispensando o julgamento por um juiz competente.

O contribuinte perde a capacidade de discussão do mérito da dívida ou de apresentar causas que extinção da exigibilidade do crédito tributário, tendo a Fazenda Pública papel desproporcional, promovendo atos além de suas competências.

Vale destacar que o Superior Tribunal de Justiça entende que só se admite a penhora de bens após a citação do devedor, sob pena de violar o princípio do devido processo legal:

> O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que, apenas quando o executado for validamente citado, e não pagar nem nomear bens à penhora, é que poderá ter seus ativos financeiros bloqueados por meio do sistema BACENJUD, sob pena de violação ao princípio do devido processo legal. Precedentes: [...]. (REsp 1691646/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, julgado em 20/09/2017).

O inciso XXII, do art. 5ª, da Constituição Federal de 1988, assegura o direito à propriedade, tendo como conceito de propriedade bens móveis ou imóveis. Essa garantia constitucional também visa assegurar a liberdade do indivíduo na sociedade, de usufruir e dispor de seus bens, lhe garantindo patrimônio (BRANCO; MENDES, 2016).

Diante do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, acesso à justiça, se deve considerar inconstitucional qualquer norma que impossibilite o judiciário de tutelar com eficácia os direitos lesados ou ameaçados (CÂMARA, 2014).

A indisponibilização dos bens do contribuinte, conforme o art.20-B da Lei 10.522/02, é feita por iniciativa exclusiva da Fazenda Pública, que por um título executivo constituído por ato unilateral, sem a apreciação do Poder Judiciário, lesando o patrimônio do contribuinte, incorrendo em violação aos princípios constitucionais supracitados. Não é assegurado ao contribuinte a imparcialidade de um juiz, mas apenas atos unilaterais da Fazenda Pública que geram grave lesão ao patrimônio do contribuinte com a expropriação de seus bens.

O acesso a ordem pública justa, devido processo legal, busca garantir que aquele que possui uma posição jurídica de vantagem, como é o caso do contribuinte proprietário de bens, possa obter uma efetiva e verdadeira tutela

jurídica prestada pelo judiciário, algo o art. 20-B, da Lei 10.522/02 viola (CÂMARA, 2014).

Perante do cenário exposto é importante destacar o princípio da separação de poderes, que realiza a distinção entre três funções estatais, ou melhor, a legislação, administração e jurisdição (Legislativo, Executivo e Judiciário), que são atribuídas, de forma autônoma entre si, a três órgãos. Para que essa separação seja harmônica, as funções devem ser independentes, possuindo um sistema de freios e contrapesos, caso exista a interferência de um órgão na função de outro existirá o desequilíbrio e desestabilização do governo, estando o órgão de interferência desaguando no próprio arbítrio. Para que haja um Estado Democrático de Direito deverá existir a repartição de poderes, independentes e harmoniosos entre si (art. 2ª, da Constituição Federal de 1988), com a previsão de direitos fundamentais (MORAES, 2013).

Deve haver respeito às prerrogativas e faculdades de cada poder. As exceções ao princípio da separação de poderes estão expressas na Constituição, não sendo aceitos outros tipos de exceções sem previsão constitucional, pois as interferências existentes buscam o equilíbrio necessário para se realizar o bem a coletividade evitar o arbítrio e o desmando de um órgão em detrimento do outro, em especial do Legislativo e Executivo (SILVA, 2009).

Porém, o direito dado a Fazenda Pública autoriza que esta lese o patrimônio do contribuinte, sem que haja providencias do Judiciário, interferindo a Fazenda Pública no órgão do Judiciário, gerando um desequilíbrio dos poderes, arbítrio de um órgão em detrimento ao outro e ferindo a Constituição, que ao final fere o indivíduo, que deveria ter suas garantias resguardadas.

4 DO ART. 20-B DA LEI 10.522/02 COMPARADO COM O CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

A Constituição Federal de 1988 possui o preceito de que ninguém será condenado até que sobrevenha uma decisão de natureza condenatória. Esse preceito intercorre das garantias contidas na Constituição. O fato de o contribuinte possuir direitos à propriedade, ao devido processo legal, a ampla defesa, contraditório e a inafastabilidade do controle jurisdicional levou o legislador a regulamentar as formas em que o contribuinte poderia ter seus bens alienados, a partir da execução fiscal.

A lei complementar n. 118/2005 inseriu o art. 185-A no Código Tributário Nacional, que dispõe:

> Art. 185-A. Na hipótese de o devedor tributário, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal e não forem encontrados bens penhoráveis, o juiz determinará a indisponibilidade de seus bens e direitos, comunicando a decisão, preferencialmente por meio eletrônico, aos órgãos e entidades que promovem registros de transferência de bens, especialmente ao registro público de imóveis e às autoridades supervisoras do mercado bancário e do mercado de capitais, a fim de que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a ordem judicial.
> § 1o A indisponibilidade de que trata o caput deste artigo limitar-se-á ao valor total exigível, devendo o juiz determinar o imediato levantamento da indisponibilidade dos bens ou valores que excederem esse limite.

> § 2o Os órgãos e entidades aos quais se fizer a comunicação de que trata o caput deste artigo enviarão imediatamente ao juízo a relação discriminada dos bens e direitos cuja indisponibilidade houverem promovido. (BRASIL, 2005).

Esse dispositivo foi introduzido ao Código Tributário Nacional em capitulo que dispõe sobre garantias e privilégios do crédito tributário, ou melhor, dispõe sobre medidas que buscam ampliar a probabilidade de que o contribuinte devedor realize o pagamento de seu débito (CARVALHO, 2011).

O art.185-A do Código Tributário Nacional regulamenta medida processual a execução tributária. Importante consignar tal acórdão:

> TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. ART. 185-A DO CTN. NECESSIDADE. REVISÃO DE ASPECTOS FÁTICO-PROBATÓRIOS. INVIABILIDADE.SÚMULA 7/STJ.
> 1. A finalidade do dispositivo 185-A é evitar que o patrimônio do devedor seja transferido a terceiro, em prejuízo da execução. Trata-se de Medida Cautelar para garantir que, enquanto a Fazenda Nacional procura os bens do devedor, se evite a frustração de seus créditos, e daí a decretação genérica de indisponibilidade. (...). (AREsp nº 272.275/PB, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 21/03/2013)

A medida posta no referido artigo autoriza que o magistrado, em processo de execução fiscal em que a Fazenda Pública é autora, decrete a indisponibilidade de bens do contribuinte devedor que não pagou e não apresentou bens à penhora em prazo legal e também não foram encontrados bens penhoráveis. No §1ª, do art.185-A impele que o magistrado determine que seja levantada a penhora em excesso, para que o contribuinte possa ter sua vida econômica e financeira garantida (ALEXANDRE, 2017).

Dessa forma, entende-se que a indisponibilidade de bens do contribuinte, sem que haja uma sentença condenatória, conforme o Código Tributário Nacional deve seguir as tais exigências: ter um processo de execução fiscal; a indisponibilidade ser determinada por decisão judicial; citação do devedor; inexistência de pagamento e apresentação de bens à penhora no prazo legal; e a falta de localização de bens penhoráveis (SEGUNDO, 2017).

Para que uma atividade legislativa seja correta deve ser moldada em procedimentos justos e adequados. O indivíduo para que tenha a privação de seus direitos ligados a propriedade é exigida a observância de um processo legalmente estabelecido para que a constrição de bens seja considerada legítima (NOVELINO,2014).

Com o exposto verifica-se que qualquer ato que prive o indivíduo de seu patrimônio só pode ser realizado através de decisão judicial, ou seja, determinação e manada do Poder Judiciário.

Percebe-se a importância de um processo executivo fiscal para a constrição do patrimônio do contribuinte, além de um devido processo legal amparado ao contraditório e a ampla defesa, posto que, autoridade judiciaria é imparcial (art.37 da Constituição Federal de 1988) tendo como caráter a legalidade e constitucionalidade dos atos.

O art.20-B, da lei n.10.522/02 contraria o disposto no Código Tributário Nacional por autorizar que a Fazenda Pública indisponibilize bens do contribuinte antes de que seja ajuizada uma execução fiscal. Nesse contexto o disposto na

Lei n.10.522/02 revogaria o art.185-A do Código Tributário Nacional, posto que, não seria necessária a apreciação do Poder Judiciário no referido caso.

5 A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 20-B, DA LEI 10.522/02 EM PARÂMETRO COM AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E O CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

Ao longo da análise dos pressupostos e garantias constitucionais e do disposto no Código Tributário Nacional percebe-se que a nova disposição da Lei n. 10.522/02, introduzida pela Lei n. 13.606/18, removeu do Poder Judiciário prerrogativa presente na composição da Constituição, em que só esse Poder poderia promover a constrição de bens do contribuinte, posto que, o ato administrativo por parte da Fazenda Pública desefetiva a tutela jurisdicional.

Com o disposto no art. 5ª, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988, o legislador pretender afirmar que é apenas por meio da atividade jurisdicional, exercida exclusivamente pelo Poder Judiciário, que o indivíduo poderá perder seus bens, sendo que tais gravames não poderiam ser praticados por outra pessoa, até mesmo pela própria administração pública, sem a intervenção do Poder Judiciário (DANTAS, 2011).

A regulamentação feita pelo art. 20-B, da Lei n. 10.522/02 trata de matéria de extrema importante, matéria reservada à lei complementar. O sistema jurídico brasileiro possui duas espécies de lei, ordinária e complementar, sendo formalmente distintas, possuindo diferentes patamares hierárquicos, sendo a lei complementar superior (MACHADO, 2016). A norma supracitada fere o ordenamento jurídico de diversas formas, com vícios materiais e formais.

A inovação trazida pelo artigo presume a má-fé do contribuinte devedor, pois antes da instauração de procedimento judicial autoriza a indisponibilidade de seus bens, presumindo que os créditos tributários inscritos em divida ativa, de forma unanime, são líquidos e certos.

As garantias constitucionais feridas pela supracitada norma são garantias estabelecidas pelo constituinte originário, devendo estes princípios prevalecerem acima do conflito decorrente da norma, conferindo máxima efetividade as normas constitucionais, realçando a chamada vontade da Constituição (LENZA, 2016).

A atuação do Poder Público deve estar pautada na imposição de medidas tributárias que evitem o prejuízo à sociedade civil, tendo razoabilidade nas normas, no sentido de englobar prudência, proporção, proteção e proporcionalidade, excluindo-se a arbitrariedade (MORAES, 2010). Contudo, o art. 20-B, da Lei n. 10.522/02, utiliza-se da sanção política como maneira de exigência ao pagamento de título executivo.

A admissão para que a Fazenda Pública adote medidas de constrição ao patrimônio do devedor já na esfera administrativa é acolher que o próprio credor (Fazenda Pública) execute medidas para a satisfação do seu crédito, distante do amparo do Poder Judicial. A União Federal ganhou, com a referida lei, poderes para utilizar-se de todos os instrumentos necessários para constituir seu crédito e o executar de forma livre, no momento em que de forma autônoma realiza a pesquisa e o bloqueio de bens do contribuinte.

A norma supracitada mostra-se eivada de antijuridicidade e inconstitucionalidades, ofendendo os direitos fundamentais preceituados na Constituição e nas demais legislações do sistema jurídico brasileiro.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste artigo verificou-se que a novidade introduzida pela Lei 13.606/18 à Lei 10.522/02, com relação a contrição de bens do contribuinte devedor pela Fazenda Pública na esfera administrativa, fere a o sistema jurídico brasileiro, de maneira material e formal.

O vício formal contido no art. 20-B, da Lei 10.522/02 está na discrepância legislativa com o preceito do art. 146 da Constituição Federal de 1988, posto que, a matéria legislada é reservada à lei complementar, que é hierarquicamente superior, e foi regulamentada por meio de lei ordinária, portanto, é flagrada a inconstitucionalidade de tal lei.

O vício material decorre do conteúdo da aludida norma, pois afronta diretamente o direito a ampla defesa, contraditório, direito à propriedade, devido processo legal e inafastabilidade do controle jurisdicional, todos direitos fundamentais regulado na Lei Maior, inseridos pelo constituinte originário, sendo base de Estado Democrático de Direito, sendo evidente a inconstitucionalidade de norma que autoriza a restrição de bens e afastando as garantias constitucionais processuais e individuais.

Por fim, o Código Tributário Nacional, lei hierarquicamente superior à Lei 13.606/18, regulamenta que a alienação de bens só poderá ser realizada por magistrado, após determinadas especificidades, em um devido processo de execução fiscal, contrariando legislação já regulamentada e sedimentada pelo Supremo Tribunal Federal.

Diante do discorrido, é de se assegurar que o ato administrativo de constrição de bens pela Fazenda Pública configura expressa inconstitucionalidade, por contrariar normas do ordenamento jurídico hierarquicamente superiores e, diga-se, e Constituição Federal, seus preceitos e as proteções processuais fundamentais.

7 REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário**. 11.ed., revit. atual. e ampl. São Paulo: JusPodvim, 2017.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 09 agost. 2018.

BRASIL, Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/L5172.htm. Acesso em 08 agost. 2018.

BRASIL. Lei n. 10.522, de 19 de julho de 2002, última inclusão feita pela Lei n. 13.606/18. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10522.htm. Acesso em: 10 agost. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial n. 272.275/PB. Agravante: Fazenda Nacional. Agravado: Comercial Meneses Material de Construção LTDA e outro. Brasília/DF, 21 de março de 2013. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23515430/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-272275-pb-2012-0266692-6-stj/inteiro-teor-23515431?ref=juris-tabs. Acesso em: 11 agost. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.691.646/SP. Recorrente: Fazenda Nacional. Recorrido: b. C. C. Com/Imp/LTDA. Brasília/DF, 20 de setembro de 2017. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_RESP_1691646_ce219.pdf?Signature=wL9h83QtQjlztfAgj%2BtpMDrnI0U%3D&Expires=1534281701&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=31ea1795c80e6f2d24d512fba02521d2. Acesso em: 11 agost. 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**: volume 1. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DANTAS, Paulo Roberto De Figueredo. **Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 20. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário.** 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MORAES, de Alexandre. **Direitos humanos fundamentais:** teoria geral, comentários aos arts. 1ª a 5ª da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9. Ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. **Código Tributário Nacional: anotações à Constituição, ao Código Tributário Nacional e às Leis Complementares 87/1996 e 116/2003**. 6.ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
Supremo Tribunal Federal, 2008. Disponivel em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1209. Acesso em 08 agost. 2018

A PROTEÇÃO MULTINÍVEL DOS DIREITOS DO HOMEM E SEUS REFLEXOS NAS DECISÕES DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS

Gabriela Quinhones de Souza[1]
Alda Aparecida de Oliveira Rodrigues[2]

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo discutir a proteção em escala multinível de proteção dos direitos humanos, em especial aquela realizada no âmbito da União Europeia, bem como a influência das decisões proferidas pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos e o regramento de proteção perante o Tribunal Constitucional Português. Com base numa pesquisa teórica: doutrinária e documental investiga-se a correlação possível existente entre as decisões proferidas no âmbito de soberania do Tribunal Constitucional Português e aquelas que se sobrepõe à dita soberania do Estado. Conclui-se que, no âmbito da proteção dos direitos humanos jurisdições diversas que devem dialogar para ampliar a concretude de sua proteção.

Palavras-Chave: Direitos Humanos; Proteção Multinível; Tribunal Constitucional Português

1 INTRODUÇÃO

Cada vez mais existe a preocupação com a proteção dos direitos humanos e fundamentais, em especial em razão do momento histórico e social que perpassa a humanidade.

Corriqueiramente o noticiário apresenta à sociedade situações de violação dos direitos humanos, aumentando a preocupação dos órgãos internacionais de sua defesa, bem como tornando real a produção judicante na defesa desses direitos sempre que violados.

Importante destacar que no cenário internacional, em especial o bloco da União Europeia a soberania para a proteção e destaques da proteção do direito das gentes decorre do ordenamento jurídico interno de cada Estado-membro. Contudo, necessário se faz observar as estratégias e os preceitos normativos indicados pela União Europeia se são de cumprimento obrigatório e outros que são considerados como recomendações para a proteção dos direitos humanos.

No caso da União Europeia, o bloco optou pela criação de uma jurisdição internacional que influencia sobre maneira as decisões do judiciário doméstico de cada Estado-membro, ou seja, a jurisprudência do tribunal internacional indica passos a serem seguidos pelos tribunais internos.

Assim, tem-se que a proteção aos direitos humanos não é realizado apenas em uma escala, mas sim de forma multinível aumentando o espectro de

[1] E-mail: gabrielaquinhones05@gmail.com. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/2868405352933721.
[2] E-mail: aldarodrigues@uol.com.br. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/2129922139508128.

proteção dessa categoria de direitos, em que se busca a eficiência das decisões de concretização dos direitos humanos.

Pretende-se com este texto realizar-se uma abordagem de conteúdo teórico da estrutura para defesa e proteção dos direitos do homem, em especial, no bloco da União Europeia.

Após, faz-se estudo da proteção multinível dos direitos humanos e sua aplicabilidade na esfera supraconstitucional e por fim de que forma as decisões do Tribunal Europeu influenciaram as decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional Português.

A metodologia adotada para o desenvolvimento do presente estudo consiste em uma revisão bibliográfica de cunho exploratório. O presente estudo busca promover a análise de resultados a partir de informações encontradas em obras literárias, artigos científicos e demais publicações físicas e virtuais, dada a quantidade de informações adequadas para o desenvolvimento do estudo a partir da revisão de literatura.

Quanto ao método de abordagem, será empregado o método indutivo a partir da coleta de dados advinda da fundamentação teórica no presente estudo, de tal modo, faz-se uso do método indutivo com o intuito de aprofundar questões envolvendo os conhecimentos explicitados em face das constatações realizadas e indagações do autor do presente estudo.

2 DIREITOS DO HOMEM E SUA PROTEÇÃO MULTINÍVEL

Conforme já descrito em capítulo inaugural deste trabalho coletivo, houve evolução histórica acerca da definição e proteção da pessoa como ser humano levando em consideração bases filosóficas da consideração da pessoa e da importância da sua proteção e consideração como sujeito de direitos.

Neste capítulo, marca-se como referencial histórico da proteção dos direitos do homem as duas grandes guerras mundiais e, em especial, a Segunda Guerra Mundial e as atrocidades perpetradas contra os judeus.

Diante da realidade nefasta ocorrida em face da pessoa na Segunda Guerra Mundial, os países envolvidos no momento bélico entenderam pela importância de proteção internacional dos direitos do homem.

Assim, em 1948 é aprovada a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), que se constituiu em importante marco histórico na proteção dos direitos do homem na idade moderna, tendo como princípios norteadores a universalidade dos direitos do homem e a proteção aos direitos fundamentais.

A partir desta concepção, faz-se necessária a distinção entre direitos do homem e direito fundamental. Enquanto o primeiro é consagrado em órbita internacional por meio de tratados multilaterais, convenções, acordos e demais instrumentos internacionais, o segundo é consagrado na órbita legislativa interna de cada país (CONOTILHO, 2010, p. 20). Essa conceituação indica que o direito do homem enquanto previsto e protegido em âmbito internacional o torna universal e o direito fundamental enquanto protegido por meio do ordenamento jurídico interno, retira a característica da universalidade e o coloca na categoria de direitos individuais.

Segundo Bobbio (2004, p. 92) a concepção de universalidade dos direitos do homem é tão antiga quanto o pensamento cristão e está baseada na igualdade das pessoas, fazendo com que exista uma gama de direitos inerentes

aos homens como pessoas (COMPARATO, 2013, p. 32). Contudo a transformação dessa concepção em ideal político surge com o jusnaturalismo, em que o próprio Estado passa a ter um limite e este é o próprio ser humano, posto que existem direitos inerentes ao homem que são anteriores ao Estado.

Em que pese o conceito jusnaturalista da universalidade dos direitos do homem, é certo que o reconhecimento desses direitos é “epocal”, ou seja, “não foram dados de uma vez por todas” (BOBBIO, 2004, p. 94). Como exemplo estão os direitos políticos às mulheres e negros.

É certo, ainda, que alguns dos direitos do homem previstos em normas internacionais podem ser objeto de internalização pelos países signatários dos instrumentos internacionais (CANOTILHO, 2010, p.20). Desta forma, o direito alcança duas categorias de proteção: internacional e interna.

A proteção dos direitos do homem será necessária ainda por longo tempo, pois na disputa do poder entre povos, assiste-se diariamente à violação de direitos para sobrepujar a vontade e liderança dos ricos e poderosos aos países pobres e dependentes financeiramente. Desta forma, a proteção internacional dos direitos do homem ganha força na era atual.

É importante destacar o dizer de Jose Afonso da Silva (2014, p. 176), que classifica o direito fundamental como “direito fundamental do homem”, para indicar o complexo de relações políticas e jurídicas para preservar um núcleo intangível do ser humano transpassada para a sociedade em que vive.

Feita a distinção entre o direito do homem e do direito fundamental, imperioso conceituar a proteção multinível dos direitos do homem. A proteção multinível ocorre por meio de proteção regional dos direitos do homem no plano internacional (MARTINS, Ana Maria Guerra e ROQUE, Miguel Prata. 2014, p. 8).

Após o cenário apresentado pelo pós-guerra a proteção dos direitos do homem e fundamentais no plano internacional ganha maior relevância com valorização da pessoa humana, porém era necessário buscar instrumentos capazes de introduzir questões éticas e às normas internacionais para validação desse sistema de proteção (ANDRADE, 2016, p.201).

Certo, ainda, que não basta a criação de normas internacionais, mas também de instrumentos de controle e aplicação das normas, posto que o Estado membro que adere à norma internacional assume deveres e responsabilidades para dar cumprimento e efetividade normativa.

Assim, a existência de um plano supranacional de proteção dos direitos do homem e seus direitos fundamentais torna-se essencial. Neste espectro, a pessoa deixa de ser sujeito de direitos apenas internamente em seus países para assumir a condição de sujeito de direito no âmbito do direito internacional.

Além do plano global de proteção do ser humano, o direito internacional vislumbrou movimentos regionais de proteção, ampliando sobremaneira a concepção de proteção do homem e seus direitos fundamentais, bem como permitindo a judicialização de direitos não respeitados.

Segundo Piovesan (2012, p.95) para a validade do sistema regional de proteção dos direitos do homem e fundamentais no plano internacional é necessário (i) fixar consenso de parâmetros mínimos de proteção dos direitos humanos; (ii) imposição de direitos e deveres jurídicos aos Estados que tenham aderido aos tratados, acordos e convenções internacionais; (iii) criação de órgãos com competência para analisar os casos de violação de direitos; (iv) monitoramento do cumprimento das normas estabelecidas.

Existe a proteção dos direitos do homem no bloco Americano (Convenção Interamericana dos Direitos do Homem – Pacto São Jose da Costa Rica, 1978), no bloco Europeu (Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 1950), no bloco Asiático (Carta Asiática dos Direitos Humanos, 1997) e no bloco Africano (Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos de 1981), ou seja, a proteção multinível dos direitos do homem deu-se, basicamente, por meio de reunião dos países do mesmo continente para fins de proteção internacional dos direitos universais do homem de forma a facilitar a compreensão das regras de tratamento.

É certo que com a proteção regional – multinível – dos direitos do homem não se pretende criar uma regra única de proteção dos direitos do homem, mas sim aumentar o espectro de proteção dos direitos do homem, de forma que o ordenamento jurídico internacional possa dialogar e cooperar para com o ordenamento jurídico interno de cada país que tenha aderido à norma internacional (MARTINS, Ana Maria Guerra e ROQUE, Miguel Prata. 2014. p. 9). É o que o professor Cançado Trindade (2013) chamou de “convergência no âmbito internacional à concretização dos direitos do homem” com fins de propagação dos direitos protegidos.

Para este estudo, é importante destacar que dar-se-á maior relevo ao bloco europeu de proteção dos direitos do homem, por meio do estudo da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), que diferente da Declaração Universal não faz apenas a previsão dos direitos e seu núcleo intangível, mas evoluiu no sentido de permitir a garantia da execução desses direitos previstos.

O bloco europeu diante da necessidade de proteção dos direitos do homem optou, de forma clara e evidente, na CEDH pela proteção dos direitos civis e políticos de forma universal, deixando a cargo de outra norma (Carta Social Europeia) a previsão e forma da proteção de outra gama de direitos, quais sejam: os sociais, econômicos e culturais. Isto porque o continente europeu possui uma diversidade grandiosa de países com culturas e realidades econômicas muito diferentes, logo a exclusão dos direitos sociais e econômicos da CEDH permitiu a maior adesão dos países, privilegiando-se a proteção multinível regional dos direitos civis e políticos.

No idos da década de 90, em especial 1992, com a formação da União Europeia e, após em 1997, a zona do euro, torna-se imperativa a observância da proteção dos direitos previstos na CEDH.

É certo que assim como o Brasil, a sociedade Portuguesa também vivenciou momentos de restrição a direitos civis, políticos e sociais nos anos da ditadura. Com o fim deste período sombrio, naturalmente passou-se e a entender pela valorização do ser humano e o valor axiológico da Constituição Federal Portuguesa passou a ser a dignidade da pessoa humana. Assim, é possível afirma-se que a adesão de Portugal à CEDH veio a ratificar o valor constitucional de proteção dos direitos do homem (art. 7º da Constituição Federal Portuguesa) e fundamentais (MARTINS, Ana Maria Guerra e ROQUE, Miguel Prata. 2014. p. 35).

Portugal aderiu à Convenção Europeia de Direitos do Homem em 1976. Ao aderir à CEDH Portugal, incialmente, lançou 8 (oito) reservas, das quais 6 (seis) foram retiradas pela Lei 12/87 restando duas reservas:

a) Possibilidade de restrição de liberdade em razão de punição disciplinar – esta reserva é de constitucionalidade duvidosa, em razão da disposição do artigo 27, nº 3, 'c' da Constituição Federal Portuguesa que garante a possibilidade de recurso para o tribunal competente.

b) Possibilidade da aplicação da lei penal retroativa aos agentes e responsáveis da PIDE/DGS – art. 294 da Constituição de Portugal.

Com a adesão à CEDH Portugal adere à proteção dos direitos do homem e dos direitos fundamentais na órbita internacional e interna, respectivamente, por força do art. 8º, n. 2 da Constituição Federal Portuguesa.

3 CONSTITUCIONALIZAÇÃO MULTINÍVEL E SOBERANIA DOS ESTADOS FACE A CEDH

Como visto acima, os horrores e os crimes contra a pessoa perpetrados pelos nazistas trouxeram um marco histórico fundamental no estudo dos direitos do homem e sua valorização como sujeito de direitos no âmbito internacional.

A partir deste momento é que as normas de direito internacional ganham mais valia e o conceito tradicional de soberania como valor absoluto estatal começa a perder força para a relativização da soberania em termos de proteção de direitos do homem e fundamentais na ótica internacional.

A soberania é uma das características do Estado Moderno, pós absolutismo e segundo José Afonso da Silva, a proteção dos direitos humanos e fundamentais não pode ser concebido com força supraconstitucional (2014, p. 179), pois a constituição de cada Estado é norma máxima e não poderia sofrer interferências externas. Contudo após o período das guerras e com a vinda do período da globalização novos valores de ética e moral passaram a ser concebidos pela sociedade o que fez com que a soberania dos Estados sofresse atenuação.

Isto não significa que os Estados deixaram ou deixarão de ser soberanos em si, mas que alguns temas de relevância à uma "nova ordem mundial" faz com que o conceito de soberania possa ser mitigado para atender a essa nova realidade, em que um Estado não se fecha em si mesmo, mas passa a ser parte integrante de um movimento maior (SIQUEIRA JR, 2010, p. 120-121)

É exatamente isto que ocorre no caso de autorização da intervenção política da Organização das Nações Unidas (ONU) em alguns países para fins de preservação dos direitos humanos- observado o consentimento. Tem-se um órgão internacional intervindo em assuntos internos de alguns países para garantir a proteção de direitos que são considerados universais e que merecem proteção no mesmo espectro, bem como avaliado o risco da soberania e o direito violado. Assim, os direitos fundamentais se sobrepõem aos interesses "de qualquer Estado e da política de seu governo" (FERREIRA FILHO, 2011, p. 118).

Consolidando o pensamento da mitigação da soberania em prol do amparo dos direitos humanos, é que se tem a proteção desses direitos e de seus valores como de relevância supraconstitucional ou de constitucionalidade global.

O professor Gomes Canotilho ao conceder entrevista para a Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais/Brasil - 2010, diferenciou Direito Constitucional Internacional do Direito Internacional Constitucional para assegurar a possibilidade do constitucionalismo multinível ou global.

> [...] ao mesmo tempo em que há Direito Constitucional Internacional, ou seja, um direito que está consagrado na Constituição e que diz respeito a relações internacionais — por exemplo, o princípio da autodeterminação, o princípio da salvaguarda dos direitos dos povos, o princípio da salvaguarda dos direitos humanos, isto está consagrado nas Constituições — também, progressivamente, solidifica um Direito Internacional Constitucional. Os tratados internacionais e a legislação internacional, progressivamente, vão tendo uma configuração de Direito Constitucional — Direito Constitucional que é aplicado pelos Tribunais, é aplicado pelos Tribunais Internacionais — e, nesse sentido, adquire contornos semelhantes ao do próprio Direito Constitucional [...] (CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. Revista do Tribunal de Contas DO ESTADO de Minas Gerais (Entrevista Professor. Apresentação Rodolfo Viana Pereira). 2010. v. 77. n. 4. ano XXVIII. p. 29),

É certo que neste sentido, o direito constitucional global indica que no momento em que o Estado renuncia parcialmente a sua soberania e adere a tratados multilaterais que versem sobre o direito humano, esta norma se sobrepõe à própria Constituição Federal. É o caso da Constituição Portuguesa, art. 18º, quando indica que serão protegidos os direitos do homem. Se assim o faz e aderiu à norma internacional, como a CEDH, deve assim assegurar a proteção dos direitos.

Ao aderir à União Europeia e aos tratados internacionais percebe-se que o Estado de Portugal, voluntariamente, adere a uma nova ordem jurídica que traz como consequência a proteção de novos direitos e sob a ótica internacional. Os titulares desses direitos não são os Estados membros, mas sim cidadãos do bloco europeu.

Neste viés os órgãos criados para a proteção dos direitos humanos como o TEDH passam a exarar conteúdo decisório supranacionais – baseado no direito constitucional comunitário (CANOTILHO, 2016, p. 1377), sem que os Estados membros percam a sua identidade enquanto Estado e sua autonomia. Ressalta-se que neste contexto a decisão proferida pelo TEDH é de cunha supranacional em razão da competência previamente atribuída ao órgão nos termos do conteúdo da própria CEDH, sem que haja transferência global de competência e que os Estados percam a sua própria autonomia e jurisdição.

Assim, acredita-se que o Estado ao aderir a CEDH automaticamente sujeita-se aos seus princípios, valores e também a manifestação do TEDH. Contudo, como já dito neste trabalho a provocação de jurisdição do TEDH que possa levar a decisão supraconstitucional na realidade tem caráter subsidiário, posto que é necessário comprovar que a vítima esgotou as vias ordinárias de jurisdição interna. Desta forma, consegue-se manter a coesão entre os Estados aderentes da CEDH e ao mesmo tempo alargar as hipóteses de proteção dos direitos humanos (CANOTILHO, 2016, p. 1377).

Outra característica interessante é que as decisões proferidas pelo TEDH são declaratórias, ou seja, afirma a existência ou não da violação do direito. Por este motivo deixa a cargo de cada Estado a melhor forma de dar cumprimento à reparação da violação do direito. Assim, a decisão é vinculativa, mas o TEDH não interfere na soberania de cada estado para cumprir suas decisões, principalmente quando envolver criação ou alteração de normas. Contudo, a CEDH faz a previsão que no caso da impossibilidade de recomposição equitativa

do dano, que possa ser feita compensação pecuniária por meio de uma indenização (GUERA, 2014, p.191-192)

Acerca deste tema, é importante destacar o posicionamento de Marcelo Neves, que afirma que a supraconstitucionalidade deve ser superada em prol do transconstitucionalismo. A uma porque o primeiro leva a analise fragmentada da situação. A duas porque a transconstitucionalidade leva a análise da situação como um todo por meio de diálogos para a solução dos conflitos, que na sociedade atual transcende o limite dos Estados no trato de proteção aos direitos humanos e fundamentais, pondo por terra monismo/dualismo do direito constitucional para proteção de valores maiores (NEVES, 2014, p. 208-212).

O Estado deixou de ser um *locus* privilegiado de solução de problemas constitucionais. Embora fundamental e indispensável, é apenas um dos diversos *loci* em cooperação e concorrência na busca do tratamento desses problemas. (NEVES, 2014, p. 226)

Neste contexto o transconstitucionalismo parte do princípio de reconstrução da análise dos conflitos por meio de conversação entre as ordens jurídicas mundiais e do processo de transformação social que não para no tempo.

É importante frisar que esse diálogo deve ser efetivo e não um falso diálogo. Isto porque tanto os ordenamentos jurídicos dos Estados fazem a previsão de proteção de direitos humanos e fundamentais, bem como o ordenamento europeu por meio da CEDH e um ordenamento não pode ser utilizado para rebaixar ou para nivelar de forma inapropriada a defesa do núcleo intangível dos direitos humanos.

4 INFLUÊNCIA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO MULTINIVEL DO TEDH NAS DECISÕES DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS

Diante deste novo panorama constitucional, muitos juristas se debruçam ao estudo daquela que seria a última *ratio* em direitos humanos e fundamentais. Qual órgão teria o poder de decidir, ao final, as demandas que levam à violação dessa gama de direitos?

Entende-se que muito mais do que última *ratio*, a solução está no diálogo entre os órgãos e no estudo do direito comparado para a formação do ordenamento jurídico atual, que transcende barreiras físicas territoriais.

Após o período de ditadura no Estado Português e com a promulgação da Constituição Federal de 1976, percebe-se que Portugal reconheceu os princípios previstos na DUDH como princípios constitucionais, nos termos do art. 16º, n. 2 da Constituição Portuguesa. Reconhecer os direitos humanos como princípio de ordem constitucional trouxe uma nova visão e novos axiomas ao direito constitucional.

Segundo Jorge Miranda (2014, p. 263) o art. 7º da Constituição Federal Portuguesa indica uma revolução para que o Estado Português seja considerado cooperativo em âmbito internacional no que tange, dentre outros temas, a proteção dos direitos humanos. O Estado Português admite a supremacia do direito internacional às normas internas e deixa evidenciado que cabe ao Tribunal Constitucional a verificação da aplicação ou não das normas internacionais a que o Estado Português tenha aderido. Assim, pode-se afirmar que atualmente Portugal é um “Estado Constitucional Cooperativo” (MIRANDA,

2014, p. 266), em que o Tribunal Constitucional "densifica a sua jurisprudência" a par das decisões emanadas pelo TEDH em temas relacionados a direitos humanos (MIRANDA, 2014, p. 271).

Neste diálogo de fontes, percebe-se de forma clara e evidente que a jurisprudência portuguesa é fortemente influenciada pelas decisões dos tribunais internacionais, bem como de fontes externas de normatividade constitucional, que reforçam os ideais constitucionais portugueses de proteção à pessoa humana e proteção dos direitos humanos.

Segundo Cançado Trindade (2013, p. 64), a atuação "principista" dos tribunais internacionais, ou seja, decisões baseadas em princípios gerais de direito, facilita o diálogo entre o tribunal internacional e o tribunal interno dos Estados, para fins de universalidade efetiva da proteção dos direitos humanos. Neste sentido, é correto afirmar que a jurisdição internacional e a interna não são concorrentes, mas complementares entre si para valorização dos direitos humanos.

No exercício da jurisdição, tanto o TEDH quanto o Tribunal Constitucional Português enfrentam o desafio de interpretar conceitos jurídicos indeterminados e o alcance normativo desses preceitos, construindo verdadeiras intepretações hermenêuticas no campo prático para concretizar a proteção dos direitos humanos (SOUZA e SILVA, 2014, p. 219-228) em análises concretas.

A partir da afirmação acima, é possível valer-se da teoria de Alexy para entender que as decisões proferidas pelos tribunais acerca dos direitos humanos hão de ser consideradas como "norma de direito fundamental atribuída" (2008, p. 73). Isto é, possuem carga teórica argumentativa para análise de casos concretos e que podem ser utilizadas em casos semelhantes futuros para concretizar os direitos humanos.

Passa-se, então, ao estudo de alguns casos concretos em que o Tribunal Constitucional Português dialogou com o TEDH e proferiu decisões de valorização da dignidade da pessoa humana e tornou concreto o abrigo dos direitos humanos.

O primeiro caso a ser analisado foi o reconhecimento pelo Tribunal Constitucional da possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo – acórdão 121.2010 da Relatoria do Conselheiro Vítor Gomes. O Tribunal Constitucional em fiscalização preventiva de constitucionalidade apreciou a validade da norma que alterou o Código Civil português para permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, além das alterações concernentes ao regime de bens e regulação patrimonial dos cônjuges.

O voto proferido pelo Tribunal Constitucional Português indicou que inicialmente a análise da questão apresentada deveria ser feita com base na interpretação da norma constitucional portuguesa ao teor e sentido do tema regulado na DUDH, ou seja, é possível a proteção do direito à liberdade individual de constituir casamento.

No relato do voto, o Sr. Conselheiro avoca o diálogo com o entendimento já exarado em tribunais internacionais (em especial o TEDH, que ao analisar o art. 12º da CEDH entendeu que não é possível a discriminação em razão de orientação sexual e que a impossibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo ofende o art. 8º da CEDH por violação ao direito à) com decisões supra nacionais do sistema em que Portugal já faz parte, bem como de órgãos

internacionais de origem distinta da judicante como o Conselho da Europa que emitiu algumas recomendações para evitar a discriminação aos homossexuais.

Neste diapasão, o Tribunal Constitucional por meio de decisão fundada em princípios do direito e exercício hermenêutico entendeu pela constitucionalidade na permissão do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo e que esta análise concreta traz em seu bojo a proteção de direitos humanos e fundamentais.

Por fim, faz-se a análise da decisão proferida pelo Tribunal Constitucional no acórdão 544.2014, da relatoria da Conselheira Maria Jose Rangel de Mesquita, que reconheceu a ilegalidade de dispensa laborativa de empregado adventista que se recusava a trabalhar após o pôr do sol de sexta-feira até o pôs do sol de sábado, com fulcro à proteção à liberdade religiosa.

O direito à liberdade religiosa é consagrado na Constituição Portuguesa no art. 41º e como tal deve ser interpretado de acordo com a DUDH, segundo determina o art. 16º, n.2 da CP. Assim, o exercício à fé deve ser assegurado a todos qualquer que seja a crença professada, seja manifestação interna ou externa. É claro que como direito fundamental pode ser ponderado quando em conflito com outros direitos de mesma grandeza.

No caso concreto analisou-se a constitucionalidade da Lei de Liberdade Religiosa portuguesa que admite a suspensão do horário de trabalho para o exercício de crença, permitindo-se ao empregado a compensação das horas.

A liberdade religiosa além de previsão constitucional, também está consagrada no âmbito internacional, dentre outras normas, na DUDH, Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que possui força vinculativa aos países membros da União Europeia.

Especificamente na CEDH, objeto deste estudo, o direito à liberdade religiosa está assegurado no seu art. 9º. O caso traz à baila três direitos: liberdade de culto, liberdade de consciência e liberdade de religião.

Mais uma vez o Tribunal Constitucional dialogou com o TEDH e em atividade hermenêutica firmou entendimento diverso do TEDH para maximizar o núcleo de proteção do direito à liberdade religiosa, pois não basta entender pela proibição de discriminação (proteção negativa), há que se garantir liberdades positivas capazes de permitir o exercício real do exercício da fé e participação nos atos religiosos. Neste caso, a amplitude de proteção conferida pelo Tribunal Constitucional foi alargada em comparação ao TEDH.

A carga argumentativa realizada pelo Tribunal Constitucional na defesa de direitos humanos e fundamentais previstos na Constituição Portuguesa, fez que com a decisão passasse a ter cunho normativo concreto de proteção de direitos – constituindo-se em norma fundamental.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou em apertada síntese a análise da proteção multinível dos direitos humanos e sua influência às decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional Português.

Conforme explanado existem no âmbito da proteção dos direitos humanos jurisdições diversas que devem dialogar para ampliar a concretude de sua proteção, valendo-se cada Tribunal de normas de hermenêutica na interpretação

de normas e enunciados normativos a fim de construir bases teóricas e precedentes para solução dos casos concretos.

Nas duas situações concretas apontadas, foi possível vislumbrar o exercício de diálogo de fontes e de tribunais; decisões com bases em princípios e o cumprimento de proteção maximizada dos direitos humanos e fundamentais.

As decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional Português, desta forma, são consideradas verdadeiras normas jurídicas de proteção e reconhecimento de direitos humanos.

6 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos dos Direitos Fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2008.

ANDRADE, Regis Willyan da Silva – **A inderrogabilidade de direitos na ordem constitucional à luz do sistema jurídico multinível**. Tese Doutoramento. São Paulo: Pontifícia Católica de São Paulo, 2016.

BOBBIO, Norberto -**A era dos direitos**. COUTINHO, Carlos Nelson (trad). Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 7ª reimpressão. ISBN 10: 85-352-1561-1

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Revista do Tribunal de Contas DO ESTADO de Minas Gerais** (Entrevista Professor. Apresentação Rodolfo Viana Pereira). 2010. v. 77. n. 4. ano XXVIII.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** 2016.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. ISBN 9788502089730.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. ISBN 9788502133556.

LOPEZ GUERA, Luiz. **O Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos** *in* Galindo, George Rodrigo Bandeira. URUEÑA, René. PÉREZ, Ainda Torres (cords). **Proteção Multinível dos Direitos Humanos. Manual dhes. Red de Direitos Humanos e Educação Superior**. 2014, p. 181. ISBN: 97-84-617-1782-8.

MARTINS, Ana Maria Guerra. ROQUE, Miguel Prata. **Relatório da XVI Conferência Trilateral dos Tribunais Constitucionais Espanhol, Italiano e Português (16-18 de outubro de 2014. Santiago de Compostela). A Tutela Multinível dos Direitos Fundamentais. A posição do Tribunal Constitucional Português.**

MIRANDA, Jorge. **O Estado constitucional cooperativo e o jus-universalismo da Constituição portuguesa** *in* SILVA, Vasco Pereira da. CALLEJÓN, Francisco Balaguer (coords) - **O Constitucionalismo do séc. XXI na sua dimensão estadual, supranacional e global. Congresso em honra**

de Peter Häberle. Lisboa: Alameda da Universidade, 2014, p. 262-278. ISBN 9789898722065.

NEVES, Marcelo. **(Não) Solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões**. São Paulo**:** *Lua Nova*, 2014. Vol. 93: 201-232.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e justiça internacional; um estudo comparativo dos sistemas regional europeu, interamericano e africano**. 3ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 9788502156517.

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014. ISBN 9788539202133.

SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton. MACHADO DE OLIVEIRA, Miguel Augusto. **Direitos Humanos e Cidadania.** 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. ISBN 9788520337738.

SOUZA, Tiago Clemente. SILVA, Danilo Pierote. **Os precedentes da Corte Europeia de direitos humanos como instrumento de refinamento das normas de direitos humanos: decisão judicial e norma de direito fundamental adscrita/derivada.** Revista de Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica. Vol.1 n. 02, p. 219-244. Minas Gerais, Jul/Dez. 2015. ISSN 25259644.

TRINDADE . Antonio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Vol. 3.Porto Alegre: Fabris, 1997. ISBN 9788588278875.

Os Tribunais Internacionais Contemporâneos. Brasília: FUNAG, 2013. ISBN 9788576314240.

A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO PELA EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL AMBIENTAL

Cristiano Baccin da Silva[1]
Elisangela Artmann Bortolini[2]

RESUMO

O direito ao meio ambiente surge como um bem jurídico de valor supremo, essencial à sadia qualidade de vida e, consequentemente, à concretização do primado da dignidade da pessoa humana, sendo direito e dever de todos defendê-lo e preservá-lo, no presente e para o futuro. Neste contexto, a atuação da tríade de poder estruturadora do Estado, Executivo-Legislativo-Judiciário, lhes impõem papel de relevância na realização deste direito reconhecido com fundamental em face de seu status constitucional. O modelo trabalhado por Montesquieu do princípio da Separação dos Poderes perpassa por um processo de relativizado, diante da necessidade de uma resposta mais célere e eficiente do Poder Público. A inação de um não pode representar a ineficiência e entrave para os demais Poderes. É nesta linha que o presente trabalho científico apresenta uma abordagem crítica sobre o Princípio da Separação dos Poderes e sua revisão, com a atuação ativa do Poder Judiciário diferentemente daquela adotada pelo viés racionalista, herança do direito romano, imparcial e neutra, a partir de uma análise sistemática e teleológica pautada na concretização da jurisdição constitucional ambiental, valendo-se, para tanto, do método indutivo e da técnica de pesquisa bibliográfica.

Palavras-Chave: Meio Ambiente Saudável. Separação dos Poderes. Poder Judiciário. Atuação.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem a finalidade de manter viva a preocupação com a preservação do meio ambiente, bem jurídico de valor supremo, essencial para o desenvolvimento de toda e qualquer espécie viva. Entender o meio ambiente como um direito fundamental de todos é consagrar o princípio da dignidade da pessoa humana, pedra basilar da edificação constitucional do Estado, devendo, a partir deste valor, todos os demais princípios se projetarem.

Toda a análise limita-se ao enfoque constitucional da proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como corolário da sadia qualidade de vida, consagrado no artigo 225 da Constituição Federal de 1988, em contraponto às ações do Estado para garantia deste direito fundamental.

A pesquisa procura enfrentar questões como a delimitação de

[1] E-mail: baccin@reichemback.adv.br; cristianobaccins@gmail.com. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/1671401673624712.
[2] E-mail: elisangela.artman@hotmail.com; elisangela.artman@gmail.com. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/1547680220875003.

competência dos Poderes para a satisfação das promessas estampadas na Carta Constitucional, com destaque às possíveis fronteiras de atuação da tríade de poder estruturadora do Estado. Mais especificamente, pretende-se aclarar se há relativização no princípio da separação dos poderes capaz de autorizar a interferência do Poder Judiciário em questões como a tutela do ambiente que, originariamente, seria de atribuição dos demais Poderes.

O enfrentamento do tema se mantém extremamente atual diante da necessidade de uma resposta mais célere e eficiente do Poder Público na implementação de políticas ambientais duradouras capazes de promover alterações atuais com reflexos para as futuras gerações. Considerando, principalmente, que a inação de um Poder não pode representar a ineficiência e entrave para os demais.

O trabalho encontra-se estruturado em três tópicos. O primeiro traça um panorama do direito ambiental brasileiro, através da análise do artigo 225 da Constituição Federal depositando nos Poderes Públicos o encargo de exercer papel transformador no direito ambiental.

No segundo tópico são abordados temas como a importância do poder político na promoção de políticas públicas e os limites constitucionais de atuação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Em última análise, busca-se traçar o perfil de atuação do Poder Judiciário frente a inação do corpo político do Estado na efetivação da garantia ao meio ambiente saudável disposta no art. 225 da Constituição Federal de 1988, assim como a possível relativização do Princípio da Separação dos Poderes frente à inação do corpo político do Estado, e o papel proativo do Poder Judiciário.

A investigação, o tratamento dos dados e a elaboração do relato desta pesquisa são realizados com base no método indutivo (PASOLD, 2011, p. 86), com pesquisa bibliográfica referenciada ao final.

2 UMA VISÃO DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE SAUDÁVEL SOB O ENFOQUE CONSTITUCIONAL

A Carta de 1988 pode até mesmo ser considerada uma Constituição ecológica, tamanho o destaque que deu à proteção do meio ambiente, sendo considerada uma das mais avançadas do mundo em matéria ambiental, como observa Édis Milaré (2007):

> Uma que está na alma nacional – a consciência de que é preciso aprender a conviver harmoniosamente com a natureza –, traduzindo em vários dispositivos aquilo que pode ser considerado um dos sistemas mais abrangentes e atuais do mundo sobre a tutela do meio ambiente. A dimensão conferida ao tema não se resume, a bem ver, aos dispositivos concentrados especialmente no Capítulo VI do Título VIII, dirigido à Ordem Social – alcança da mesma forma inúmeros outros regramentos insertos ao longo do texto nos mais diversos títulos e capítulos, decorrentes do conteúdo multidisciplinar da matéria (MILARÉ, 2007, p.147).

Sob a ótica da Constituição de 1988, o artigo 225 expressa a garantia de que todo o cidadão possa usufruir de um meio ambiente propício para a sadia qualidade de vida, o que demonstra uma preocupação com o futuro, lançando uma garantia formal, ou, pelo menos, uma promessa de construção de um

Estado que garante a realização dos direitos à sociedade (LUCAS, 2005, p. 188).

Nesse prisma, embora a vigente Carta Magna tenha dado grande destaque à proteção do meio ambiente, sendo a primeira a tratar de forma tão extensa e detalhada acerca do tema, inclusive dedicando-lhe um capítulo próprio (ainda que com apenas um único dispositivo, o art. 225), o fato dela não ter elencado o direito ao meio ambiente no rol do art. 5º, não retira – em absoluto – a fundamentalidade que lhe é inerente.

Ademais, o dever imposto ao Poder Público e à coletividade na parte final do art. 225, qual seja, o de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, revela o evidente caráter fundamental e intergeracional desse direito, que é ao mesmo tempo dever de todos os seres humanos, no presente e para o futuro, a fim de viabilizar o próprio direito à vida.

Neste ponto, imperioso citar mais uma vez a lição de Édis Milaré (2007):

> Já o art. 225, que preenche o capítulo do Meio Ambiente, chega a explicitar o bem como como causa e, ao mesmo tempo, decorrência do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Neste sentir, vê-se com clareza meridiana que o "bem de uso comum do povo" gera a sua felicidade e, simultaneamente, é produzido por ele – o mesmo povo –, porquanto esse bem difuso deve ser objeto da proteção do Estado e da própria sociedade para usufruto de toda a nação (MILARÉ, 2007, p.149).

O que se verifica, entretanto, é um determinado grau de incapacidade do Estado em tornar real a aplicação das normas ambientais, evidenciando que sua positivação, por si só, não é suficiente para a garantia desse direito. Fazendo-se necessário a promoção contínua de ações que visem a efetiva aplicação da norma através dos princípios constitucionais.

Todavia, como adverte Flávia Piovesan, citando Norberto Bobbio, o maior problema dos direitos humanos hoje, aí incluso o direito ao meio ambiente, "não é mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los" (PIOVESAN, 2009, p. 112), sendo imperioso, pois, dar-lhes efetividade jurídica e concretizá-los no mundo dos fatos, como pondera, de forma precisa, Édis Milaré (2007):

> Não basta, entretanto, apenas legislar. É fundamental que todas e autoridades responsáveis se lancem ao trabalho de tirar essas regras do limbo da teoria para a existência efetiva da vida real; na verdade, o maior dos problemas ambientais brasileiros é o desrespeito generalizado, impunido ou impunível, à legislação vigente. É preciso, numa palavra, ultrapassar a ineficaz retórica ecológica – tão inócua quanto aborrecida – e chegar às ações concretas em favor do ambiente e da vida. Do contrário, em breve, nova modalidade de poluição – a "poluição regulamentar" – ocupará o centro de nossas preocupações (MILARÉ, 2007, p.148).

Ainda que o artigo 225 da Constituição Federal brasileira apresente uma divisão de responsabilidade entre Poder Público e coletividade, esta somente será capaz de atuar na medida em que alcançar um determinado nível de consciência de seu encargo o que se fará através de políticas públicas de conscientização da população e sociedade civil. Ou seja, mais uma vez faz-se necessário a ação do Estado (COLOMBO, 2018).

Pode-se dizer então que o Estado, legitimado pela soberania popular, é a

instância que detém autoridade central, através dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, para exercer papel transformador do direito ambiental, atuando como o principal agente de mudanças do cenário existencial humano. Afinal, ao dispender atenção ao direito ambiental ecologicamente equilibrado o Estado está também priorizando o direito fundamental à sadia qualidade de vida e reforçando a importância do princípio da dignidade humana.

Em âmbito interno cabe ao Estado compatibilizar meio ambiente equilibrado, crescimento econômico e qualidade de vida humana e o fará por meio da produção e aplicação de regras baseadas em princípios fundamentais como justiça e direitos humanos. Lembrando que, se por um lado, as leis e regulamentos buscam controlar as interações humanas com o ecossistema. De outro lado, procuram garantir o direito fundamental incluso no conceito de mínimo existencial (BOSSELMANN, 2015, p. 186).

Como visto cabe ao Estado, enquanto representação de poder a responsabilidade em diligenciar um modelo de desenvolvimento que leve em consideração o momento econômico, social e ambiental. Para tanto, utiliza-se de órgãos dotados de autoridade, exercendo papel fundamental na preservação do meio ambiente. Isso ocorre não somente porque tem o poder-dever de pautar políticas de estado, editar leis e fiscalizar o seu cumprimento, mas, sobretudo, porque reúne maiores e melhores condições para conduzir o comportamento de uma sociedade e espraiar a importância e o significado das questões ambientais (OLIVEIRA, 2018).

Entretanto, é importante refletir acerca de alguns aspectos peculiares do poder e suas intervenções em matéria social e ambiental, uma vez que é bastante comum supor que determinado poder detém competência para fazer algo que a constituição atribui a outro.

Por esta razão passa-se a analisar as limitações à atuação dos poderes fixada pela Constituição, assim como sua possível relativização em nome do princípio fundamental da dignidade humana e do meio ambiente saudável.

3 A SEPARAÇÃO DOS PODERES E OS MECANISMOS DE CONTROLE DO PODER POLÍTICO

A política é uma constante luta pelo poder[3], enquanto a incerteza e a vulnerabilidade humanas são os alicerces de todo poder político. Esta razão por si só demonstra a importância de se observar de perto o “poder” nas suas diversas relações, seja com a política, com a economia, com a religião ou com a sociedade (LOEWENSTEIN, 1983, p. 26 apud SHELEDER, 2016, p. 20).

Sob o prisma político, poder é o tema central, porque o Estado não somente o detém, mas também porque ele próprio é a representação de um poder.

É justamente sob este norte, que se vale a teoria de Burdeau, para quem o Estado é a institucionalização do poder. O Estado, segundo o autor, representa um poder e por isso seus de atos emanam obrigações a serem seguidas pela sociedade. No entanto, é poder abstrato, não sendo por essa razão afetado pelas

[3] Para Weber “poder significa a possibilidade de impor a própria vontade, dentro de uma relação social, ainda que contra qualquer resistência, e qualquer que seja o fundamento dessa possibilidade”. Ver: WEBER, Max. “A dominação”. In: CARDOSO, Fernando Henrique; MARTINS, Carlos Estevan (Orgs.). **Política e Sociedade**. São Paulo: Nacional, 1979, p. 16.

modificações que atingem seus agentes. É um poder que se mantém no tempo, por trazer consigo uma ideia de ordem que é o próprio fundamento do poder (BURDEAU, 1970 apud DALLARI, p. 109 apud ABREU, 2016 p. 111-136).

O atual modelo constitucional democrático valoriza o sistema político de controle do poder que nasce com a tripartição entre Legislativo, Executivo e Judiciário, onde cada um exerce, com autonomia, uma função determinada.

Entretanto, esta prerrogativa de autodeterminação, independência e harmonia entre si vem acompanhada de um certo controle pelos demais Poderes, uma certa delimitação de poder oriunda da especialização de funções estabelecida pela própria Constituição.

Para Montesquieu, estudioso do princípio da Separação dos Poderes, é fundamental que se estabeleça autonomia e limites para cada Poder, pois somente o poder controla o poder (PERRET, 2017). As instituições são os elementos que compõe o Estado e dentre os quais há distribuição e controle mútuo de poder.

Não há dúvida de que o Estado é o grande organizador das relações sociais e políticas. Relações políticas na perspectiva estatal representadas pelo controle social dos detentores do poder sobre os destinatários do poder. Um controle social, segundo Loewenstein, representado pela possibilidade dos detentores do poder emitirem ordens e tomarem decisões que serão seguidas pelos destinatários do poder (LOEWENSTEIN, 1983, p. 26 apud SHELEDER, 2016, p. 27).

O que se faz necessário demonstrar é que os principais controles políticos a que se submetem os detentores do poder encontram-se na própria Constituição.

Os direitos fundamentais representam um desses controles, pois ao mesmo tempo em que protegem os indivíduos garantindo-lhes um mínimo existencial, também se transformam numa blindagem contra possíveis opressões estatais e sociais, posto que possuem a característica de inviolabilidade de seu núcleo essencial, ou seja, não admitem propostas de emendas tendentes a abolir os direitos e garantias individuais, conforme disciplina o §4º do artigo 60 da Constituição Federal, de modo que se transformam numa limitação ao poder político.

Ademais, segundo os apontamentos de Ferrajoli (2015, p. 82), o sistema constitucional brasileiro, graças a positivação dos direitos fundamentais como normas supra ordenadas a todo o ordenamento, apresenta uma certa funcionalização das instituições políticas em relação às pessoas, posto que no momento da positivação das garantias estas se tornaram a razão social dos direitos do cidadão. Estes direitos, ao mesmo tempo que são atribuídos a todos os cidadãos, são também imposições para sua garantia, além de representarem limites e vínculos a todos os poderes governantes.

As garantias constitucionais dos direitos fundamentais consistem, de certa forma, em proibições e obrigações dirigidas à esfera pública e, neste momento, surge, inevitavelmente a preocupação com a estrutura normativa do paradigma constitucional, posto que se modificam as condições de validade das leis, que dependem, não só do respeito às normas procedimentais de formação, mas também das normas substanciais sobre seu conteúdo, ou seja, da coerência e compatibilidade com os princípios estabelecidos pela constituição (FERRAJOLI, 2015, p. 82).

Segundo Ferrajoli (2015, p. 85):

> Na democracia constitucional, o ato constituinte é, na verdade, o pacto de convivência com o qual são estipulados rigidamente limites e vínculos a quaisquer autoridades, o pacto com o qual os indivíduos estabelecem a esfera daquilo que nenhuma autoridade pode decidir ou não deve deixar de decidir [...] e por isso é completado, por intermédio da sujeição à lei de quaisquer poderes, o modelo do Estado de Direito.

Quanto a atuação do Poder Judiciário no âmbito da implementação dos direitos fundamentais, chama a atenção as palavras de Leonardo Greco, citadas pelo Excelentíssimo Min. Luiz Fux em voto proferido no RE 586224-SP, segundo o qual "o Poder Judiciário é o poder de quem não tem poder". E colaciona em sua decisão uma reflexão trazida por Gregório Peces-Barba Martinez sobre a diferenciação entre direitos fundamentais que merece ser aqui transcrita:

> O direito fundamental é fruto da tentativa de universalizar condições teoricamente essenciais, sem as quais, o homem não pode ter uma vida digna. Porém, é preciso observar que este universalismo é limitado pela pobreza, fome, analfabetismo e outros problemas da sociedade, como aparelhamento de sua administração pública que não busca a efetivação dos direitos fundamentais. Neste tocante, é preciso reformular o conceito de universalidade, que deve surgir a partir de uma abstração, guardando relação com a visão de que os homens são o fim e não o meio. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial n. 586224-SP (2017). Recorrente: Sindicato da Indústria Da Fabricação do Álcool do Estado de São Paulo - Sifaesp. Recorridos: Câmara Municipal de Paulínia e Município de Paulínia. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 5 de maio de 2015. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=306750595 &tipoApp. Acesso em: 14 fev. 2017.>. Acessado em: 14 de fevereiro de 2017).

Agora, nas palavras do próprio Ministro Luiz Fux, ainda no voto proferido no RE 586224-SP:

> O que se depreende da distinção ora trazida a esta Corte Constitucional é que, ao reconhecer a existência de um direito fundamental social, classificado como "de chegada", torna-se imperiosa a atuação concreta e positiva do Judiciário, sob pena de esvaziar o texto e os objetivos da Carta Magna e, por consequência, impedir o desenvolvimento dos direitos de liberdade e da personalidade. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial n. 586224-SP (2017). Recorrente: Sindicato da Indústria Da Fabricação do Álcool do Estado de São Paulo - Sifaesp. Recorridos: Câmara Municipal de Paulínia e Município de Paulínia. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 5 de maio de 2015. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=306750595 &tipoApp. Acesso em: 14 fev. 2017.>. Acessado em: 14 de fevereiro de 2017).

Embora o tema abordado pareça pacificado e de natural compreensão é de uma atualidade instigante. Como bem define o Professor Pedro Manoel Abreu (2016, p. 111-136), no Estado Moderno cada Poder, embora exercendo a sua função própria, não o faz com exclusividade.

Assim, a diferenciação do Poder Público em Legislativo, Executivo e Judiciário não mais esgota as funções de legislar, julgar e executar. E complementa: "a teoria clássica da separação dos Poderes – definindo exclusividade na função de cada qual – não se ajusta às modernas exigências do Estado Social e Constitucional". Finaliza, afirmando que o princípio da divisão dos poderes, nesse horizonte, não configura mais aquela rigidez de outrora.

Esta perda de exclusividade observada pelos órgãos estatais se deve muito devido à crise funcional do Estado, originada pela tomada de decisões desvinculadas do compromisso com a Constituição do país.

A efetivação da esperada jurisdição constitucional está pautada no reconhecimento da supremacia da Constituição, a qual todos os Poderes devem obediência e deferência.

A evolução das formas e estruturas do Estado, resultado da dinâmica das relações intersociais e a busca pela efetividade dos direitos fundamentais, e da inação de um ou do outro Poder acabou por afetar e fazer repensar a vetusta matriz racionalista da aplicação da lei e da neutra atuação do Poder Judiciário na tríade Legislativo-Executivo-Judiciário. Hoje, o ativismo judicial representaria mais claramente a relativização do modelo de Separação de Poderes trabalhado por Montesquieu.

4 O PODER JUDICIÁRIO E SEU PAPEL NA EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO – REPENSANDO O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Segundo definição clássica de Separação dos Poderes elaborada por Montesquieu (2000, p. 175), o Poder Judiciário não passava de um mero executor de leis. Os juízes seriam apenas "a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar sua força, nem seu rigor", sendo aptos apenas a trazer respostas aos litígios existentes, aplicando ao caso concreto as soluções encontradas no sistema jurídico vigente.

Nas palavras de Caio de Souza Borges (2018),

> [...] o princípio da separação de poderes é comumente identificado como o pilar fundamental do sistema democrático. Durante séculos, a interpretação dominante da teoria de Montesquieu reservou um papel secundário e reservado ao Judiciário, em subordinação ao papel do Legislativo e ao seu principal produto, a lei. Nos dias atuais, o protagonismo do Judiciário em questões polêmicas e sensíveis tem revelado as dificuldades de perpetuação de concepções rígidas da separação de poderes. A jurisdição constitucional contemporânea exige de todos os poderes a concretização dos direitos fundamentais [...].

A jurisdição brasileira ainda guarda forte presença da herança racionalista, que privilegia a segurança jurídica e "a aparente neutralidade do julgador, conferida pela sustentação do dogma da univocidade" (que se permite uma única interpretação, um só significado) da norma jurídica, ou seja, ainda com predominância marcante do modelo de Montesquieu (MARIN; LUNELLI, 2018).

Para Marin e Lunelli (2018):

> [...] quando se afirma a univocidade do sentido da norma, de que é necessário conferir neutralidade à atuação da jurisdição, retira-se do julgador a possibilidade crítica; retira-se o que se pode chamar de responsabilidade da jurisdição, que acaba sendo transferida para quem elabora a norma; no caso, é a norma que é justa ou injusta, não a sua aplicação ao caso concreto.

Neste panorama, a missão da jurisdição não encontraria relação com a realização da justiça, na medida em que se trataria, apenas, de aplicar a norma; assim é também com a segurança jurídica, o que acaba afastando a materialização da justiça e a efetividade jurisdicional.

Segundo Martins (2017, p. 22),

> [...] o papel do Judiciário tem sido bastante questionado, em especial diante da crescente demanda por uma atuação mais eficaz no que concerne à concretização dos direitos insculpidos na Constituição, muito em razão de um relativo descrédito na efetividade da atuação parlamentar. Sobretudo no Brasil, fala-se hoje em um ativismo judicial, a partir da escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo seu sentido e alcance. Isto é, abandona-se a ideia de que o Judiciário é um poder de mera solução de conflito, para, dentro desse prognóstico de solução, atribuir-lhe também a prerrogativa de concretizar os dizeres normativos da Constituição, quando eventual inércia questionada surja inserida de ofensa aos direitos fundamentais.

Sem uma revisão desse modelo, a desejada jurisdição constitucional corre o risco de não se realizar.

Neste sentido, o direito ambiental com *status* constitucional e, portanto, fundamental em sua essência, exige a participação da sociedade para a sua plena efetivação, especialmente no que se refere à proteção do meio ambiente, sendo extremamente importante a atuação do Poder Judiciário.

Para Leal (2018),

> [...] cada vez mais tem-se visto o Poder Judiciário interferir nos rumos políticos traçados pelos outros poderes sem possuir, na maioria dos casos, legitimidade democrática para tanto. (...). Indubitavelmente, uma nova mudança na coordenação existente entre os poderes tem ocorrido nos últimos tempos. O Poder Judiciário vem assumindo a hegemonia no arranjo político-institucional delineado pelo constitucionalismo contemporâneo. A preeminência, que na visão clássica da separação dos poderes era do Poder Legislativo e passou, devido ao aparecimento do Welfare State, para o Poder Executivo, encontra-se atualmente nas mãos do Poder Judiciário. Entretanto, a supremacia jurisdicional que se vive nos dias atuais parece alcançar dimensões não concebidas outrora em relação ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo. O modelo principiológico adotado pelo Welfare State, aliado ao vultoso número de funções conferidas ao Poder Judiciário, admitiu uma estrutura constitucional onde a decisão judicial passou a ter poderes nunca antes imaginados.

Por outra via, Borges (2018) adverte que:

> [...] o argumento de que o Judiciário estaria invadindo as competências do Legislativo e do Executivo ao dar andamento ao seu processo de expansão institucional e ao assumir papel de destaque na

> concretização de direitos é recorrente nos estudos sobre as tensões entre os princípios democráticos tradicionais, dentre os quais a própria separação de poderes, e os direitos fundamentais destinados a resguardar das vicissitudes políticas grupos situados à margem do processo político.

Assim, "o reconhecimento da possibilidade de interpretação e de desapego à influência vertical da lei traduz-se em condição de possibilidade da construção hermenêutica fundada na democratização" (MARIN, 2013, p. 87). Leal, trazendo lição de Ignacio de Otto (1987), entende que:

> [...] as decisões proferidas em sede jurisdicional encontram-se motivadas cada vez mais por finalidades e consequências práticas a serem atingidas, o que denota o seu grau de politização, do que por argumentações decorrentes de premissas juridicamente aceitas (os critérios de aplicação do direito previstos em lei e nos precedentes jurisprudenciais) que caracterizam uma decisão de cunho mais técnico.

Borges (2018) explica que:

> [...] a justiça constitucional, ao abrir as portas para a interpretação da lei à luz da constituição, que por sua vez condensa uma "carta de direitos" diretamente dirigida aos cidadãos, facilita o acesso popular à esfera de discussão pública, aproximando os sistemas político e jurídico. Esse modelo tende a atenuar a radical separação entre as expectativas depositadas no processo legislativo e a aplicação concreta de direitos que, pelo "output" da via representativa, estão muitas vezes dissociados das legítimas pretensões de determinados grupos sociais desfavorecido.

Assim como a doutrina, também a jurisprudência pátria tem se posicionado neste sentido. Veja-se parte da ementa do AgRg no REsp 1.136. 549-RS (2009\0076691-2), da relatoria do Ministro Humberto Martins (2018):

> Não podem os direitos sociais ficar condicionados a discricionariedade do Administrador, sendo de fundamental importância que o judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser usado como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. (JUS BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça STJ – Agravo Regimental no Recurso Especial: AgRg no REsp n. 1.136. (2009\0076691-2).** Disponível em: < https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14602763/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1136549-rs-2009-0076691-2/inteiro-teor-14602764>. Acessado em: 01 de fevereiro de 2018.

Para Augusto Antônio Fontanive Leal (2017, p. 120):

> [...] a proposta que se volta à proteção do meio ambiente por força da jurisdição ambiental deve remontar a uma não subjugação apenas à lei e aos fatos, conforme Lunelli e Marin. Com isto, advém a ideia de que surja um juiz o qual, no âmbito de sua atuação, esteja "ideologicamente comprometido com a salvaguarda da natureza" (LUNELLI; MARIN, 2012, p. 16). Tal ideia ressalta a importância de uma caracterização

> voltada para o acondicionamento do magistrado no âmbito de sua decisão, a fim de que proporcione uma efetiva realização de um direito fundamental ao meio ambiente que encontre suporte político em um contrato social (LEAL, 2017, p. 120).

O Poder Judiciário tem se revelado a última trincheira entre a promessa constitucional de um meio ambiente adequado para a sadia qualidade de vida e realidade aflitiva da questão ambiental no atual momento mundial. A realidade contemporânea exige do Judiciário um novo olhar, um redimensionamento de sua dinâmica operacional de modo que possa pôr em prática a esperada jurisdição constitucional.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Admitir a existência de um destino comum à toda humanidade é o primeiro passo para também admitir que a luta pela sobrevivência da espécie humana depende do engajamento de todos, Poderes Públicos e Sociedade. Esta é uma questão urgente que exige a adoção de medidas transformadoras de modo a garantir dignidade aos homens e perspectivas às futuras gerações.

O que se observa a partir dos argumentos citados e, principalmente, do texto constitucional é que permanece uma grande lacuna entre os direitos fundamentais idealizados pelo Constituinte e sua efetividade material. Mesmo considerando natural do sistema uma certa inefetividade, como afirma Ferrajoli, não se deve distanciar demasiadamente do fundamental para a dignidade humana.

Conferir um destaque especial ao direito ao meio ambiente equilibrado significa tratar da dignidade humana, pois, assim agindo o Estado está se pronunciando quanto a um direito fundamental social, uma vez que dele decorre o também fundamental direito à sadia qualidade de vida.

Neste sentido, o presente artigo analisou o sistema político do país dentro do contexto de tripartição dos Poderes, procurando demonstrar que o princípio de divisão de Poderes, com especialidade de função, não mais configura a rigidez de antigamente, permitindo uma certa flexibilização em nome efetividade dos direitos fundamentais e dos princípios democráticos.

Além disso, é importante salientar que tanto há violação à lei fundamental quando as ações Estatais não estão em conformidade com as suas normas e princípios, como quando os preceitos constitucionais não são concretizados pelos órgãos que, constitucionalmente, estão vinculados a fornecerem-lhe efetividade prática, o que, mais uma vez, leva o judiciário a decidir em questões sociais que caberiam ao Poder Executivo, estabelecendo-se a judicialização da política.

Segundo Jakobson *apud* Verbicaro (2018):

> Para Verbicaro (2008, p. 391), num sentido constitucional, “a judicialização da política refere-se ao novo estatuto dos direitos fundamentais e à superação do modelo de separação dos poderes do Estado”, uma vez que tem por consequência o aumento dos poderes dos tribunais. Ainda para a autora, esse fenômeno causa uma mudança de paradigma no entendimento de democracia, flexibilizando a ideia da supremacia da representação originária do povo pelo voto e buscando a plena efetivação dos direitos fundamentais expressos na Constituição. (...). Ainda, para Verbicaro (2008, p. 391), essa

participação do judiciário é legitima, uma vez que a Constituinte de 1988 delineou limites para a atuação do legislativo e do executivo quando se tratar de direitos fundamentais e, ainda, trouxe normas programáticas. Importante mencionar que para Barroso (2010, p. 05), "constitucionalizar é, em última análise, retirar um tema do debate político e trazê-lo para o universo das pretensões judicializáveis". Desta forma, resta ao judiciário o dever de garantir o cumprimento dessas normas, ditas Núcleo Constitucional.

Da presente análise resta claro que a teoria clássica da separação dos poderes já não se ajusta as atuais exigências da sociedade contemporânea, reconhecendo-se a possibilidade de intervenção entre os Poderes desde que o objetivo seja garantir a realização de direitos eleitos pelo constituinte como fundamentais.

Neste relevo, evidencia-se o importante papel do Poder Judiciário, protagonista de uma atuação à frente das premissas estruturadoras dos Poderes formadores do Estado, suplantando os modelos e padrões estanques de realização do direito, herança da escola romana. Certamente, sem a pretensão de esgotar a discussão do tema abordado, presta-se o presente artigo para enfatizar a relevância do Judiciário no atual momento, face aos constantes questionamentos às bases democráticas do Brasil e o inegável desprestígio dos Poderes Legislativo e Executivo na realização do Estado Constitucional.

6 REFERÊNCIAS

ABREU, Pedro Manoel. **O princípio constitucional da separação dos poderes: Inflexões modernas e contemporâneas nas democracias ocidentais** in: OLIVIERO, Maurizio, *et al.* (Org.) Tomo 01. **Constitucionalismo como elemento para a produção do direito**. Livro Eletrônico. Itajaí. UNIVALI. 2016. p. 111-136.

BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007.

BORGES, Caio de Souza. **Repensando a separação de poderes**: do liberalismo do século XVIII à jurisdição constitucional contemporânea. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e61eaa38aed621dd>. Acessado em: 05 de janeiro de 2018.

BOSSELMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade – transformando direito e governança**. Tradução Philip Gil França. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acessado em: 13 de fevereiro de 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial n. 586224-SP (2017).** Recorrente: Sindicato da Indústria Da Fabricação do Álcool do Estado de São Paulo - Sifaesp. Recorridos: Câmara Municipal de Paulínia e Município de

Paulínia. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 5 de maio de 2015. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=306750595&tipoApp.>. Acessado em: 14 de fevereiro de 2017.

COLOMBO, Silvana Raquel Brendler. **Reflexões acerca do direito fundamental do ambiente.** In: **Âmbito Jurídico.** 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1740>. Acessado em 12 de fevereiro de 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**. **O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político.** Tradução de Alexandre Araújo de Souza *et al*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

JUS BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça STJ – Agravo Regimental no Recurso Especial: AgRg no REsp n. 1.136. (2009\0076691-2).** Disponível em: < https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14602763/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1136549-rs-2009-0076691-2/inteiro-teor-14602764>. Acessado em: 01 de fevereiro de 2018.

LEAL, Augusto Antônio Fontanive. **Jurisdição Ambiental: Contrato social, direito fundamental ao meio ambiente e efetividade processual.** 1ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

LEAL, Roger Stiefelmann. **A judicialização da política**. **Cadernos de direito constitucional e ciência política**, n. 29, p. 230, 1999. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal1.htm>. Acessado em: 03 de janeiro de 2018.

LOEWENSTEIN, Karl, **Teoria de la Constitución**. Barcelona, Ariel, 1970, 2ªed.

LUCAS, Doglas Cesar. **A crise funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada**. O Estado e suas crises. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2005. p. 188.

LUNELLI, Carlos Alberto; MARIN, Jeferson Dytz. Patrimônio Cultural e ações coletivas. In: LUNELLI, Carlos Alberto; MARIN, Jeferson Dytz (org.). **Ambiente, políticas públicas e jurisdição**. Caxias do Sul: EDUCS, 2012, p. 16.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 16. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

MARIN, Jeferson Dytz. Coisa julgada nas ações ambientais: efeito *rebus sic stantibus*, *in utilibus* e competência territorial. **Campo Jurídico**, v. 1, n. 1, 2013. p. 87.

MARIN, Jeferson Dytz. LUNELLI, Carlos Alberto. **As razões da crise do processo na teoria de Ovídio Baptista da Silva** [recurso eletrônico]. Ebook. –

Caxias do Sul, RS: Educs, 2017. p. 22. Disponível em: <https://www.ucs.br/site/midia/arquivos/ebook-razoes-crise.pdf>. Acessado em 02 de janeiro de 2018.

MARTINS, Aline Pecorelli da Cunha (Conteúdo Juridico). **O papel do Poder Judiciário no controle das políticas públicas ambientais e sua contribuição no desenvolvimento sustentável.** Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55574&seo=1>. Acessado em: 13 de fevereiro de 2018.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário**. 5. ed. ref. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. Trad. Cristiana Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 175.

MORAIS, Sabrina. **O Direito Humano Fundamental ao Desenvolvimento Social: uma abordagem interdisciplinar e pluralista ao direito constitucional comparado entre Brasil e Espanha**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2007.

OLIVEIRA, Marcela Matos Fernandes de. MONTEIRO, Márcio Augusto Ferreira. **O poder público e a preservação do meio ambiente**. <https://jus.com.br/artigos/30304/o-poder-publico-e-a-preservacao-do-meio-ambiente>. Acessado em: janeiro de 2018.

OTTO, Ignacio de. **Derecho Constitucional** - Sistema de fuentes. Barcelona, Ariel, 1987.

PERRET, Marcelo de Lemos. **Montesquieu e a Divisão de Poderes** (Sistema de Freios e Contrapesos). Disponível em: <http://www.perret.com.br/2013/05/30/montesquieu-e-a-divisao-de-poderes-sistema-de-freios-e-contrapesos/>. Acessado em: fevereiro de 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SHELEDER, Adriana Fasolo Pilati *et al*. **Jurisdição Constitucional e Democracia**. **Teoria da Constituição, Jurisdição Constitucional e Democracia: Uma análise das camadas clássica (Schmitt) e pós-situação clássica (Loewensteins) no direito constitucional.** Livro Eletrônico. Itajaí. Editora UNIVALI. 2016.

WEBER, Max. **"A dominação".** In: CARDOSO, Fernando Henrique; MARTINS, Carlos Estevan (Orgs.). **Política e Sociedade**. São Paulo: Nacional, 1979, p. 16.

A RESILIÊNCIA COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL AO DESENVOLVIMENTO HUMANO E À CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS INTERNACIONAIS

Alexandre Augusto Karl[1]
Júlia Farah Scholz[2]

RESUMO

A temática resiliência e desenvolvimento humano foi pela primeira vez analisada no Relatório de Desenvolvimento Humano de 2014, o qual foi denominado "Sustentar o Progresso Humano: Reduzir as Vulnerabilidades e Reforçar a Resiliência". Ao analisa-lo com o ranking de países mais resilientes do globo disponível no *FM Global Resilience Index Annual Report* de 2017, verifica-se que há uma relação entre a promoção dos direitos humanos e a resiliência. Desse modo, ao avaliar esses dois documentos correlacionando-os com o ideal de universalidade dos direitos humanos enunciado nas convenções internacionais a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, busca-se relacionar o nível de resiliência e desenvolvimento humano de uma país com sua capacidade de efetivar e concretizar os direitos estabelecidos em alguns dos principais instrumentos internacionais de promoção dos direitos humanos. Nesse viés, para atingir os objetivos propostos e desenvolver a presente pesquisa, foi utilizado o método dedutivo, utilizando-se da pesquisa bibliográfica, legislativa e estatística. Portanto, a presente pesquisa permitiu constatar o quão importante é a resiliência para o fluxo de informações, pessoas e produtos para um Estado, eis que, sem a resiliência não há como garantir os direitos humanos básicos, tais como a educação, saúde, segurança e bem-estar social.

Palavras-chave: Resiliência. Direitos Humanos. Desenvolvimento Humano.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo geral identificar a relação entre resiliência e direitos humanos, com o intuito de verificar qual a influência dos fatores geradores de resiliência globais para a efetivação dos direitos humanos previstos na maioria dos tratados internacionais.

Nesse viés, para atingir o problema jurídico proposto, foram desenvolvidos três objetivos específicos: o primeiro busca identificar quais os fatores geradores de resiliência utilizados para identificar os países mais resilientes do mundo de acordo como *FM Global Resilience Index Annual Report* de 2017; o segundo tem o intuito de verificar qual a influência do nível de resiliência de um país no seu desenvolvimento humano; por fim, o terceiro objetivo específico procura estabelecer a relação existente entre resiliência e direitos humanos.

[1]E-mail: alexandreaugustokarl@gmail.com. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/0277370209255106.
[2]E-mail: juliafarahscholz@gmail.com. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/0303821641424185

Os objetivos específicos acima expostos correspondem aos três capítulos do presente artigo, os quais foram desenvolvidos a partir do método dedutivo, utilizando-se de uma abordagem quantitativa e qualitativa com base nos resultados do *FM Global Resilience Index Annual Report de* 2017, bem como uma abordagem qualitativa verificando-se os fatores geradores de resiliência e sua relação com os direitos humanos.

O presente artigo foi desenvolvido com base na pesquisa bibliográfica, estudo da legislação internacional dos direitos humanos, análise doutrinária e estatística, as quais foram utilizadas como técnicas para a construção teórica do problema jurídico apontado. A doutrina esteve fundamentada em autores internacionais e nacionais, bem como em artigos científicos disponíveis em periódicos, e também em notícias institucionais da Ordem das Nações Unidas (ONU) e do *FM Global Resilience Index Annual Report.*

2 RESILIÊNCIA: ANÁLISE E GESTÃO DE RISCOS INERENTES A PAÍSES DO GLOBO DE ACORDO COM O FM GLOBAL RESILIENCE INDEX ANNUAL REPORT DE 2017

2.1 ANÁLISE DO CONCEITO DE RESILIÊNCIA

A palavra “resiliência” teve sua concepção em engenharia de materiais, referindo-se a habilidade de um sistema apto a se recobrar ao estado inicial após sofrer uma deformação elástica, sem quaisquer mudanças em sua natureza. Desse modo, evidenciou-se a importância de incorporar esse conceito no cenário de gestão mundial, devido à instabilidade de mercado e a ocorrência de desastres, provocados tanto pelo homem quanto por forças da natureza.

Atualmente, são frequentes as pesquisas sobre resiliência nas cadeias de suprimentos dos países do globo, visto que a crise mundial e a instabilidade financeira são fatores preponderantes para a preocupação das grandes corporações em desenvolver melhor sua rede logística. Dessa forma, alocar recursos em países que evidenciem um bom índice de resiliência é a chave para produzir estratégias a fim de mitigar rupturas no fluxo de informações, pessoas e capital (FUNO *et al*., 2013). Rupturas são conhecidas como eventos repentinos e inesperados que geram impactos as empresas e podem levar uma cadeia de suprimentos a falhar em sua missão principal: entregar produtos a seus clientes nos locais, quantidades, tempo e custo previamente acordados.

Tendo em vista os aspectos observados, definiu-se a função da resiliência como um suporte para que a empresa possa sobreviver, se adaptar e, o mais importante, crescer em meio à crise. Assim, desenvolver a habilidade de lidar com riscos imprevisíveis e inevitáveis de maneira efetiva na cadeia, e retornar a seu estado original de operação, ou a uma condição ainda mais desejável após sofrer uma ruptura, são características ideais que levam a cadeia de suprimentos a se tornar resiliente.

Em relação a temática abordada no presente artigo, tomando como base os conceitos trazidos pelo Relatório de Desenvolvimento Humano de 2014, a resiliência humana é conceituada como sendo “a capacidade de resposta ou adaptação das pessoas”:

> A maioria das pessoas é resiliente até certo ponto, podendo, por exemplo, adaptar-se a choques de menor dimensão. Contudo, a

> capacidade de adaptação a choques maiores ou persistentes sem pesados sacrifícios e perda de desenvolvimento humano varia de acordo com as suas circunstâncias. O ajustamento necessário depende da natureza do choque e das condições de vida das pessoas afetadas. Os indivíduos que estão em melhores circunstâncias e têm mais facilidade de adaptação são mais resilientes (RDH, 2014, p.16).

No que tange aos direitos humanos, a resiliência como capacidade do ser humano de se adaptar a mudanças, de lidar com problemas e de superar obstáculos principalmente em tempos de guerras, violação aos direitos humanos, desastres naturais e migrações, mostra-se como elemento essencial à concretização e promoção dos direitos humanos enunciados nas principais Convenções Internacionais.

Desse modo, diante das diferenças sociais, econômicas e políticas nos países do globo, o papel do Direito é desenvolver formas capazes de compreender as transformações sociais necessárias para o Desenvolvimento Humano e se operacionalizar de forma resiliente, a fim de contribuir para a concretização e promoção dos Direitos Humanos.

2.2 OS FATORES GERADORES DE RESILIÊNCIA ANALISADOS NO *FM GLOBAL RESILIENCE INDEX ANNUAL REPORT* DE 2017 E AS VULNERABILIDADES CONSIDERADAS NO RELATÓRIO DE DESENVOLVIMENTO HUMANO DE 2014

O *FM Global Resilience Index* é a primeira ferramenta criada que classifica 130 países e territórios de acordo com a sua resiliência, levando em consideração uma vasta base de dados que analisa a capacidade do país em reagir perante as possíveis rupturas na cadeia de suprimentos. Assim, são agregados doze fatores de resiliência entre três categorias - econômico, qualidade de risco e cadeia de suprimentos.

O fator econômico é impulsionado pela produtividade (ou seja, produto interno bruto [PIB] per capita), risco político, intensidade de óleo (uma medida da vulnerabilidade de um país a mudanças nos preços e oferta de petróleo) e taxa de urbanização. Já o o fator de qualidade de risco consiste na exposição de um país a desastres naturais, a qualidade de seu gerenciamento frente aos possíveis riscos de desastres naturais, a qualidade de seu gerenciamento de risco em caso de incêndio e seu risco cibernético inerente. Em seguida, o fator cadeia de suprimentos inclui o controle que o país consegue exercer perante a corrupção, a qualidade da infraestrutura, a qualidade dos fornecedores locais e a visibilidade da cadeia de suprimentos em todo o país.

A análise de resiliência do *FM Global Resilience Index Annual Report* leva em consideração uma vasta base de dados, estatísticas e conceitos complexos para estruturar de maneira eficiente o valor final de resiliência de um país. Já o Relatório de Desenvolvimento Humano de 2014 da ONU estabelece seus resultados avaliando basicamente as mesmas categorias, porém de maneira mais superficial, ou seja, parecido em sua essência porém distinto em seus fatores.

Para medir o desenvolvimento humano global, o relatório utiliza os dados do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), do Índice de Desenvolvimento Humano Ajustado à Desigualdade (IDHAD), Índice de Desenvolvimento Ajustado

ao Género (IDG), Índice de Desigualdade de Gênero (IDG) e o Índice de Pobreza Humana (IPH). O desenvolvimento humano resiliente é apontado como um dos objetos do relatório, tendo em vista a necessidade de se fortalecer as políticas e instituições em prol da garantir dos direitos humanos a todos, em especial aos grupos marginalizados.

A questão da vulnerabilidade é examinada e argumentada no Relatório de Desenvolvimento Humano de 2014 por intermédio dos fatores econômicos, desastres naturais e violência. Dentre os fatores citados, abrem-se as categorias: choques econômicos, choques a nível da saúde, catástrofes naturais, alterações climáticas, perigos industriais, conflitos e agitação civil para mensurar os coeficientes de resiliência.

A vulnerabilidade discutida no relatório da ONU é intrínseca à resiliência evidenciada no *FM Global Resilience Index Annual Report*, visto que o nível de vulnerabilidade de um país perante as possíveis rupturas é chave no estabelecimento de uma cadeia de suprimentos resiliente. Assim, deve-se evidenciar que o propósito de toda cadeia de suprimentos é não falhar na sua missão principal, que é a satisfação das pessoas, fornecendo produtos ou serviços à população no momento, no montante e no local exato de necessidade.

3 ANÁLISE DO DESENVOLVIMENTO HUMANO NOS PAÍSES MAIS RESILIENTES DO GLOBO: ESTABELECIMENTO DE UMA RELAÇÃO ENTRE DESENVOLVIMENTO HUMANO E RESILIÊNCIA

O Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) mede o progresso de uma nação a partir de três dimensões: renda, saúde e educação, cujo objetivo é oferecer um contraponto ao Produto Interno Bruto (PIB) *per capita*, o qual considera tão somente a dimensão econômica do desenvolvimento.

O pilar da saúde é mensurado pela expectativa de vida. O acesso ao conhecimento, traduzido pela educação, é calculado pela média de anos de educação de adultos, correspondente ao número médio de anos de educação recebidos durante a vida por pessoas a partir de 25 anos; e pela a expectativa de anos de escolaridade para crianças na idade de iniciar a vida escolar, que é o número total de anos de escolaridade que uma criança na idade de iniciar a vida escolar pode esperar receber se os padrões prevalecentes de taxas de matrículas específicas por idade permanecerem os mesmos durante a vida da criança. Por fim, a dimensão renda, que avalia o padrão de vida, é verificada pela Renda Nacional Bruta (RNB) *per capita* expressa em Poder de Paridade de Compra (PPC) constante, em dólar, tendo 2005 como ano de referência.

O Relatório de Desenvolvimento Humano (RDH) corresponde a um importante instrumento para conscientização do desenvolvimento humano no mundo. Com reconhecimento das Nações Unidas, o RDH é publicado anualmente tomando como base o Índice de Desenvolvimento Humano, políticas públicas e outros dados que analisam o desenvolvimento humano de cada país.

A primeira publicação do Relatório do Desenvolvimento Humano (RDH) foi em 1990, e desde então é possível observar que a maioria dos países registou um desenvolvimento humano significativo, o que comprova o progresso a nível mundial. O objetivo do relatório é garantir segurança, boa saúde, acesso ao conhecimento, direitos humanos, padrão de vida decente, não-discriminação, dignidade e autodeterminação para as gerações presentes e futuras.

De acordo com o relatório, o progresso no desenvolvimento humano se depara com riscos e fatores que podem ameaçar o desenvolvimento, as chamadas "vulnerabilidades" mencionadas no capítulo anterior, tais como epidemias globais, mudanças climáticas, desastres naturais, violência e conflitos, figurando os grupos marginalizados como os mais vulneráveis.

Conforme o Relatório de Desenvolvimento Humano 2014, intitulado "Sustentar o Progresso Humano: reduzir as vulnerabilidades e construir resiliência", do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), os países com maior índice de resiliência e maior aptidão para reduzir as vulnerabilidades possuem índices de desenvolvimento humano considerados muito elevado.

Segundo o *FM Global Resilience Index Annual Report* de 2017, os 10 países que ocupam o topo dessa lista são, respectivamente: Suíça, Luxemburgo, Suécia, Áustria, Alemanha, Noruega, Dinamarca, Finlândia, Estados Unidos e França.

COUNTRY/REGION	FACTORS							
	Composite		Economic		Risk quality		Supply chain	
	Rank	Score	Rank	Score	Rank	Score	Rank	Score
SWITZERLAND	1	100.0	3	78.8	20	78.9	1	100.0
LUXEMBOURG	2	95.9	2	85.0	22	78.8	11	87.6
SWEDEN	3	94.7	8	67.8	14	87.2	4	93.7
AUSTRIA	4	94.6	6	69.1	16	84.2	2	94.2
GERMANY	5	94.4	13	63.0	6	95.1	6	92.5
NORWAY	6	93.3	4	75.2	8	94.0	20	81.9
DENMARK	7	91.1	10	65.9	13	87.5	10	88.1
FINLAND	8	91.1	16	61.3	15	86.7	7	91.9
UNITED STATES 3	9	90.6	22	58.1	1	100.0	12	86.3
UNITED STATES 1	10	89.2	22	58.1	7	95.1	12	86.3
FRANCE	11	88.1	26	55.9	5	95.6	16	85.4
NETHERLANDS	12	87.5	30	53.9	17	81.7	5	93.0
QATAR	13	85.5	1	100.0	41	57.6	30	68.0
BELGIUM	14	85.2	42	49.0	9	93.6	15	86.0
AUSTRALIA	15	85.1	18	60.9	10	89.6	22	79.2
UNITED KINGDOM	16	84.4	19	60.0	19	79.2	18	83.9
CANADA	17	84.1	35	51.9	11	88.8	17	84.3
UNITED STATES 2	18	83.7	22	58.1	25	75.1	12	86.3
HONG KONG SAR	19	82.9	7	68.6	47	48.6	8	90.9
IRELAND	20	82.8	5	74.4	34	67.1	24	76.7
CZECH REPUBLIC	21	82.2	11	64.0	3	97.4	34	67.3
NEW ZEALAND	22	80.4	14	63.0	31	68.3	21	79.9
ICELAND	23	79.7	12	63.3	32	67.6	23	78.8
SPAIN	24	79.0	38	51.0	4	96.9	27	71.1
JAPAN	25	78.3	27	55.4	58	44.3	3	94.1

Fonte: 2017 FM Global Resilience Index Annual Report.

Ao proceder a comparação da tabela acima com o ranking de países com o melhor Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), consoante a análise feita em 2014, tem-se como ocupantes dos 25 (vinte e cinco) primeiros colocados, respectivamente: Noruega, Austrália, Suíça, Dinamarca, Países Baixos, Alemanha, Irlanda, Estados Unidos, Canadá, Nova Zelândia, Singapura, Hong Kong, Liechtenstein, Suécia, Reino Unido, Islândia, República da Coreia, Israel, Luxemburgo, Japão, Bélgica, França, Áustria, Finlândia e Eslovênia.

Esses dados demonstram que 5 (cinco) dos países mais resilientes do mundo, ou seja, Suíça, Alemanha, Noruega, Dinamarca e Estados Unidos, também ocupam o topo do ranking de IDH global. Os outros 5 países também ocupam posições de destaque no IDH global, estando entre os 25 primeiros colocados, todos com IDH considerado “muito alto”.

No IDH Global do RDH 2014, as três dimensões têm o mesmo peso, e as faixas de desenvolvimento humano são fixas, sendo: Baixo Desenvolvimento Humano menor que 0,550; Médio Desenvolvimento Humano entre 0,550 e 0,699; Alto Desenvolvimento Humano entre 0,700 e 0,799; e Muito Alto Desenvolvimento Humano acima de 0,800.

Para chegar aos índices foram consideradas quatro variáveis, quais sejam: no aspecto saúde, a variável é a esperança de vida ao nascer; na educação, é a combinação de duas variáveis – média de anos de estudo da população com 25 anos ou mais e anos esperados de escolaridade; por fim, na renda a variável é a Renda Nacional Bruta per capita.

Todos esses dados demonstram que o nível de resiliência de um país influencia diretamente no índice de desenvolvimento humano.

Estados Unidos, Noruega, Canadá, Bélgica, Austrália, Nova Zelândia, Dinamarca, França, Países Baixos e Luxemburgo foram são países membros fundadores das Nações Unidas, sendo membros desde 1945, data de sua criação e, coincidentemente ou não, também estão entre os países mais resilientes do mundo e com IDH considerado muito alto.

Países como Noruega, Austrália, Suíça, Países Baixos, Estados Unidos, Alemanha, Nova Zelândia, Canadá, Singapura e Dinamarca ocupam as dez melhores posições na análise estatística. Dentre esses, cinco também estão entre os dez países mais resilientes do globo segundo o *FM Global Resilience Index* de 2017.

Reconhecendo a importância da resiliência para o desenvolvimento humano como um todo, já no prefácio do relatório é dada a seguinte justificativa:

> Muito embora todas as sociedades sejam vulneráveis a riscos, algumas são muito menos penalizadas e recuperam com maior celeridade do que outras quando se veem confrontadas com a adversidade. O presente Relatório procura saber as razões dessa dicotomia e, pela primeira vez n um HDR global, contempla as questões da vulnerabilidade e da resiliência pelo prisma do desenvolvimento humano (RDH, 2014, p.6).

Levando em consideração que “preparar os cidadãos para um futuro menos vulnerável significa reforçar a resiliência intrínseca de comunidades e de países (RDH, 2014, p.VI)”, uma vez reconhecido que os riscos e vulnerabilidades são transfronteiriços e requerem uma ação coletiva, o Relatório estimula o estabelecimento de compromissos globais no intuito de efetivar as políticas de redução das vulnerabilidades e reforçar a resiliência:

> O desenvolvimento da resiliência humana requer instituições com capacidade de resposta. É necessário dispor de políticas e recursos adequados para garantir empregos adequados, cuidados de saúde e oportunidades de educação, sobretudo aos pobres e vulneráveis. Concretamente, os Estados que reconhecem a desigualdade entre grupos (a chamada desigualdade horizontal) e tomam medidas tendentes a reduzi la são mais capazes de concretizar o princípio da

> universalidade, assegurar a coesão social e prevenir, bem como superar crises (RDH, 2014, p.7).

Uma das maneiras mencionadas no próprio Relatório para reduzir as vulnerabilidades, é por meio de leis e normas que podem combater a discriminação e influenciar determinados comportamentos, inclusive,

> No relatório do Secretário-Geral da ONU de 2013 intitulado "Uma Vida Digna para Todos", afirma-se que um dos pré-requisitos para a agenda de desenvolvimento sustentável pós-2015 é uma visão do futuro firmemente ancorada nos direitos humanos e nos valores e princípios universalmente aceites, incluindo os que estão consagrados na Carta, na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Declaração do Milénio (RDH, 2014, p.86).

Os princípios universalistas foram incluídos nas constituições nacionais com o intuito de reconhecer os direitos previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Todavia, muitos países, devido às divergências de desenvolvimento, subsistem a dificuldade de se comprometer com este caráter universal.

Nesse viés, a resiliência está diretamente envolvida com a consecução e manutenção do desenvolvimento humano, haja vista que "a Resiliência consiste, essencialmente, em assegurar que o Estado, a comunidade e as instituições globais se empenhem em capacitar e proteger os indivíduos" (RDH, 2014, p.5), contribuindo para a eliminação das barreiras que impedem os desfavorecidos e excluídos de exercer os seus direitos.

4 INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E SUA RELAÇÃO COM A RESILIÊNCIA

A eficácia dos direitos fundamentais, principalmente no que tange aos conceitos de direitos humanos baseados nos instrumentos internacionais de proteção, este devem interagir com o texto constitucional de seus países signatários e Estados-Partes, não obstante suas diferenças, visto que a constitucionalização e aceitação dos direitos fundamentais autoriza o cidadão a buscar a intervenção perante eventuais violações dessas prerrogativas (SARLET, 2012).

Clavero (2017) ao fazer uma retrospectiva à evolução dos direitos humanos, principalmente a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, aborda todos os debates firmados pelas Nações Unidas no intuito de chegar a um denominador comum. O autor faz uma crítica à história dos direitos humanos baseada no fato de sua marca ocidentalista gerar uma pretensão de universalidade devido a concepção universal dos direitos humanos proclamados pelas Nações Unidas terem suas origens nos países fundadores da organização (CLAVERO, 2017, p. 143).

Para o autor, "a história dos direitos humanos é um capítulo da história do direito internacional, o ramo mais descuidado da historiografia jurídica profissional. O obstáculo é sua mentalidade colonial e o desafio, sua descolonização mental" (CLAVERO, 2017, p.139), justamente porque a historiografia internacional dos direitos humanos ainda tem sido

substancialmente colonialista, tendo em vista que a história dos direitos humanos é essencialmente europeia, e não, de fato, com alcance universal.

Nesse sentido, faz-se necessário desenvolver a concepção de Direito Resiliente, no sentido de verificar como a Resiliência Jurídica pode dar relevantes contribuições na tarefa de promover a evolução e concretização dos Direitos Humanos previstos nas principais convenções internacionais.

No que tange a Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (1965), cuja vigência iniciou-se em 4 de janeiro de 1969, conta com 179 Estados-Partes e 4 signatários. Brunei Darussalam, Ilhas Cook, República Popular Democrática da Coreia, Dominica, Kiribati, Malásia, Ilhas Marshall, Micronésia, Myanmar, Niue, Samoa, Sudão do Sul, Tuvalu, Vanuatu estão entre os 14 Estados que permaneceram inertes.

Não obstante ter sido ratificada pelo Brasil já em 27 de março de 1968,

> Grande parte dos primeiros Estados subscritores da Convenção de 1965 – entre os quais o Brasil do regime militar – ratificou esse instrumento no entendimento de que a discriminação racial era um problema de outros: uma questão excepcional, de situações específicas, como as da África Austral ou dos Estados Unidos, vistas como casos isolados (LINDGREN-ALVES, 2017, p.32).

Não se estranha, pois, o fato de a África do Sul tenha se tornado parte da Convenção apenas em 1994, após o fim do regime segregacionista, e a ratificado em 1998. Por outro lado, os Estados Unidos assinaram já em 1966, mas somente a ratificaram em 1992 motivados pela onda de incentivo aos direitos humanos no período pós-Guerra Fria (LINDGREN-ALVES, 2017, p.32).

Ao que diz respeito a Convenção sobre os Direitos das Crianças (1989), este é o tratado de direitos humanos internacionais que foi amplamente ratificado pelos países do globo, e aprovado por unanimidade pelas Nações Unidas em 20 de Novembro de 1989. Referida Convenção enuncia um amplo conjunto de direitos fundamentais, econômicos, sociais e culturais a todas as crianças, contando com 196 Estados-Partes e apenas 1 Signatário (OHCHR, 2012).

Destacando a importância desse instrumento para evolução dos direitos humanos e a repercussão global de seus enunciados, Rosemberg e Mariano (2010. p. 699) salientam que:

> A Convenção de 1989, em relação às declarações internacionais anteriores, inovou não só por sua extensão, mas porque reconhece à criança (até os 18 anos) todos os direitos e todas as liberdades inscritas na Declaração dos Direitos Humanos. Ou seja, pela primeira vez, outorgaram-se a crianças e adolescentes direitos de liberdade, até então reservados aos adultos. (ROSEMBERG E MARIANO, 2010. p. 699).

A aprovação do instrumento não foi, no entanto, tarefa fácil, seja pelas diferenças econômicas, políticas e sociais entre os Estados-Partes, seja pelos conflitos ocasionados pela Guerra Fria, diferenças estas que poderiam ter posto em choque o sucesso da clamada Convenção de 1989:

> Não obstante Em se tratando da elaboração de um tratado de caráter mundial sobre os direitos da criança, era já esperada uma arena de negociações bastante tensa e conflituosa em decorrência dos embates

> políticos entre os Estados com diferentes interesses, desigual acesso a recursos e poder e, em especial, ante a diversidade de concepções de infância e de direitos da criança. Além da multiplicidade de atores, da diversidade de suas agendas, da duração dos trabalhos, o contexto da Guerra Fria ampliou a complexidade e duração das negociações. (ROSEMBERG E MARIANO, 2010, p.708).

Não obstante as diversidades existentes entre os países que a ratificaram, principalmente no que tange ao IDH e índice de resiliência (pontos analisados no presente artigo), a Convenção de 1989 merece ser elogiada pois, além de estabelecer direitos às crianças reconhecidos em âmbito internacional, conseguiu reunir em unanimidade os interesses de praticamente todos os países do globo, fazendo-a a convenção mais amplamente ratificada do mundo.

No que se refere a análise geral das 18[3] convenções internacionais em prol dos direitos humanos, de acordo com os indicadores das Nações Unidas (OHCHR, 2012), Argentina, Áustria, Azerbaijão, Bélgica, Benim, Bolívia, Bósnia e Herzegovina, Brasil, Burkina Faso, Cabo Verde, República Centro-Africana, Chile, Costa Rica, Croácia, Chipre, República Tcheca, Dinamarca, Equador, El Salvador, Finlândia, França , Gabão, Alemanha, Grécia, Honduras, Itália, Lituânia, Luxemburgo, Mali, México, Mongólia, Montenegro, Nigéria, Panamá, Paraguai, Peru, Portugal, Sérvia, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Turquia, Ucrânia, Uruguai são os estados que ratificaram de 15 a 18 tratados, a nível global, referentes aos direitos humanos.

Dentre os países que ratificaram de 10 a 14 tratados destinados a promover os direitos humanos, estão: Afeganistão, Argélia, Andorra, Angola, Armênia, Austrália, Bangladesh, Bielorrússia, Belize, Bulgária, Burundi, Camboja, Canadá, Colômbia, Congo, Costa do Marfim, República do Congo, Djibuti, República Dominicana, Egito, Estônia, Geórgia, Gana, Guatemala, Guiné, Guiné-Bissau, Guiana, Hungria, Islândia, Indonésia, Iraque, Irlanda, Japão, Cazaquistão, Quirguistão, Letônia, Lesoto, Líbia, Liechtenstein, Madagascar, Malauí, Maldivas, Malta, Mauritânia, Maurício, Mônaco, Marrocos, Moçambique (OHCHR, 2012).

Ao revés, países como as Ilhas Marshall, Estados Federados da Micronésia, Myanmar, Nauru, Omã, Paquistão, Papua Nova Guiné, Catar, Santa Lúcia, Samoa, Arábia Saudita, Cingapura, Ilhas Salomão, Somália, Sudão do Sul, Sudão, Suriname, Trinidad e Tobago, Emirados Árabes Unidos, Estados Unidos da América, Vanuatu, Vietnã, Zâmbia, Zimbábue, Cuba, República Popular Democrática da Coreia, Dominica, Guiné Equatorial, Eritreia, Etiópia, Fiji, Gâmbia, Granada, Haiti, Santa Sé, Índia, Irã, Israel, Jamaica, Jordânia, Quênia, Kiribati, Kuwait, República Democrática Popular do Laos, Líbano, Libéria, Malásia, Antígua e Barbuda, Bahamas, Bahrein, Barbados, Botsuana, Brunei Darussalam, Camarões, Chade, China, Comores, Ilhas Cook ratificaram

[3] Nesse ponto se está referindo a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação racial; Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos; Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, sociais e Culturais; Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Mulheres; Convenção contra a Tortura e outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes; Convenção sobre os Direitos da Criança; Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e membros de suas famílias; Convenção Internacional para a Proteção de todas as pessoas contra os Desaparecimentos Forçados; Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência; e todos os protocolos facultativos.

apenas de 5 a 9 tratados sobre a temática (OHCHR. **Human Rights Indicators**. 2012).

Dentre os Estados que ratificaram até 4 convenções ou que não ratificaram a maior parte dos instrumentos nacionais de promoção aos direitos humanos estão: Butão, Niuê, Tuvalu, cujos Índices de Desenvolvimento Humano são considerados Médios; Palau, São Cristóvão e Névis, e Tonga, com IDH's considerados Altos (OHCHR. **Human Rights Indicators.** 2012).

Percebe-se, nesse ponto, que a grande maioria dos países destacados com o maior IDH global e mais resilientes, também são signatários de representativos tratados e convenções internacionais em prol dos direitos humanos e, além disso, foram os primeiros a manifestarem-se em prol de sua ratificação.

Não obstante às críticas de Clavero (2017, p.159), o próprio autor chega a afirmar que "hoje o próprio constitucionalismo estatal está penetrado e permeado por direitos e poderes que se desenvolvem em espaços internacionais, sejam regionais ou globais", de modo que "a Carta das Nações Unidas (1945) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) estabeleceram os alicerces de uma ordem constitucional global em desenvolvimento desde então".

Nesse viés, pode-se dizer que a resiliência é o que impulsiona os Estados a ampliar, recuperar e fortalecer a promoção dos direitos humanos a nível global, eis que, diante de crises, guerras e conflitos armados, o que os Estados têm feito é unir forças em prol da efetivação dos direitos individuais e coletivos por meio da prática normativa e ampliação do rol de direitos fundamentais reconhecimento internacionalmente.

Esse ponto é inclusive afirmado por Clavero (2017, p.252) ao mencionar a Declaração do Direito à Água como exemplo de expansão dos direitos humanos:

> A República do Equador e o Estado plurinacional da Bolívia, figuram entre os membros das Nações Unidas que impulsionaram e obtiveram de sua Assembleia eral, em meados de 2010, a Declaração do Direito à Água como direito humano, isto é, a incorporação de tal direito ao direito internacional dos direitos humanos (CLAVERO, 2017, p.252).

Como bem lembra Bobbio (2004), a própria Carta das Nações Unidas (ONU, 1945) menciona logo em seu preâmbulo o objetivo de "preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem".

Nesse viés, diante das mudanças na proteção dos direitos humanos internacionais desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, Bobbio (2004) conclui:

> A luta pelos direitos teve como primeiro adversário o poder religioso; depois o poder político; e, por fim, o poder econômico. Hoje, as ameaças à vida, à liberdade e à segurança podem vir sempre maior que as conquistas da ciência e das aplicações dela derivadas dão a quem está em condição de usá-las. Entramos na era que é chamada de pós-moderna e é caracterizada pelo enorme progresso, vertiginoso e irreversível, da transformação tecnológica e, consequentemente, também tecnocrática do mundo (BOBBIO, 2004, p.96).

Desse modo, o reconhecimento e a proteção dos direitos humanos deve ser entendido como a base de qualquer constituição democrática e, por isso, fala-se em constitucionalismo global, tendo em vista a proteção efetiva dos direitos humanos ser pressuposto necessário de qualquer Estado e do sistema internacional em si.

5 CONCLUSÃO

O Relatório de Desenvolvimento Humano de 2014, intitulado “Sustentar o Progresso Humano: Reduzir as Vulnerabilidades e Reforçar a Resiliência” abordou a importância de se reforçar a resiliência no intuito de promover o desenvolvimento humano e, consequentemente, a concretização dos direitos básicos atribuídos a todos os cidadãos do globo pelas convenções internacionais ratificadas a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

A definição de resiliência como a capacidade de lidar com eventos inesperados de maneira proativa, estruturada e com uma exploração integrada de todas as variáveis e potenciais soluções, é inserida no âmbito do RDH de 2014 como a capacidade de reagir e se recuperar das adversidades e vulnerabilidades. De mesmo modo, após analisar o *FM Global Resilience Index Annual Report de 2017*, verifica-se uma semelhança incontestável entre o seu ranking final de países listados com os relacionados e enumerados de acordo com o IDH do PNUD, sendo que essa semelhança guarda relação com a concretização dos direitos humanos previstos nas convenções internacionais analisadas. Em virtude do que foi mencionado, pode-se consolidar e atestar que os países precursores no interesse da ratificação nas convenções internacionais em prol dos direitos humanos são também considerados os mais resilientes e com o melhor IDH do mundo.

Desse modo, as barreiras para concretização dos direitos humanos enunciados nas principais convenções tratadas no presente artigo, extrapolam as bases normativas, tendo em vista que um progresso real em matéria de desenvolvimento humano depende tanto da capacidade dos países de acederem à educação, à saúde e ao bem-estar social, quanto do grau de solidez dessas conquistas e da existência de condições suficientes para um desenvolvimento humano. Isto é, uma proposta sólida de progresso em matéria de promoção dos direitos humanos e desenvolvimento, depende de quão resiliente é o país.

Reforçar a resiliência no intuito de minimizar barreiras e superar vulnerabilidades está, portanto, intrinsicamente ligada ao desenvolvimento humano em prol da universalização dos direitos fundamentais básicos enunciados nos instrumentos internacionais aqui vistos. O Direito, mais do que nunca, precisa ser resiliente para transpor fronteiras, reduzir vulnerabilidades e investir em fatores geradores de resiliência para superar as adversidades.

6 REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 7.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Decreto n. 30.822, de 6 de maio de 1952**. **Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio.** Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1950-1959/decreto-30822-6-maio-1952-339476-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acessado em: 11 de junho de2018.

CLAVERO, Bartolomé. **Constitucionalismo global**. 1.ed. Goiânia: Palavrear, 2017.

FM GLOBAL. **2017 Resilience index annual report.** Disponível em:<http://www.fmglobal-touchpoints.de/artikel/wp-content/uploads/2017-FM-Global-Resilience-Index-Annual-Report.pdf>. Acessado em: 14 de março de 2018.

FUNO, K. A.; MUNIZ JUNIOR, J.; MARINS, F. A. S. **Fatores de risco em cadeia de suprimentos do setor aeroespacial: aspectos qualitativos e quantitativos TT - Risk factors in aerospace supply chain: qualitative and quantitative aspects. Production**, v. 23, n. 4, 2013, p. 832–845.

FERNANDES, R.; GOUVEIA, J. B.; PINHO, C. **Medição da incerteza da procura numa cadeia de abastecimento com múltiplos pontos de inventário TT - Uncertainty demand measurement in supply chains with multiple inventory points TT - Medición de la incertidumbre de la demanda en una cadena de suminist**. Revista Portuguesa e Brasileira de Gestão, v. 10, n. 4, 2011, p. 67–79.

GLOBAL, PNUD. **Ranking IDH 2014**. Disponível em: <http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0/rankings/idh-global.html>. Acessado em 02 de março de 2018.

LINDGREN-ALVES, José A. **Cinquenta anos da convenção sobre a eliminação da discriminação racial: uma apreciação crítica de dentro**. **Lua Nova**, n. 100, 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n100/1807-0175-ln-100-00025.pdf>. Acessado em: 18 de julho de 2018.

OHCHR. United Nations. **Human Rights Indicators.** 2012. Disponível em: <http://indicators.ohchr.org/>. Acessado em: 02 de agosto de 2018.

ONU, Organização das Nações Unidas. **A Carta das Nações Unidas.** 26 de junho de 1945. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/carta/.>. Acessado em: 27 de julho de 2018.

PNUD, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento**. Relatório de desenvolvimento humano: Sustentar o progresso humano: reduzir as vulnerabilidades e reforçar a resiliência**. Portugal: PNUD, 2014. Disponível em: <http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr2014_pt_web.pdf>. Acessado em: 20 de março de 2018.

ROSEMBERG, Fúlvia; MARIANO, Carmem Lúcia Sussel. **A convenção internacional sobre os direitos da criança: debates e tensões**. Cadernos de Pesquisa, v.40, n.141, set./dez. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cp/v40n141/v40n141a03.pdf>. Acessado em: 26 de julho de 2018.

UNDP, United Nations Development Programme. **Human Development for Everyone.** Estocolmo: PNUD, 2016. Disponível em: <http://www.br.undp.org/content/dam/brazil/docs/RelatoriosDesenvolvimento/undp-br-HDR16%20Report.pdf>. Acessado em: 25 de maio de 2018.

UNHCR, United Nations High Commissioner for Refugees. **States Parties to the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and the 1967 Protocol**. Disponível em: <http://www.unhcr.org/protect/PROTECTION/3b73b0d63.pdf>.

UNTC, United Nation Treaty Collection. **International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination**. Disponível em: <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-2&chapter=4&clang=_en>. Acessado em: 29 de julho de 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCAVARDA, L. F. et al. **Supply chain resilience analysis: a brazilian automotive case.** Rev. adm. empres. vol.55 no.3 São Paulo, Maio 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-75902015000300304>. Acessado em: 15 de junho de 2018.

A RESTRIÇÃO DE DOAÇÃO DE SANGUE DE HOMOSSEXUAIS DO SEXO MASCULINO NO BRASIL E O FERIMENTO DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA IGUALDADE E DA NÃO DISCRIMINAÇÃO

Ana Claudia do Prado[1]
Cátia Rejane Mainardi Liczbinski[2]

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tratará como objeto de estudo, o ferimento dos Princípios Fundamentais da Igualdade e da Não Discriminação em relação a norma que determina a restrição em caráter temporário de doação de sangue de homens homossexuais, dispostas na Portaria 158 Ministério da Saúde, em seu artigo 64, inciso IV e na Resolução RDC/34 da ANVISA em seu art. 25, inciso XXX, alínea d, que determinam que os homens que fazem sexo com outros homens estão inaptos durante 12 meses a contar da última relação sexual de doarem sangue. Desta forma, para compreensão do tema foi utilizado o método dedutiva com pesquisa quantitativa, onde foi subdividido o trabalho cinco tópicos principais.

Inicialmente será apresentado a restrição temporária de doação de sangue, que se encontra em vigor nos dias atuais, demonstrando o seu contexto histórico e o papel que o vírus HIV possui na restrição e, ainda, será abordado a posição da administração pública frente a restrição, bem como demonstrar-se-á os métodos de análise que são realizados nos sangues doados aos hemocentros brasileiros.

Os direitos e princípios fundamentais, são a base da Constituição Federal Brasileira, por tal motivo, far-se-á o estudo dos princípios da Igualdade o da Não Discriminação, princípios tais que garantem ao ser humano uma vida digna, de respeito e livre de preconceitos, e além disso, demonstrando as razões pelo qual a norma supra, por estar em vigor, acaba por infringir e ferir esses direitos que são garantidos pela Constituição Federal de 1988.

Por fim, será questionada a necessidade de manter a norma restritiva contida nas normas regulamentadoras de doação de sangue em vigor, demonstrando dados e estatísticas, bem como, fazendo uso e apresentado a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 5543, que tramita junto ao Supremo Tribunal Federal, proposta pelo Partido Socialista Brasileiro no ano de 2016, em face das normas que restringe a doação de sangue dos homens homossexuais.

2 A RESTRIÇÃO DE DOAÇÃO DE SANGUE POR HOMOSSEXUAIS DO SEXO MASCULINO: CONTEXTO HISTÓRICO E A INFLUÊNCIA DO VÍRUS HIV-AIDS

A restrição temporária da doação de sangue por homens que fazem sexo com outros homens e as parceiras sexuais destes está prevista na Portaria 158 de 04 de fevereiro de 2016 do Ministério da Saúde República Federativa do

[1] E-mail: anaclaudia-prado@hotmail.com;
[2] E-mail: catia_sarreta@hotmail.com. Currículo *Lattes:* http://lattes.cnpq.br/2171047850085932.

Brasil, em seu artigo 64, inciso IV, que proíbe a doação de sangue por um período de 12 meses a contar da última relação sexual destes, senão veja-se:

> Art. 64. Considerar-se-á inapto temporário por 12 (doze) meses o candidato que tenha sido exposto a qualquer uma das situações abaixo: [...]
> IV – homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes (BRASIL. **Portaria 158.** 2016).

Bem como, está igualmente prevista na Resolução RDC/34 de 11 de junho de 2014, da ANVISA em seu art. 25, inciso XXX, alínea d, a qual dispõe:

> Art. 25. O serviço de hemoterapia deve cumprir os parâmetros para seleção de doadores estabelecidos pelo Ministério da Saúde, em legislação vigente, visando tanto à proteção do doador quanto a do receptor, bem como para a qualidade dos produtos, baseados nos seguintes requisitos:[...]
> XXX - os contatos sexuais que envolvam riscos de contrair infecções transmissíveis pelo sangue devem ser avaliados e os candidatos nestas condições devem ser considerados inaptos temporariamente por um período de 12 (doze) meses após a prática sexual de risco, incluindo-se: [...]
> d) indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo e/ou as parceiras sexuais destes (BRASIL. **Resolução - RDC N° 34**. 2014).

A proibição de doação de sangue está ligada diretamente ao vírus da AIDS[3] e a sua descoberta nos anos 80, mais precisamente em meados de 1981 (Super Interessante. 2016), quando houve uma grande epidemia da doença, inicialmente nos Estados Unidos da América, Haiti e África Central, que foram se multiplicando de forma descontrolada nos anos seguintes, onde até então nada se sabia a respeito da doença, bem como sua origem e formas de transmissão.

Durante este período e após algumas pesquisas em relação à doença que vinha infectando a população em grande escala, os hospitais relatavam que o número de homens, que até então eram saudáveis, passaram a lotar os hospitais, sendo pacientes jovens, com a doença, que até o momento não se tinha certeza do que se tratava, e então, depois de verificado que um grande número desses pacientes se tratava de homens homossexuais, denominaram a presente doença como sendo um “câncer gay”, portanto a sigla em inglês GRID (Gay-Related Immune Deficiency) para “imunodeficiência relacionada aos gays” (Super Interessante. 2016).

Todavia, ainda durante o mesmo período, foi descoberto que a doença se transmitia por atos sexuais, por exposição de sangue e ainda pelo uso de drogas injetáveis, e então se constatou que os grupos de maiores riscos seriam os homossexuais, hemofílicos, haitianos, heroinômanos (usuários de heroína injetável) e prostitutas (PORTAL BRASIL, 2014), vindo receber sua denominação atual AIDS (síndrome da imunodeficiência adquirida) no ano de 1982, quando as características clínicas da doença já estavam estabelecidas (CARDINALI, 2016). A partir de então, o governo norte-americano, que visava reduzir e controlar o surto da doença que estava ocorrendo em seu país adotou

[3] AIDS: Síndrome da Imunodeficiência Adquirida

medidas onde vedou a doação de sangue de homens que tiveram ou mantiveram relações sexuais com outros homens desde 1977, por tempo indeterminado, haja vista, que durante este período, ainda não eram realizados exames laboratoriais, para verificar a contaminação no sangue que era doado pela população (CARDINALI, 2016).

O primeiro caso de AIDS diagnosticado no Brasil ocorreu em 1982 em São Paulo e em 1983 médicos diagnosticaram o primeiro caso da doença em uma criança e em uma pessoa do sexo feminino. No entanto eram considerados os homossexuais do sexo masculino e os usuários de drogas injetáveis os mais propensos a contrair o vírus. E então, a restrição de doação de sangue de homossexuais do sexo masculino, fora incluída no ordenamento jurídico brasileiro em 1985, quando em 02 de maio do mesmo ano, foi elaborada a portaria nº 236/85 que tratava do controle de AIDS no país, e mesmo que de forma não expressa, a referida portaria já incluía a restrição, iniciando com um conceito dos chamados "grupos de risco" da doença, sendo ela: "I- Conceitos básicos: [...] b) Grupos em risco: São considerados grupos em risco para a doença: homossexuais e bissexuais masculinos; usuários de drogas injetáveis; hemofílicos ou poli transfundidos" (BRASIL,1985) e após a conceituação dos grupos mais propensos a ser contaminado, partia para a restrição da doação de sangue ao qual determinava que os homens homossexuais deveriam evitar a doação de sangue (BRASIL,1985).

Portanto, o homem homossexual, mesmo não sendo portador de vírus HIV/AIDS, deveria estar participando da Educação Sanitária, onde era instruído a não doar sangue. E, neste passo, que mais tarde a proibição de doação de sangue ficou presente na Resolução RDC n. 343, de 13 de 2002 a ANVISA, no item B.5.2.7.3[4], que alterou a proibição da doação em caráter permanente para um temporário sendo de 12 meses a contar da última relação sexual.

Todavia a AIDS é uma doença transmissível a qualquer tipo de pessoa, independentemente de sua orientação sexual, e pode ser contraída em relações sexuais desprotegidas tanto por homossexuais quanto por heterossexuais e, por esse motivo, após a redação da Resolução RDC n. 343, de 13 de 2002 a ANVISA, que alterou o caráter permanente para temporário da restrição, houve grandes críticas na época, pois o simples motivo de um homem manter relação sexual com outro homem, não justificaria o impedimento de 12 meses para a doação de sangue, uma vez que homens homossexuais com parceiro fixo ou que mantinham uma relação monogâmica ou ainda a relação sexual com uso de preservativos não constituíam um comportamento de risco perante a contaminação da doença.

Visando diminuir as críticas e sanar a problemática de discriminação que estava presente na Resolução RDC n. 343, de 13 de 2002 a ANVISA, o Ministério da Saúde, elaborou e publicou a portaria 1.353 no Diário Oficial da

[4] B.5.2.7.2 - Situações de Risco Acrescido:d) Serão inabilitados por um ano, como doadores de sangue ou Hemocomponentes, os candidatos que nos 12 meses precedentes tenham sido expostos a uma das situações abaixo: Homens e ou mulheres que tenham feito sexo em troca de dinheiro ou de drogas, e os parceiros sexuais destas pessoas. Homens e ou mulheres que tenham tido mais de três parceiros sexuais. Pessoas que tenham feitor sexo com parceiro ocasional ou desconhecido incluindo casos de estupro. Homens que tiveram relações sexuais com outros homens e ou as parceiras sexuais destes. (BRASIL, 2002, online).

União, em 14 de junho de 2011, em seu artigo 1º parágrafos 4º e 5º[5], que trazia a novidade de que a orientação sexual não deveria ser critério para selecionar os doadores de sangue, pois tal situação não constituía risco. Ainda, o Ministro da Saúde Alexandre Padilha, na época, durante cerimônia do dia Mundial do doador de sangue, discursou e comentou a respeito da nova resolução com a seguinte frase: "A orientação sexual, o local onde a pessoa mora e a atividade profissional não podem ser alvo de manifestação de preconceito e discriminação durante a triagem e coleta de sangue" (BRASIL, 2011). Sendo assim, com a nova resolução, houve um critério justo para os impedimentos da doação de sangue, onde o controle de risco deveria ser dado pela conduta sexual do doador, onde era analisado as condições da relação sexual segura e protegida, e ainda, analisado se às práticas sexuais eram consideradas promíscuas ou não, desta maneira eliminando a discriminação e o preconceito até então ainda existente dentro das normas do Brasil.

Entretanto, o Ministério da Saúde, bem como a ANVISA, formularam novas normas regulamentadoras onde, mantiveram a previsão da restrição de doação de sangue por homens que tenham tido relações sexuais com outros homens nos 12 meses anteriores à doação de sangue, com a Portaria 158 de 04 de fevereiro de 2016 do Ministério da Saúde República Federativa do Brasil e Resolução RDC/34 de 11 de junho de 2014, da ANVISA.

3 A JUSTIFICATIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARA A APROVAÇÃO DAS NORMAS DETERMINADAS NA PORTARIA 158 DE 04 DE FEVEREIRO DE 2016 DO MINISTÉRIO DA SAÚDE E NA RESOLUÇÃO RDC/34 DE 11 DE JUNHO DE 2014, DA ANVISA

A administração pública, por meio do Ministério da Saúde, bem como a ANVISA, são os órgãos competentes para formular normas de regulamentação do controle de qualidade da hemoterapia no Brasil, desta forma a justificativa de tais órgãos, para manter em vigor a norma que determina a restrição de doação de sangue por homens que fazem sexo com outros homens em um período de 12 (doze) meses a contar da última relação sexual destes, fundamenta-se em evidências epidemiológicas e técnico-científicas, bem como citam pesquisas realizadas na Inglaterra e nos Estado Unidos como argumentos, que sugere:

> Estudos britânicos mostram que homens que praticam sexo com outros homens nos últimos 12 meses, se comparados aos que não tiveram o mesmo comportamento, apresentam risco 60% maior de fazer uma transfusão de sangue contaminada por HIV. E os dados norte-americanos apontam que a incidência do vírus é maior entre doadores homens que tiveram relação sexual com outro homem nos últimos 05 anos (CONJUR, 2016).

[5] Portaria MS nº 1.353 - Art. 1º Aprovar, na forma do Anexo a esta Portaria, o Regulamento Técnico de Procedimentos Hemoterápicos. § 4º. Os serviços de hemoterapia deverão capacitar os técnicos da Hemorrede e de suas unidades vinculadas de saúde para melhoria de atenção e acolhimento aos candidatos à doação, evitando manifestação de preconceito e discriminação por orientação sexual, identidade de gênero, hábitos de vida, atividade profissional, condição socioeconômica, raça/cor e etnia. § 5º. A orientação sexual (heterossexualidade, bissexualidade, homossexualidade) não deve ser usada como critério para seleção de doadores de sangue, por não constituir risco em si própria.

Desta forma, sustentam que a restrição temporária de doação desse grupo de pessoas se dá pela teoria de que há um maior risco de infecções por doenças venéreas e, assim, gerando grandes chances, do sangue desses indivíduos, estarem possivelmente contaminados e assim, sendo inútil para transfusões. Além disto, conforme dispõe Carpinelli (2016, p. 41):

> A administração pública ainda se baseia em um relatório da Organização das Nações Unidas (ONU), que determina que os homossexuais do sexo masculino, mulheres profissionais do sexo e os Transgêneros, merecem uma atenção maior na preservação de infecções por doenças venéreas na América Latina, todavia, vale ressaltar que o disposto no relatório da ONU, é apenas uma recomendação para que se dê uma atenção especial a prevenção de tais grupos, não recomendando em, momento algum, que exista uma medida preventiva contra esta população.

Ademais, conforme determina Baseiredo (2017, p. 385):

> Salienta-se que o risco de transmissão de doenças sexualmente transmissíveis, aumenta gradativamente pelas práticas sexuais anais, pois esta prática ocasiona lesões dérmicas na região anal, onde gera uma abertura para a infecção por vírus, bactérias e microrganismos. Desta forma, a prática do sexo anal sem proteção é maneira mais arriscada de contrair doenças venéreas, tanto para homens homossexuais e bissexuais, quanto para mulheres heterossexuais. No entanto, a administração pública vale-se de tal informação para manter em vigor a exclusão de homens homossexuais na doação de sangue, pois sustenta que ainda é uma medida necessária para a proteção das transfusões de sangue no país.

3.1 OS MÉTODOS DE ANÁLISE DO SANGUE DOADO E A SITUAÇÃO ATUAL DOS BANCOS DE SANGUE

A portaria 158 de 04 de fevereiro de 2016 do Ministério da Saúde prevê em seu artigo 130º[6], parágrafos 1º, 5º, 13º e 14º, critérios a verificação da contaminação dos sangues doados aos bancos de sangue, onde dispõe que cada doação obrigatoriamente deverá passar por exames laboratoriais de alta sensibilidade, para que assim caso exista algum tipo de contaminação, tal sangue não será disponibilizado para transfusões. Sendo assim, o Ministério da Saúde garante que os serviços de hemoterapia deverão realizar testes, denominados de teste NAT (teste de ácido nucleico), para identificar se o doador de sangue é portador de alguma doença transmissível, tais como o vírus HIV e

[6] Art. 130. É obrigatória a realização de exames laboratoriais de alta sensibilidade a cada doação, para detecção de marcadores para as seguintes infecções transmissíveis pelo sangue, cumprindo-se ainda, os algoritmos descritos no Anexo V para cada marcador: I - sífilis; II - doença de Chagas; III - hepatite B; IV - hepatite C; V - AIDS; e VI – HTLV I/II. § 1º Os exames de que trata o "caput" devem ser feitos em amostra colhida no ato da doação. [...] § 5º. O sangue total e seus componentes não serão transfundidos antes da obtenção de resultados finais não reagentes/negativos, nos testes de detecção para: I – hepatite B; II – hepatite C; III – AIDS/SIDA; IV – doença de Chagas; V – sífilis; VI – infecção por HTLV I/II. [...] § 13. Somente podem ser liberadas as bolsas com resultados não regentes/negativos tanto para os testes sorológicos quanto para os testes de detecção de ácido nucleico. § 14. Deverão ser excluídos como doadores, temporária ou definitivamente, e, se necessário, encaminhados a um serviço de referência, os que apresentarem resultados reagentes. (BRASIL, 2016, online).

da Hepatite C.

O Centro de Hematologia e Hemoterapia do Estado de Santa Catarina (HEMOSC, 2017) em sua página virtual oficial, demonstra quais são os serviços utilizados para a realização dos exames laboratoriais especializados, para verificação de contaminação de sangue doado, subdividido em seis laboratórios, quais seja laboratório de sorologia, laboratório de imuno-hematologia, laboratório de hematologia, laboratório de marcadores celulares, laboratório de imunogenética, laboratório de criobiologia, sendo que cada laboratório é especializado em exames diferentes.

Ainda, no que tange aos imunoensaios de triagem, que são testes para diagnosticar doenças no sangue, onde em sua 1ª geração levava janela imunológica de 06 à 08 semanas, porém nos dias atuais já se encontra a 4º geração, que reduziu a janela imunológica para apenas 15 dias (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2016, p. 29-32), desta forma, há uma grande segurança na transfusão de sangue, uma vez que a legislação brasileira determina que nenhuma bolsa de sangue seja transfundida sem a realização destes testes laboratoriais.

4 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O Princípio da Igualdade de direitos foi adotado pela Constituição Federal de 1988, onde prevê que todos os cidadãos possuam tratamento igualitário perante a lei (MORAES, 2012, p. 35). Cumpre destacar que a igualdade, conforme Silva (2011, p. 211) “constitui um signo fundamental da democracia”, desta forma, não admitisse qualquer privilégio, bem como, distinções.

Desta forma, no que se refere ao art. 5º[7] da Constituição, o seu significado é de uniformização do estatuto jurídico para todos os homens, e, além disto, delimitando que a igualdade deverá prevalecer perante o direito em geral e perante o direito como sistema, pois disto resulta na proibição de discriminação em razão do nascimento, sexo, raça, credo religioso ou convicções políticas ou filosóficas, ou classe social (FILHO, 2007, p. 27-28).

Ainda visando reforçar o princípio, a Constituição Federal é composta diversas normas que asseguram o direito de igualdade em variadas situações, como o dispositivo previsto no art. 5º, inciso I, que determina “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”, bem como, o art. 7º, inciso XXX, que determina regras de igualdade material e regras que proíbem certas distinções, tais como a “diferença de salários e critérios para admissão por motivos de sexo, idade, cor ou estado civil” (SILVA, 2011, p. 211).

> O que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito. (MORAES, 2012, p. 35).

[7] 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 (BRASIL, 1988, online).

Com base em Moraes (2012, p. 35), verificou-se que a igualdade possui uma eficácia transcendente, desta forma, as normas que de algum modo persistam na desigualdade após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, não serão mais admitidas, pois esta, é norma suprema.

Entretanto, Pinho (2013, p. 127) determina que nem todo tratamento desigual é de fato inconstitucional, pois, a igualdade consiste em "tratar igualmente os iguais, com os mesmos direitos e obrigações e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade", de tal forma que se fossem tratados igualmente os desiguais, apenas iria aumentar tal desigualdade. Sendo assim, entende o autor que somente é inconstitucional o tratamento desigual que aumenta a desigualdade que já existe naturalmente.

4.1 IGUALDADE ENTRE HOMENS E MULHERES

A Constituição Federal Brasileira de 1988, foi cuidadosa ao delimitar a igualdade de direitos, desta forma, por mais que a igualdade entre homens e mulheres englobe o princípio da igualdade determinado pelo art. 5º do capítulo dos direitos individuais, o constituinte destacou no inciso I, a importância da igualdade entre homens e mulheres, pois, trata de cláusula final indispensável.

Ainda, para demonstrar de fato como o princípio da igualdade entre homens e mulheres se faz válido no ordenamento jurídico internacional, Castilho (2010, p. 210-211) dispõe que tal princípio é constituído um dos princípios Fundamentas da Organização das Nações Unidas, e desta forma, a discriminação com base no sexo, além de proibida pelo ordenamento jurídico brasileiro, é igualmente proibida pelo pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais, ainda, pelo pacto internacional sobre direito civis e políticos, a convenção sobre direitos da criança, a convenção internacional sobre eliminação de todas as formas de discriminação racial e a convenção contra tortura, pactos e convenções inspiradas na Declaração Universal Do Direitos Humanos.

A própria Constituição Federal veda a discriminação por sexo como nas hipóteses do art. 3º, inciso IV e art. 7º, inciso XXX, para que assim, de acordo com Silva (2011, p. 217) "onde houver um homem e uma mulher, qualquer tratamento desigual entre eles, a propósito de situações pertinentes a ambos os sexos, constituirá uma infringência constitucional".

> A correta interpretação desse dispositivo torna inaceitável a utilização do discrímen sexo, sempre que o mesmo seja eleito com propósito de desnivelar materialmente o homem da mulher; aceitando, porém, quando a finalidade pretendida for atenuar os desníveis. (MORAES, 2012, p. 38).

Sendo assim, o princípio da igualdade, seja ela em sentido geral ou no que concerne aos direitos iguais entre homens e mulheres, já é considerado princípio fundamental, ao passo que limita o próprio Poder Legislativo (FILHO, 2007, p. 27) e, ainda, se mostra indispensável para um Estado Democrático de Direito.

Com isso, o princípio da igualdade, bem como a igualdade entre homens e mulheres, considerado um Direito Fundamental da Constituição Federal de 1988, deverá ser observado tanto nas legislações infraconstitucionais quanto em

portarias e resoluções que regulamentam o direito a saúde no País, e a sua não observação quando da vedação de doação de sangue por homens homossexuais gera a (in)constitucional das normas, pois, o direito de não diferenciar os direitos e os deveres entre os homens e as mulheres, não está sendo garantido.

5 PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO

O princípio da não discriminação vem alocado ao princípio da igualdade, pois, o legislador ao determinar a igualdade de todos no art. 5º da Constituição Federal vedou expressamente toda e qualquer forma de discriminação, seja por raça, cor, sexo, idade ao qual possui previsão constitucional no 3º inciso IV[8] da Constituição Federal.

De acordo com Pinho (2013, p. 130), o constituinte optou por não elaborar um rol taxativo, mas sim adotou uma fórmula genérica de abranger toda e qualquer discriminação, desta forma, sendo vedadas distinções ou discriminações em razão de religião, convicção política e ainda por orientação sexual.

No entanto, mesmo com 40 anos de aplicação do princípio da igualdade na Constituição Federal, nos dias atuais ainda não fora erradicada, toda forma de discriminação e como consequência disto a desigualdade ainda permanece em nosso Estado, contudo, conforme (SILVA, 2011 apud LEITE 2011, p. 52) hoje já existe um grande avanço, pois "o conceito negativo de condutas discriminatórias vedadas, passou-se a um conceito positivo de condutas promotoras da igualdade jurídica".

5.1 PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL

Conforme o art. 5º da Constituição Federal, "todos são iguais perante a lei", ao passo que desta forma, em tese, os residentes do país não sofrerão qualquer tipo de discriminação, ainda, é válido mencionar que os objetivos fundamentais que estão instituídos no art. 3º da Constituição Federal, estão ligados à promoção do bem-estar de todos, sem preconceitos. Sendo assim, Canotilho, Correia e Correia (2010, p. 39) entendem que por haver discriminação em razão do sexo, igualmente não haverá a discriminação ao cidadão homossexual, transexual ou heterossexual, sob pena de ferir os princípios fundamentais da igualdade e da proteção à Dignidade da Pessoa Humana.

No entanto, as discriminações por orientação sexual ocorrem com grande frequência no Brasil, e estão ligadas diretamente à direção dos desejos ou condutas sexuais do ser humano, seja discriminações perante as pessoas que possuam esse desejo para com pessoas do mesmo sexo, denominados homossexuais, ou para com pessoas do sexo oposto, consideradas heterossexuais ou ainda discriminando pessoas que possuam interesse para com pessoas de ambos os sexos, bissexuais (RIOS, 2002, p. 95).

Neste contexto, novamente volta-se a avaliar o princípio fundamental da Dignidade da Pessoa Humana, pois este está ligado à orientação sexual de

[8] Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 1988, online).

forma direta, desta maneira:

> O reconhecimento da dignidade da pessoa humana é aliás, elemento nuclear na socialidade que assinala o conceito de Estado Democrático de Direito, que assegura aos cidadãos algo além da abstenção de imiscuições infundadas no seu âmbito pessoal: a promoção positiva de suas liberdades. Sequer considerar a possibilidade de prejuízo, desprezo ou desacato a uma pessoa, em virtude da sua orientação sexual, seria conferir tratamento indigno à pessoa humana. (FERRAZ; LEITE, 2015, p. 259).

Ferraz e Leite (2015, p. 259) baseiam-se na decisão da ADI 4277 do Supremo Tribunal Federal (STF), que estabeleceu que “a sexualidade é bem de personalidade e direito fundamental, sendo a orientação sexual direta emanação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e desta forma, é um poderoso fator de afirmação e elevação pessoal”.

Ademais, cumpre esclarecer que ainda existem duas modalidades de discriminação por orientação sexual, sendo a primeira quando o indivíduo recebe tratamento desfavorável influenciado somente por sua orientação sexual, e a segunda que é chamada de discriminação indireta “deriva de consequências da aplicação de uma regulação aparentemente neutra e geral, que, todavia produz um tratamento diferenciado a um indivíduo ou grupo, desproporcional e injustificado” (RIOS, 2002, p. 96).

Além disto, mesmo o constituinte não sendo taxativo no rol de discriminação, e ainda, por não haver menção na Constituição Federal de 1988 de não discriminação por orientação sexual, Rios (2002, p. 132) destaca que “a ausência de expressa previsão do critério orientação sexual não é obstáculo para seu reconhecimento, não bastasse à explícita abertura constitucional para hipóteses não arroladas explicitamente no texto normativo”, pois para o autor, a proteção da orientação sexual está ligada à não discriminação em virtude do sexo.

Diante de todo o exposto, verificou-se que independente da dimensão do princípio da igualdade, seja ela a constante no enunciado do caput ou em seus desdobramentos há a vedação de diferenciação e discriminação para com pessoas de orientação sexual diversa da maioria, na qual deve ser respeitada por todos os cidadãos bem como pelo Estado, e conforme já estudado anteriormente a Portaria 158 Ministério da Saúde, bem como, a Resolução RDC/34 da ANVISA ao vedar a doação de sangue dos homens homossexuais, respectivamente, não observa Princípios Fundamentais basilares como o Princípio da Igualdade e da Não Discriminação, motivo que acarreta diretamente em uma possível inconstitucionalidade da referida norma.

6 A DESNECESSIDADADE DA RESTRIÇÃO DE DOAÇÃO DE SANGUE DOS HOMOSSEXUAIS DO SEXO MASCULINO

A Portaria 158 de 04 de fevereiro de 2016 do Ministério da Saúde e a Resolução RDC/34 de 11 de junho de 2014, da ANVISA, se refere aos artigos 64, inciso IV e artigo 25, inciso XXX, alínea d, respectivamente, que determinam a proibição de doação de sangue por homens que fazem sexo com outros homens pelo período de 12 meses a contar da última relação sexual destes.

Neste aspecto, questionam-se os motivos para que tais normas

permaneçam em vigor uma vez que ferem direitos fundamentais instituídos na Constituição Federal de 1988, como os Princípios da Igualdade e Não Discriminação.

Para demonstrar a desnecessidade de manter a restrição de doação de sangue em vigor, analisa-se o fato de que nossa cultura ainda há o pensamento de que homens homossexuais estão mais propensos a serem contaminados pelo vírus HIV, entretanto, as estatísticas atuais demonstram que não há apenas um grupo que está submetido à doença e sim, qualquer pessoa ativa sexualmente, sem qualquer distinção da orientação sexual, para confirmar tal informação, o Sistema de Informação de Agravos de Notificação (SINAN) juntamente com o Ministério da Saúde, realizou pesquisas entre o período de 1980 até 2016, que demonstram o percentual de AIDS em homens heterossexuais e em homens homossexuais, veja-se:

Tabela 20 - Casos de aids notificados no Sinan (número e percentual) em indivíduos com 13 anos de idade ou mais, segundo categoria de exposição hierarquizada, por sexo e ano de diagnóstico. Brasil, 1980-2016[1,2]

Categoria de exposição	1980-2002[3]		2003		2004		2005		2006		2007		2008		2009		2010		2011		2012		2013		2014		2015		2016		Total	
	nº	%	nº	%	nº	%	nº	%	nº	%	nº	%	nº	%	nº	%	nº	%	nº	%	nº	%	nº	%	nº	%	nº	%	nº	%	nº	%
Masculino																																
Sexual	Homossexual	42873	26,0	2975	21,8	2853	21,6	2815	22,6	2844	23,6	3113	24,8	3479	26,2	3880	28,0	4316	29,5	4777	31,1	5255	33,5	5423	34,3	5074	35,7	4479	36,5	1461	37,9	95617	27,5
	Bissexual	25326	15,4	1620	11,9	1702	12,9	1539	12,3	1411	11,7	1330	10,6	1344	10,1	1380	10,0	1414	9,7	1523	9,9	1470	9,4	1476	9,3	1306	9,2	1085	8,9	322	8,3	44248	12,7
	Heterossexual	49762	30,2	6980	51,1	6697	52,3	6674	53,5	6442	53,5	6806	54,9	7295	55,0	7463	53,9	7879	53,9	8090	52,6	8097	51,7	8074	51,1	7163	50,4	6116	49,9	1882	48,8	145720	41,9

Fonte: Boletim Epidemiológico HIV-AIDS – Ministério da Saúde; Secretaria de Vigilância em Saúde; Departamento de DST, AIDS e Hepatites Virais – Brasília: 2016. p. 41.

Sendo assim, os casos de AIDS notificados no SINAN em indivíduos de 13 anos de idade ou mais 41,9% (quarenta e um vírgula nove por cento) em homens heterossexuais e 27,5% (vinte e sete vírgula cinco por cento) em homens homossexuais, sendo assim, com a pesquisa fica evidente, que não há motivos para proibir somente homossexuais do sexo masculino de doarem sangue, uma vez que é nítido que o vírus HIV é uma doença que poderá contaminar qualquer pessoa independente de sua orientação sexual.

Igualmente é mister demonstrar que a não há uma justificativa plausível para a discriminação feita em face do homem homossexual, pois conforme estudado anteriormente o receptor do sangue doado só irá recebê-lo somente após um rigoroso controle de qualidade deste. Vale ressaltar ainda, que a mesma norma que restringe a doação de sangue por homens homossexuais, também proíbe pessoas que mantenham relações sexuais com um ou mais parceiros ocasionais ou desconhecidos, pelo mesmo período de tempo previsto na restrição de homens que fazem sexo com outros homens, de acordo com o art. 64, inciso II[9] da Portaria 158 do Ministério da Saúde.

Além disso, deve ser observado que há uma falta considerável de estoque de bolsas de sangue no país, uma vez que apenas 2% da população brasileira doa sangue, sendo que o percentual ideal estimado pela ONU é de que cada País possua um total entre 3% e 5% da população doadora de sangue (Super Interessante. 2016).

Todavia mesmo sendo visível necessidade que existe de doação de sangue no Brasil, a administração pública mantém em vigor a restrição

[9] Art. 64. Considerar-se-á inapto temporário por 12 (doze) meses o candidato que tenha sido exposto a qualquer uma das situações abaixo: [...] II – que tenha feito sexo com um ou mais parceiros ocasionais ou desconhecidos ou seus respectivos parceiros sexuais (BRASIL, 2016, online).

temporária por homossexuais, e o resultado disso, é um grande desperdício de sangue que poderia ser doado, tendo em vista que na atualidade de acordo com o IBGE o número de homens que vivem no país chega a 101 milhões, bem como o total de homossexuais e bissexuais do sexo masculino totaliza um número de 10,5 milhões. Por sua vez, levando em consideração que um homem pode realizar até 04 (quatro) doações de sangue por ano e que cada doação é colhido 450 ml de sangue, o total de desperdício caso todos os homossexuais doassem sangue, chegaria à 18,9 milhões de litros de sangue por ano (Super Interessante. 2016).

Sendo assim, o poder público permitindo que a restrição temporária de doação de sangue por homossexuais, acaba prejudicando a promoção de saúde pública que estabelece o Art. 196[10] da Constituição Federal de 1988, devido ao grande desabastecimento dos hemocentros e conforme Cardinali (2016), não está de acordo com o texto Constitucional que determina a promoção de igualdade e visa uma sociedade mais tolerante, ao adotar medidas que acabam por disseminar padrões culturais discriminatórios. Ainda, o autor sugere que com a alteração da norma, no que tange a retirada da restrição, “transmitiria uma poderosa imagem simbólica de igualdade”.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543, foi proposta pelo Partido Socialista Brasileiro – PSB em 07/06/2016, perante o Supremo Tribunal Federal, com pedido de medida cautelar em face do disposto no art. 64, inciso IV, da Portaria n. 158/2016 do Ministério da Saúde, e no art. 25, inciso XXX, alínea d, da Resolução RDC n. 34/2014 da ANVISA, que trata da restrição de homens homossexuais à doação de sangue durante um período de 12 meses a contar da última relação sexual. Destaca-se que em 19 de outubro de 2017, ocorreu um início de julgamento, com os votos do Relator Ministro Edson Fachin, votou pela procedência da ação, o voto do Ministro Alexandre de Moraes que votou pela parcial procedência da ação, e ainda os Ministros Roberto Barroso, Rosa Weber e Luiz Fux, que acompanharam o voto do Relator no entanto, o julgamento foi suspenso, pois estavam ausentes os Ministros Dias Toffoli e Celso de Mello (BRASIL, 2016) até o final do presente trabalho, a ADI 5543 não foi julgada.

7 CONCLUSÃO

A doação de sangue no Brasil está regulamentada pela Portaria 158 Ministério da Saúde e a Resolução RDC/34 da ANVISA, que são os órgãos competentes a determinar normas em relação à saúde pública, onde foi analisado os artigos artigo 64, inciso IV art. 25, inciso XXX, alínea d, respectivamente, que se referem à proibição em um período de 12 meses de doação de sangue por homossexuais do sexo masculino, a qualquer hemocentro do País.

Sendo assim, verificando que as justificativas da administração pública se baseiam em estudos realizados fora de seu próprio País, bem como, conforme foi demonstrado no presente trabalho, com os avanços da medicina no que tange aos métodos de análise do sangue doado, mais precisamente, quando se

[10] Art. 196. A saúde é 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, proteção e recuperação (BRASIL, 1988, online).

fala da janela imunológica que nos dias atuais se mostram avançadas, concluiu-se que os argumentos do Ministério da Saúde e da ANVISA são insuficientes para manter em vigor uma norma que possui um caráter discriminatório e preconceituoso.

No que concerne às violações do Princípio da Igualdade, estas decorrem do fato de que a restrição contida nas normas supra, apenas baseiam-se na orientação sexual do indivíduo e não no comportamento sexual individual que este apresenta, onde assim, um homem heterossexual que tenha tido relações sexuais sem uso de preservativo com apenas uma parceira, está apto a doar sangue. No entanto, um homem homossexual que tenha um relacionamento monogâmico e estável, e ainda, mesmo que ambos façam uso constante de preservativos em suas relações sexuais, estes permanecem vedados de doar sangue. Desta forma, a restrição possui uma postura discriminatória frente aos homossexuais onde viola igualmente o Princípio da Não Discriminação ao determinar que somente este grupo de pessoas estão inapto a fazer a doações de sangue sem uma justificativa suficiente para tal diferenciação.

Desta forma, para que haja um tratamento igualitário e não discriminatório em relação aos doadores de sangue, faz-se necessário à intervenção por via judicial para que seja resolvida a presente demanda julgando-a inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em relação aos direitos e garantias fundamentais do Brasil, para então transmitir e fortalecer o pensamento da não discriminação, incentivando a igualdade entre as pessoas.

8 REFERÊNCIAS

Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Brasil). **Institucional. 2018.** Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/institucional>. Acessado em: 17 de abril de 2018.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

BAHIA, Claudio José Amaral. **Proteção constitucional à homossexualidade**. Leme: Mizuno, 2006.

BASEIREDO, André Moreira. **Vedação à doação de sangue por homens que fazem sexo com outros homens: Constitucional ou Inconstitucional?** 2017. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/113207>. Acessado em: 25 de maio de 2018.

BRANDÃO, Vanessa Caús. **Parcerias Homossexuais: aspectos jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 5543. Relator Edson Fachin.** Acompanhamento Processual. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4996495>. Acessado em: 07 de abril de 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acessado em: 22 de fevereiro de 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Manual Técnico para Diagnóstico da Infecção pelo HIV.** 2016. Disponível em: <http://www.aids.gov.br/pt-br/node/57787>. Acessado em: 23 de maio de 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria 1.353 de 13 de junho de 2011**. **Aprova o regulamento Técnico de Procedimentos Hemoterápicos.** 2011. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt1353_13_06_2011.html >. Acessado em: 14 de maio de 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria 158 de 04 de fevereiro de 2016. **Redefine o regulamento técnico de procedimentos hemoterápicos. Diário Oficial da União da Republica Federativa do Brasil.** Brasília, 05 de fev. 2016. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2016/prt0158_04_02_2016.html >. Acessado em: 05 de fevereiro 2018.

BRASIL. **Ministério Da Saúde. Portaria nº 236, de 02 de maio de 1985. Dispõe sobre as informações sobre a síndrome de imunodeficiência adquirida e suas medidas de controle. Diário Oficial da União da Republica Federativa do Brasil nº 113.** Brasília, 02 de mai. de 1985. Disponível em: <http://www.aids.gov.br/es/node/51440>. Acessado em: 12 de maio de 2018.

BRASIL. **Ministério da Saúde. Resolução – RDC N° 34, de 11 de Junho de 2014. Dispõe sobre as boas práticas no ciclo do sangue. Órgão emissor: ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Diário Oficial da União da Republica Federativa do Brasil.** Brasília, 16 de junho de 2014. Disponível em: < http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/2867975/RDC_34_2014_COMP.pdf/283a192e-eee8-42cc-8f06-b5e5597b16bd?version=1.0>. Acessado em: 05 de fevereiro de 2018.

BRASIL. **Ministério da Saúde. Resolução – RDC N° 343, de 13 de dezembro de 2002. Dispõe sobre o regulamento técnico para a obtenção, testagem, processamento e controle de qualidade de sangue e hemocomponentes para uso humano, e dá outras providências. Órgão emissor: ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Diário Oficial da União da Republica Federativa do Brasil nº 113.** Brasília, 19 de dezembro de 2002. Disponível em: < http://www.aeap.org.br/doc/resolucao_rdc_343_de_13_de_dezembro_de_2002.pdf> Acesso em: 04 jun. 2018.

CANOTILHO, J.J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. **Direitos Fundamentais e Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARBONARI, Pamela. **Brasil desperdiça 18 milhões de litros de sangue ao ano por preconceito.** Disponível em: <https://super.abril.com.br/saude/brasil-desperdica-18-milhoes-de-litros-de-sangue-ao-ano-por-preconceito/>. Acessado em: 09 de novembro de 2017.

CARDINALI, Daniel Carvalho. A Proibição De Doação De Sangue Por Homens Homossexuais: **Uma Análise Sob As Teorias Do Reconhecimento De Fraser E Honneth.** 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/12256/8485)>. Acessado em: 04 de dezembro de 2017.

CARPINALLI, André de Paula Turella. **A doação de sangue por homens que fazem sexo com outros homens à luz do princípio da igualdade no direito brasileiro.** Disponível em: <www.periodicos.ulbra.br/index.php/iuris/article/download/2245/1588>. Acessado em: 09 de março de 2018.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos: Processo histórico – Evolução no mundo, Direitos Fundamentais: Constitucionalismo contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARDINALI, Daniel Carvalho. **A proibição de doação de sangue por homens Homossexuais: uma análise sob as teorias do Reconhecimento de fraser e honneth.** 2016.

Departamento de Vigilância, Prevenção e Controle das IST, do HIV/Aids e das Hepatites Virais do MINISTÉRIO DA SAÚDE. O que é HIV. 2018. Disponível em: <http://www.aids.gov.br/pt-br/publico-geral/o-que-e-hiv>. Acessado em: 09 de março de 2018.

Portal Brasil. **Descoberta da Aids completa 30 anos**. 2017. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/saude/2011/06/descoberta-da-aids-completa-30-anos>. Acessado em: 04 de dezembro de 2017.

PENSE SUS. **Direito à saúde.** 2018. Disponível em: <https://pensesus.fiocruz.br/direito-a-saude > Acesso em: 09 mai. 2018.

FÁBIO, André Cabette. **A trajetória e as conquistas do movimento LGBT brasileiro**. 2017. Nexo Jornal. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/explicado/2017/06/17/A-trajet%C3%B3ria-e-as-conquistas-do-movimento-LGBT-brasileiro>. Acessado em: 19 de abril de 2018.

FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. Direito à diversidade. São Paulo: Atlas S.A, 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Estado de Direito e Constituição. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FUNDAÇÃO HEMOMINAS. **Sangue: breve história**. 2014. Disponível: <http://www.hemominas.mg.gov.br/doacao-e-atendimento-ambulatorial/hemoterapia/sangue-breve-historia>. Acessado em: 09 de maio de 2018.

HEMOSC. **Doação De Sangue Total**. Disponível em: <http://www.hemosc.org.br/doacao-de-sangue.html>. Acessado em: 04 de dezembro de 2017.

HEMOSC. **Laboratórios Especializados.** Disponível em: <http://www.hemosc.org.br/laboratorios-especializados.html#>. Acessado em: 18 de maio de 2018.

CONJUR. Impedir homem gay de doar sangue viola princípio da igualdade, diz OAB. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-25/proibir-homem-gay-doar-sangue-viola-igualdade-oab>. Acessado em: 24 de maio de 2018.

INSTITUTO DE TECNOLOGIA EM IMUNOBIOLÓGICOS. **Ministério da Saúde torna obrigatório o teste NAT. 2013.** Disponível em: <http://www.bio.fiocruz.br/index.php/noticias/641-ministerio-da-saude-torna-obrigatorio-o-teste-nat>. Acessado em: 18 de maio de 2018.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Direitos Humanos**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Boletim Epidemiológico de Aids 2016.** Disponível em: <http://www.aids.gov.br/pt-br/pub/2016/boletim-epidemiologico-de-aids-2016>. Acessado em: 04 de dezembro de 2017.

MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS. **Marco da Luta Pelos Direitos Civis de Homossexuais no Mundo**. 2009. Disponível em: <http://www.mdh.gov.br/importacao/noticias/ultimas_noticias/2009/06/MySQLNoticia.2009-06-29.0210>. Acessado em: 19 de abril de 2018.

Portal Anvisa**. Ministro da Saúde anuncia portaria com critérios para doação de sangue.** 2016. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/resultado-de-busca?p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=1&_101_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_assetEntryId=2661980&_101_type=content&_101_groupId=219201&_

101_urlTitle=ministro-da-saude-anuncia-portaria-com-criterios-para-doacao-de-sangue&inheritRedirect=true>. Acessado em: 23 de maio de 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional. O caminho do sangue: entre a doação e a transfusão**. 2016. Blog da Saúde. Disponível em: <http://www.blog.saude.gov.br/index.php/entenda-o-sus/51241-o-caminho-do-sangue-entre-a-doacao-e-a-transfusao>. Acessado em: 18 de maio de 2018.

Portal Da Saúde. **O ministério - Estrutura e Competências**. 2018. Disponível em: <http://u.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/estrutura-e-competencias>. Acessado em: 09 de março de 2018.

Portal Da Saúde. **O ministério.** 2018. Disponível em: <http://u.saude.gov.br/index.php/o-ministerio#59>. Acessado em: 09 de março de 2018.

RIOS, Roger Raupp. **Direitos fundamentais e orientação sexual: O direito brasileiro e a homossexualidade.** 1998. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/160/248>. Acessado em: 24 de abril de 2018.

RIOS, Roger Raupp. **O Princípio da Igualdade e a Discriminação por Orientação Sexual – A Homossexualidade no Direito Brasileiro e Norte-Americano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

Riscos nas dádivas de sangue por gays estão por estudar há um ano. 2018. Público. Disponível em: <https://www.publico.pt/2018/03/19/sociedade/noticia/instituto-esta-ha-um-ano-a-decidir-como-estudar-risco-nas-dadivas-de-sangue-por-gays-1806811>. Acesso em: 30 de maio de 2018.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional: atualizado até a EC nº 67 de 22 de dezembro de 2010 e Súmula Vinculante nº 31, de 17/02/2010: (com comentário às leis 11.417/06, e Súmula Vinculante 11.418/06 – Repercussão Geral de Questões Constitucionais).** 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de direito constitucional positivo**. 34.ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2011.

AS CARTAS MAGNAS DE MATRIZ LUSÓFONO: O RETRATO DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS

Thainara Nascimento dos Santos[1]

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é analisar a influência do constitucionalismo português, realizando em um primeiro momento uma contraposição da Constituição Brasileira e da Constituição Portuguesa, para posteriormente analisar a influência da Constituição Angolana verificando se houve influência Portuguesa ou se estas Constituições se basearam nos Direitos Humanos. Para realizar o presente estudo, utilizou-se o método hipotético-dedutivo, traçando como problema de pesquisa o seguinte questionamento: : “pode-se afirmar que apenas a Constituição Portuguesa influenciou as atuais constituições brasileira e angolana, por meio do seu rol de direitos fundamentais ou observa-se também a influência de declarações de direitos humanos?”. A hipótese foi confirmada, verificando-se que as Constituições tiveram influência do Constitucionalismo Português, sendo que os direitos e garantias fundamentais previstos nas constituições dos três países apresentam diversas semelhanças, mas também observa-se a influência das declarações de direitos humanos nos textos constitucionais.

Palavras-chave: Constitucionalismo português. Direitos Humanos. Direito Constitucional.

1 INTRODUÇÃO

Como se originou o Constitucionalismo das primeiras cartas magnas de matriz lusófono? Os critérios utilizados foram os mesmos? Houve ou não influência externa? Nos dias atuais, o que seguem as Constituições dos outros países? Existe um modelo a ser seguido? Essas e outras indagações são pertinentes para o tema por meio do estudo dos constitucionalismos língua portuguesa. Brasil e Angola são estudados devido a simbolizarem entre as ex-colônias portuguesas os movimentos constitucionais, por um lado, o mais antigo e consolidado e por outro lado, o mais recente.

A metodologia utilizada para o presente estudo foi o método hipotético-dedutivo, tendo como alicerce do problema de pesquisa o seguinte questionamento: “pode-se afirmar que apenas a Constituição Portuguesa influenciou as atuais constituições brasileira e angolana, por meio do seu rol de direitos fundamentais ou observa-se também a influência de declarações de direitos humanos?”. Como hipótese, propõem -se que as atuais constituições brasileira e angolana receberam forte influência portuguesa, possuindo, portanto, entre si diversos direitos e garantias fundamentais semelhantes. Observou-se também que no atual contexto mundial, em que tanto se fala de

[1]Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário Católica de Santa Catarina em Joinville.

direitos humanos, as declarações de direitos humanos também tiveram influência sobre as constituições brasileiras e angolanas.

Assim, o presente artigo dividiu-se da seguinte forma: em um primeiro momento estudar-se-á historicamente como seu deu o constitucionalismo português, o qual influenciou outras cartas magnas de matriz lusófona, e se foi instituído um modelo constitucional para que fosse reproduzido. Posteriormente será apresentada uma análise sobre o papel dos Direitos Humanos no que concerne aos Direitos fundamentais, que se encontra no corpo de numerosas cartas constitucionais.

Portanto, a base do objeto deste estudo está pautada no capítulo I do livro "As Constituições dos Estados de Língua Portuguesa" de Jorge Bacelar de Gouveia, no qual se encontram inconsistências com as análises realizadas afirmadas no referido material de pesquisa e, que no decorrer de diagnósticos mais profundos identifica-se dessemelhante do que fora alegado pelo autor, com isso se percebe que não é só uma guisa pelas quais deve o presente ser tema de estudo, mas que se recomenda levar em consideração outros eventos ocorridos na história e no universo jurídico, que não o foram, ou seja, um recorte maior que justifica e qualifica como se deu a criação de inúmeras cartas magnas de distintos idiomas, como se observará a seguir.

2 A INFLUÊNCIA DO CONSTITUCIONALISMO PORTUGUÊS: NO BRASIL E PORTUGAL

O Brasil foi o segundo país de matriz lusófono a ter uma Constituição escrita. O primeiro foi Portugal. Por ordem iniciaremos pela antiga metrópole -; Segundo Bonavides (2004), o prelúdio da primeira Carta Magna de Portugal se deu no período de dois séculos, e são marcadas por momentos distintos, nos quais as revoluções francesa e americana tiveram grande influência sobre o Constitucionalismo Português, dado que ambos tinham por escopo fundamental a emancipação e a organização dos povos.

O primeiro estágio ocorre no início das primeiras décadas do século XIX. De acordo com Bonavides (2004), a França napoleônica era o radicalismo empírico da insurreição francesa com formato imperial, que refutava o povo ao antigo regime, "do poder absoluto, dos feudos, da tradição, e dos privilégios, uma nova ordem de coisas que fazia antever no pergaminho das Cartas outorgadas a aurora constitucional da liberdade" (BONAVIDES, p. 198). Sendo assim, percebia em Napoleão (ainda que um rei invasor) a esperança de uma carta constitucional a Portugal.

Pretendia-se a partir do novel modelo deliberar, através de modificação ou restauração dos princípios sociais, a aliança existente entre a realeza e o feudo, que se diga de antemão já estava ultrapassada. Nesse instante, empregava a Corte de Lisboa uma política ambígua e contradita, de forma agonizante; em consequência disso estava o Brasil dependente da metrópole em derrocada com o sistema colonial que fora eleito pela casa grande portuguesa, que antecipava o arremate secessionista.

Portugal tinha o Brasil como extensão do sistema monárquico, que se encontrava prestes a cair: a colônia estava pronta a despir essa roupagem arcaica e trajar vestes constitucionais, mas que se deparava com bloqueios absolutistas de ambos os países. O país dominador e metrópole do Brasil lutava

fortemente contra o movimento que este e aquele estava empenhando-se para aderir ao constitucionalismo liberal, e que não foi o suficiente para Portugal triunfar sobrevindo a caída do Império e a proclamação da República, em que esse perfez o segundo estágio constitucional, que aderiu ao modelo americano republicano, presidencialista e federativo, modelo esse distinto do português.

Por fim, o terceiro estágio, do qual se observa já a queda da influência europeia, em razão de conduzir-se a um percurso distinto, o qual anteriormente mencionado denominava-se presidencialista, republicano e federativo, e que já demonstrava o término do movimento europeu com a inserção do modelo de controle de constitucionalidade difuso (distinto do modelo concentrado da velha Europa). Após inúmeros confrontos, Portugal que passava vexatória situação de ser conhecida como a colônia da colônia, então conseguira sua primeira carta constitucional de 23 de dezembro de 1822 essa, que foi logo em seguida da proclamação da Independência do Brasil às margens do Ipiranga no dia 7 de setembro do mesmo ano, proclamada por D. Pedro I. A mesma carta constitucional não se manteve pura como se desejava inicialmente, e sofreu influências, como é o caso da carta espanhola de Cádiz que "quando rebentou a revolução de Espanha, as atenções dos conspiradores concentraram-se num pensamento único transplantar para Portugal a constituição democrática dos nossos vizinhos" (BONAVIDES, p. 217). A qual em outros momentos também sofrera influências de Cádiz, é o caso:

> Três vezes a Constituição espanhola de Cádiz, monumento do liberalismo monárquico, teve ingresso efêmero no constitucionalismo luso-brasileiro.
> A primeira vez em Portugal, ao ensejo da rebelião popular de 11 de setembro de 1821 apoiada por forças do exército; houve porém um recuo, de tal sorte que, segundo Aurelino Leal, passaram a vigorar, tão somente, "disposições da Constituição espanhola que se referiam ao sistema e processo eleitoral, e com a condição de que as Côrtes Constituintes e Extraordinárias convocadas não alterassem na constituição futura de Portugal as suas boas essências e nem admitissem princípios menos liberais"; Leal, Aurelino, "História Constitucional do Brasil", op. cit., pp. 17E 18.
> A segunda vez, na Bahia, em 10 de fevereiro de 1821, de maneira provisória e nos mesmos termos de sua adoção em Portugal, conforme assinala o sobredito historiador (Leal Aurelino, op. cit., p. 18). A seguir, pela terceira vez, no Rio de Janeiro, por apenas 24 horas.
> Decretada no dia 21 de abril foi revogada no dia seguinte, por dois decretos de D. João VI, que escreveu assim, como rei, a página que melhor lhe biografia o caráter, a irresolução e principalmente a covardia de personalidade (BONAVIDES, 2004, p. 229).

Ainda, sobre o tema, em poucas linhas elucida Miranda (2004, p.28) sobre a influência de Cádiz e a Constituição napoleônica na primeira Constituição portuguesa e outros aspectos do Constitucionalismo do Brasil e Portugal:

> A Constituição de 1822 tem por base a Constituição de Cádiz (1812) e as Constituições francesas de 1791 e 1795, com procura do equilíbrio entre poder do Estado e os direitos individuais. Surge na sequência da Revolução de 1820 e transmite a ideia de ruptura com o Antigo Regime e a emergência de valores universais. Da Revolução saiu uma Junta Provisional do Reino, que mandou proceder à eleição de deputados às "Cortes Gerais Extraordinárias e Constituintes da Nação Portuguesa".

> Em fevereiro de 1821 as Cortes discutiram um projecto de "bases da Constituição" (37 princípios de orientação para os trabalhos da Assembléia), afirmando-se que a comissão se tinha cingido aos "bons e antigos usos e costumes" (de facto, não se rompeu totalmente com as tradições nacionais: no preâmbulo, refere-se o "restabelecimento e a reforma das leis fundamentais da monarquia", invoca-se a Santíssima Trindade, o estatuto da religião católica e a manutenção da Casa de Bragança). Em 1822, D. João VI, que se encontrava exilado no Brasil desde 1807, devido às invasões napoleônicas, jurou a Constituição, mesmo sem a conhecer, após esta ter sido aprovada pela Assembléia Constituinte e sujeita a longa discussão. Todavia, desde a sua chegada ao Brasil, D. João havia criado ou transferido todo um conjunto de instituições próprias de uma estrutura estatal. A elevação do Brasil à categoria de Reino, em 1815, levou ao surgimento do Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves. Mas esta união real revelava-se imperfeita, por faltar, pelo menos, uma assembleia electiva que funcionasse junto dos órgãos do poder executivo brasileiro, emergindo, assim, divergências de entendimento sobre a união.

No Brasil, D. Pedro I desobedece ao comando de retorno a Portugal e instala a primeira Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, mas que fora dissoluto em 12 de novembro de 1823 por decreto de D. Pedro I, pois queria esse que a constituição brasileira fosse "uma constituição sábia, justa, adequada e executável, ditada pela razão e não pelo capricho" (BONAVIDES, 2004, p. 221).

Contudo, ainda segundo Bonavides (2004), com diversos contratempos encarados que dificultaram a outorga da primeira carta magna, essa sobreveio através do Conselho de Estado por intervenção de Carneiro de Campos, que criou o projeto da Constituição outorgada, que foi a base da Constituição que foi outorgada em 24 de março de 1824, mas que D. Pedro I levou o bônus de produzi-la. Posteriormente, o embaixador da Inglaterra no Brasil, amigo de D. Pedro I levou a carta outorgada para a velha metrópole para que pudessem copiá-la. Sendo assim, D. Pedro I assinou a carta portuguesa em 29 de abril de 1826.

Assim, D. Pedro I cumpriu o que prometera que era a liberdade constitucional de ambos os países e, por ser o criador dessas premissas, trouxe perceptível aproximação entre elas, conforme expõe Bonavides (2004, p. 230):

> As duas Cartas outorgadas - a do Brasil, em 1824 e a de Portugal em 1826 - tinham muitos pontos em comum, porquanto partiram da mesma forja constituinte, da mesma nascente liberal, da mesma autoridade régia o Imperador D. Pedro I, que perante a história, sem embargo do atavismo autocrático que lhe corria nas veias com o sangue dos Braganças, soube, todavia, constitucionalizar dois reinos, em meio às tormentas do absolutismo. E assim, honrou o seu nome e as suas promessas de fundar a liberdade constitucional no Brasil e em Portugal.

À vista disso, é a partir desse momento que se pode ser arguir a proximidade entre as constituições, pois nasceram do mesmo genitor, que naquele momento os Estados eram muito próximos, mas que se tornaram distintas com a outorga de posteriores cartas e com o desmembramento de Brasil e Portugal que já havia ocorrido a tempos, e logo se tornaram estranhas uma à outra, mas que possui a história e o idioma como cordão umbilical ligando-

as, para Canotilho (2002, p. 88) as constituições correspondem a sociedade em que se vive não ao Estado. Portanto, em um diagnóstico raso verifica-se a Constituição da República de 1976 e a Constituição Federal de 1988 são distintas, ao passo que o modelo de sociedade e até mesmo é muito distinto daquele de D. Pedro I, e uma não é modelo da outra como aduz Gouveia (2014, p. 51), pois cada uma tem sua estória, forma de estado, de governo, entre outros, para fechar esse ponto criei um quadro comparativo com algumas das Constituições de matriz lusófono, para ilustrar as distinções que não somente entre Brasil e Portugal:

Quadro 1 – Forma de Estado e Governo das Constituições de matriz luso

País	**Forma de Estado**	**Forma de Governo**
Portugal	Unitário	Semipresidencial
Brasil	Federativo	Presidencialista
Moçambique	Unitário	Presidencialista
Guiné-Bissau	Unitário	Semipresidencial
Timor Leste	Unitário	Semipresidencial
São Tomé e Príncipe	Unitário	Semipresidencial
Angola	Unitário	Presidencialista

Fonte: Santos (2018).

Ainda sobre a Constituição de 1988, além das desigualdades expostas no quadro comparativo acima, é notável evidenciar que a referida Carta foi elaborada e promulgada em plena democracia, logo após a ditadura militar, entre 1964 a 1985, ou seja, apenas três anos depois do término do evento que foi o grande opressor dos direitos fundamentais e direitos humanos. Todavia, observa-se o valoroso ponto entre as cartas que é o referencial que estas e aquelas seguem, que é a recepção formal da Declaração Universal dos Direitos do homem.

3 O CONSTITUCIONALISMO ANGOLANO (2010)

Angola obteve a última Constituição escrita de matriz lusófono, o constitucionalismo do país passou por um longo processo. Segundo a jornalista portuguesa Matos (2015), Angola que também fora colonizado por Portugal vivenciou uma trajetória de descolonização dramática e sangrenta, a qual por ora experimentava ser uma manifestação de colonialismo, mas que se transformou no palco de guerras civis dentro do país, comandados por três partidos MPLA (Movimento Popular de Libertação de Angola, que atualmente está no poder), FNLA (Frente Nacional de Libertação de Angola) e UNITA (União

Nacional para a Independência Total de Angola), que estiveram em guerra pelo comando político, esse cenário de descolonização se deu nos anos 1974 e 1975, pois a guerra perdurou por anos.

Os portugueses que viviam em Angola fugiram, deixando para trás suas casas, empresas, entre outros empreendimentos e pertences, uma vez que temiam pelo bem maior: a vida, a corrida era então uma questão de sobrevivência, assim como, apresenta Matos (2015) em "Tirem-nos daqui" que pediam os portugueses aos governantes medidas emergenciais como voos diários com pontes aéreas diretamente a Portugal, para que pudesse dar vazão aos milhares de cidadãos portugueses que faziam filas nos aeroportos, enquanto nas ruas de Angola misteriosamente pessoas desapareciam, sucediam raptos, outros eram queimados vivos, entre outras barbaridades, e violações aos direitos humanos.

Em suma, os portugueses saíram de Angola porque fugiam do cenário que estavam vivenciando de extrema violência, ao invés desse, expõe Gouveia (2014, p. 28) que: "um dos principais objetivos de III República Democrática, implantada em Portugal a partir da Revolução de 25 de Abril de 1974, foi o da descolonização dos povos e territórios de África", desta forma, pressupondo que esse fato teria se constituído por um movimento pacífico orquestrado por Portugal, todavia, em análise o que se percebeu através de jornais da época, que antes de terem seus jornalistas expulsos e, que inicialmente ainda conseguiam emitir notícias, na realidade, tratava-se do clamor social majoritariamente branco visando o retorno a Portugal, como já dito pelo anseio e proteção de suas existências e, esse então passara longe de ser um ato patriota português.

A independência política de Angola somente resultou em 11 de novembro de 1975. Aduz, Miranda (2010, p. 14) sobre o longo processo de transição constitucional que "no caso de Angola, a mudança de regime deu-se em 1991 com os chamados acordos de Bicese, que desembocariam nas eleições de 1992". O grupo UNITA não aceitou o resultado dessas eleições, motivo pelo qual esteve em confronto até o armistício e, a paz tão almejada só foi obtida em 2002, com o fim das guerras internas no país seguido da morte do chefe do grupo UNITA. Nesse momento, o país começou a caminhar para o desenvolvimento, mas foi no ano de 2008 que se deu demasiado avanço com o estabelecimento do Tribunal Constitucional, o qual findou na Constituição da República de Angola de 5 de fevereiro de 2010 e, que anterior a essa tinha-se a lei constitucional que foi promulgada em 1992, a qual parte dessa foi aproveitada na vigente Constituição.

Fechado esse primeiro momento histórico do processo constitucional de Angola, buscou-se analisar os aspectos comparatistas da carta magna Africana e, tendo como referência o trabalho de José Melo Alexandrino em o Novo Constitucionalismo Angolano (2013), o qual em vários momentos traz como conteúdo que a Constituição da República de Angola (CRA) os direitos e garantias fundamentais inerentes ao ser humano e, deixa evidente que esse movimento não só advém das violações sofridas no país historicamente, com a elaboração Carta Africana de Direitos do Homem e dos Povos de 21 de outubro de 1986, mas como o país ter consentido com a Carta retro que foi gerada após o marco de 1948, precisamente o dia 10 de novembro de 1948 com a Declaração

Universal de Direitos Humanos, onde fora expostos por Alexandrino (2013, p.112 e 113) que:

> Tendo Angola ratificado a Carta Africana de Direitos do Homem e dos Povos, instrumento que dispõe desde 2006 da assistência de um tribunal (o Tribunal Africano dos Direitos do Homem e dos Povos), dispõem ainda os cidadãos, e naturalmente também os estrangeiros, desse importante nível suplementar de protecção. **Uma pessoa sob a jurisdição do Estado angolano que alegue a violação de um dos direitos protegidos na Carta Africana (ou em outros tratados de direitos humanos), pode, uma vez esgotados os recursos internos, apresentar uma queixa ao Tribunal Africano dos Direitos do Homem e dos Povos, caso o Estado angolano tenha expressamente admitido a possibilidade da queixa individual.** Na hipótese de essa declaração não ter sido feita, o interessado poderá sempre apresentar uma comunicação à Comissão Africana de Direitos do Homem e dos Povos, com base na referida violação. Esta interacção e "cooperação estratégica" entre os mecanismos internos e os mecanismos externos de protecção é, segundo me parece, verdadeiramente querida tanto pelo Direito internacional como pela nova Constituição da República de Angola". (p. 112 e 113, **grifo nosso**).

Em contraponto, Bacelar (2014, p. 51), no tocante à efetividade dos direitos fundamentais (ligado aos direitos humanos), expõe que existe um modelo de constitucionalismo de língua portuguesa, do qual um dos requisitos seria "a proteção razoável dos direitos fundamentais, mais na proclamação dos textos constitucionais do que na efetividade da prática administrativa ou judiciária", não é o caso exposto acima, conforme o texto sublinhado o indivíduo tem a possibilidade de pleitear o junto ao Tribunal Africano sem que tenha de passar pela Comissão, admitidos os requisitos para tal, e esse procedimento demonstra a magnitude que se dá para o indivíduo perante a violação dos direitos humanos. Ao exemplo, temos a Corte Interamericana de Direitos Humanos em que os procedimentos se iniciam na Comissão da Corte e, que é da "competência da Comissão examinar as comunicações, encaminhadas por indivíduo ou grupo de indivíduos, ou ainda entidade não governamental, que contenham denúncia de violação a direito consagrado pela Convenção" (PIOVESAN, p. 337). Portanto, esse modelo de constitucionalismo português no tocante à efetiva tutela dos direitos fundamentais não se percebe a luz do exposto, visto que é contraditório.

Alexandrino (2013, p. 12 e 13), apresenta características gerais da CRA, das quais elencamos as mais relevantes para o presente tema, que são:

> 1. Tanto no plano simbólico como no plano da decisão constituinte, a CRA dá uma particular aos *direitos e liberdades fundamentais*, quer no que toca ao seu reconhecimento (artigos 30º e seguintes e 76º seguintes), quer no que toca ao enunciado dos deveres de respeito, proteção e promoção (artigos 28º e 56.º, designadamente), quer no que toca à abertura aos direitos humanos (artigo 26º), quer no que toca ainda aos mecanismos de proteção (com destaque para o expresso reconhecimento do direito fundamental institucional de "defesa pública" e para a existência de um recurso extraordinário junto do Tribunal Constitucional; 2. O sistema de governo previsto na CRA é um *sistema especificamente angolano* (ou seja, é um sistema atípico), marcado por uma presidencialização de *facto*, num pano de fundo de

> personalização do poder e no quadro de um sistema multipartidário de partido hegemónico; 3. Sem deixar de receber influências e de se integrar nos sistemas jurídicos lusófonos, a CRA é também marcada, como em parte já foi notado [...], por certos elementos dos sistemas jurídicos africanos, nomeadamente a relevância concedida ao Direito consuetudinário (artigo 7.º) e o reconhecimento pelo Estado das estruturas do poder tradicional (artigos 223.º a 225.º), significativamente integradas no âmbito do poder local (Título VI da Constituição).

Ainda, segundo Alexandrino (2013, p.17), de primeiro momento as Constituições portuguesa e angolana demonstram similaridade por aproximação, visto a adaptação realizada no que concerne há alguns direitos embutidos no corpo dessas, todavia a CRA possui um delineamento característico, que as separa, é o caso:

> 1. A extensão do elenco de deveres fundamentais expressos, sejam eles deveres gerais (artigos 22º, n.º 3, e 52º, n.º 2) ou particulares (artigo 11.º, n.º 1,76º, n.º 1, in fine, e 88.º da CRA); 2. A existência de um conjunto significativo de reservas de lei restritiva e de limites directos previstos relativamente a algumas das principais liberdades (artigos 40.º, n. º3, 44º, n. º4, 46.º, n.º 1, 48.º, n.º 1, e 52.º, n.º 1); 3. A determinação expressa de um regime específico dos direitos económicos, sociais e culturais (envolvendo a progressividade da respectiva realização, a reserva de recursos disponíveis e a subsidiariedade); 4. A autonomização, em termos da sistemática adoptada, da matéria relativa à garantia de recursos disponíveis à garantia dos direitos e liberdades fundamentais; 5. A existência, na ordem constitucional angolana, de um mecanismo específico de protecção dos direitos, liberdades e garantias junto do Tribunal Constitucional: o recurso extraordinário de inconstitucionalidade.

Notadamente, por todo o exposto, não é viável manifestar que a Constituição da República de Angola segue um padrão único como influenciador de constitucionalismo ditado somente pela Constituição da República de Portugal de 1976, pois existem entre elas inúmeras discrepâncias, o qual em um viés menos atento pode passar, mas que não se pode deixar de observar o grande marco de 1948 que na visão de Piovesan (2014) “o advento da *International Bill of Rights,* como já visto, constituiu o marco do processo de proteção internacional dos direitos humanos. A partir dela, inúmeras outras Declarações e Convenções foram elaboradas [...]”, o que explica a existência do Tribunal Africano na carta magna angolana com respectivo realce, como representantes dos Direitos Humanos.

4 A INFLUÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS NO CONSTITUCIONALISMO *IN THE WORLD*

Como demonstrado anteriormente, o Constitucionalismo pode sofrer influências, é o caso do Brasil e Portugal na concepção de suas primeiras cartas, mas segundo Law e Versteeg (2012) não é correto aduzir que esse ou aquele é exclusivamente modelo de Constitucionalismo, sendo que os respectivos expõem:

> The notion that certain prominent constitutions influence the adoption and revision of constitutions elsewhere presupposes that there are, in fact, discernible patterns to the content of the world's constitutions. If constitutional content varies at random, it becomes difficult to argue that there exist widespread constitutional practices, much less that any particular constitution is responsible for shaping those practices[2].

Consequentemente, não faz se lógica a existência de "um modelo de Constitucionalismo de Língua Portuguesa" (GOUVEIA, 2014, p.51), ou seja, em análise pode-se afirmar que no Mundo as constituições não seguem um modelo específico de Constitucionalismo. Nesse modelo de Constitucionalismo português, ao qual arguiu Gouveia, denota-se que um dos elementos é "a existência de Constituições escritas", e novamente um equívoco, visto que a primeira constituição escrita foi a dos Estados Unidos da América de 17 de setembro de 1787(talvez o que queira expor o autor, é que a Constituição de 1822 de Portugal foi a primeira de matriz lusófono a ser escrita, nesse sentido estaria correto), portanto, hipoteticamente se existe um modelo de Constitucionalismo e que elenque a escrita como elemento, esse feito deve-se ao Americano e não ao Português, visto que o último foi posterior, e não foi constituído logo em seguida da americana, teve outros eventos constitucionais que também foram escritos, antes do desentranhar de 1822, ao exemplo da Constituição Francesa, de Cádiz, etc.

Law e Versteeg (2012) expõem que, historicamente, antes do término da Segunda Guerra Mundial, os direitos humanos internacionalmente eram totalmente ausentes, foi então que, em 1948, com a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos, notava-se apenas uma porção de tratados internacionais de direitos humanos, mas que eram soluções *ad hoc*, isto é, específico para o caso. À época, políticas de colonialismo impediam que se desse a propagação dos direitos humanos em âmbito internacional, não obstante, outra vertente importante, mas que, não se tinha uma pacificação mais clara sobre a noção universal dos direitos humanos, que era frustrado pelo domínio colonial. O mundo estava horrorizado com as atrocidades da Segunda Guerra Mundial. Então, nesse período, foi estabelecida uma espécie de regime internacional de direitos humanos. Em 1945, houve o estabelecimento da Nações Unidas que elaborou a Convenção sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio em 1948. Após esse marco, expandiu significativamente o número de tratados internacionais de direitos humanos.

Law e Versteeg mencionam ainda, que existe um rol de "direitos genéricos" que aparecem em mais 70% das constituições, e que esses direitos são ligados aos direitos fundamentais e humanos, por exemplo, liberdade religiosa, liberdade de imprensa e/ou expressão, garantia de igualdade, direito à propriedade privada, direito à privacidade, proibição de prisão arbitrária e detenção, direito de reunião, direito de associação, direitos das mulheres, entre outros. Sobre os direitos constitucionais genéricos, expressam os autores:

[2]A noção de que certas constituições proeminentes influenciam a adoção e revisão de constituições em outros lugares pressupõe que há, de fato, padrões discerníveis para o conteúdo das constituições do mundo. Se o conteúdo constitucional varia aleatoriamente, torna-se difícil argumentar que existem práticas constitucionais generalizadas, muito menos que qualquer constituição particular seja responsável por moldar essas práticas.

> A. Generic Constitutional Rights
> A significant number of constitutional provisions are so ubiquitous that they might fairly be called generic. This fact is immediately evident from Table 1, which ranks the components of the rights index according to their global popularity in 2006 and documents the growth in their popularity over the last six decades. The most popular, or generic, rights in the world are freedom of religion, freedom of expression, the right to private property, and equality guarantees. Each of these rights can be found in no less than 97% of all constitutions in force as of 2006. In addition, privacy rights, the prohibition of arbitrary arrest and detention, the rights to assembly and association, and women's rights are all found in over 90% of the world's constitutions. Nor are these the only rights that might fairly be described as generic: Each of the twenty-five most popular constitutional provisions appears in over 70% of all constitutions. The existence of a corpus of constitutional provisions that are shared by a wide majority of the world's constitutions can fairly be said to define a shared, or generic, global practice of rights constitutionalism. In other words, over 40% of the components of our rights index are relatively generic. (LAW; VERSTEEG, 2012) [3]

Identifica-se então que possivelmente esse seja um modelo de Constitucionalismo que possa ser seguido, ou talvez a existência de um meio norteador para as demais constituições, a partir dos tratados de direitos humanos, da Declaração Universal de Direitos Humanos, e outros do seguimento que não só defendem os direitos humanos, mas que são resultados da incivilidade humana que foi o fator gerador para que houvesse algo que resguardasse a humanidade de seus próprios atos, como já dizia Thomas Hobbes "o homem é o lobo do homem". Hoje, as barreiras do passado quanto aos direitos humanos foram superadas, com a criação de institutos que fiscalizam e protegem esses direitos, é o exemplo:

> Today, there exist over one hundred multilateral treaties on human rights, which are in turn supplemented by a host of international declarations, comments, interpretations, decisions, and pronouncements that enjoy "soft law" status and further specify treaty norms. The prospects for monitoring compliance and enforcing this expanding corpus of law, meanwhile, have brightened thanks to the proliferation of such mechanisms as human rights committees, optional protocols, individual complaint procedures, and special rapporteurs.

[3]Um número significativo de dispositivos constitucionais é tão onipresente que pode ser chamado de genérico. Esse fato é imediatamente evidente na Tabela 1, que classifica os componentes do índice de direitos de acordo com sua popularidade global em 2006 e documenta o crescimento de sua popularidade nas últimas seis décadas. Os direitos mais populares ou genéricos do mundo são a liberdade religiosa, a liberdade de expressão, o direito à propriedade privada e as garantias de igualdade. Cada um desses direitos pode ser encontrado em nada menos que 97% de todas as constituições em vigor a partir de 2006. Além disso, os direitos de privacidade, a proibição de prisão e detenção arbitrárias, os direitos de reunião e associação e os direitos das mulheres mais de 90% das constituições do mundo. Esses não são os únicos direitos que podem ser descritos como genéricos: cada uma das vinte e cinco disposições constitucionais mais populares aparece em mais de 70% de todas as constituições. A existência de um conjunto de disposições constitucionais que são compartilhadas por uma ampla maioria das constituições do mundo pode ser razoavelmente definida como uma prática global compartilhada ou genérica de constitucionalismo de direitos. Em outras palavras, mais de 40% dos componentes do nosso índice de direitos são relativamente genéricos.

> These efforts at the global level have also been paralleled at the regional level, in the form of detailed rights regimes specific to Europe, the Americas, Africa, and the Caribbean. (LAW; VERSTEEG, 2012)[4]

Tendo em vista que a partir de 1948, com o surgimento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, houve um movimento da maioria das constituições no mundo em empenhar-se com a garantia desses direitos, observado a tragédia da Segunda Guerra Mundial e o horror que foi o holocausto. Isto posto, é quase que seguramente afirmar que existe um movimento constitucional *in the world* (no mundo) que segue os direitos humanos internacionalmente para que no presente ou no futuro, a humanidade volte a cometer os erros do passado.

Contudo, a simples existência de normas garantidoras de direitos fundamentais não impede que os direitos humanos possam ser violados, embora a sua violação implique em punição ao infrator. No mais, a certeza do resguardado dos direitos humanos intrínsecos a cada cidadão daquele pacto contratual confere a ele uma sensação de segurança e liberdade.

Alegam os autores que alguns países são mais suscetíveis ou não a influências internacionais advinda dos Direitos Humanos, mas que isso vai se delineando segundo a democracia de cada país:

> For example, a country that revises its constitution frequently might be expected to have a constitution that is more in sync with the latest human rights treaties. Likewise, there are several reasons why a country that has actually ratified a treaty might be more inclined to incorporate the provisions of that treaty into its constitution than a country that has not ratified the treaty. The constitutional impact of human rights instruments may also depend upon deeply rooted characteristics of a country's legal and political system. Scholars have suggested, for example, that democracies may be more likely to incorporate their treaty commitments into their constitutions than non-democratic countries. Similarly, whether a country possesses a common law system may affect its susceptibility to the influence of human rights treaties (LAW; VERSTEEG, 2012)[5].

[4]Hoje, existem mais de cem tratados multilaterais sobre direitos humanos, que por sua vez são complementados por uma série de declarações internacionais, comentários, interpretações, decisões e pronunciamentos que desfrutam do status de "soft law" e especificam as normas do tratado. As perspectivas de monitorar o cumprimento e aplicar este corpus de lei em expansão, por sua vez, foram intensificadas graças à proliferação de mecanismos como comitês de direitos humanos, protocolos opcionais, procedimentos de reclamação individuais e relatores especiais. Esses esforços em nível global também foram acompanhados em nível regional, na forma de regimes detalhados de direitos específicos para a Europa, as Américas, a África e o Caribe.

[5]Por exemplo, pode-se esperar que um país que revise sua constituição frequentemente tenha uma constituição que esteja mais em sintonia com os mais recentes tratados de direitos humanos. Da mesma forma, existem várias razões pelas quais um país que realmente ratificou um tratado pode estar mais inclinado a incorporar as disposições desse tratado em sua constituição do que um país que não ratificou o tratado. O impacto constitucional dos instrumentos de direitos humanos também pode depender de características profundamente enraizadas do sistema legal e político de um país. Os estudiosos sugeriram, por exemplo, que as democracias podem ser mais propensas a incorporar seus compromissos de tratado em suas constituições do que os países não democráticos. Da mesma forma, se um país possui um sistema de direito comum pode afetar sua suscetibilidade à influência dos tratados de direitos humanos.

Para encerrar, em diagnóstico desse tópico, percebe-se, no geral, que as constituições foram se moldando através da "Carta Internacional dos Direitos Humanos" que é composta pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, e o Pacto Internacional sobre Direitos Sociais e Culturais, também pelos tratados de direitos humanos, e outras garantias que versem sobre o tema.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da análise obtida pela leitura dos autores do qual foi possível a idealização desse trabalho, é notável que embora historicamente uma constituição tenha influenciado na outra em vários momentos, na atualidade é difícil que ocorra, ao modo que no primórdio das constituições não se tinha uma noção do que seguir e como essa se daria, não se tinha até noções de direitos que hoje são pacificadas, por isso a existência de influências, ou até mesmo o que chamamos hoje de *ipsis litteris*, é o caso da constituição do Brasil de 1824 que foi levada para Portugal para que fosse copiada no ano de 1826, como exposto no item 2.

Ressalta-se que são notórios os argumentos expostos por Gouveia (2014, p. 48) em relação aos pontos de convergência do constitucionalismo de língua portuguesa, que são: "o procedimento constituinte, a hiper-rígidez do texto constitucional, a proteção dos direitos fundamentais e o funcionamento da economia social de mercado". Todavia, pode-se afirmar que outros documentos influenciaram as constituições, como as Declarações de Direitos Humanos, bem como os conflitos internos que levaram os países lusófonos a adotar diferentes formas de governo e de Estado, inviabilizando que todos sigam um único modelo.

Analisou-se ainda que, em todos os momentos, sempre houve em algum tipo de conflito, seja no absolutismo da época de D. Pedro I, na Segunda Guerra Mundial ou nas guerras internas de Angola, e se alerta que esses foram apenas três momentos. Portanto, neste breve artigo não se consegue pesquisar demais constituições, mas averiguou-se que uma pluralidade de constituições do mundo são influenciadas pelas Declarações de direitos humanos. No Brasil, por exemplo, a Constituição promulgada em 1988 foi uma carta criada após mais de duas décadas vividas sob o regime militar, que dentre outros fatores gerou supressão de direitos fundamentais, cenários de torturas, perseguições políticas, entre outros fatores lastimáveis que, mesmo após anos da cessação têm-se repercussões negativas. Logo, no início dos ensaios da criação da atual Constituição brasileira, relembrou-se o período sombrio da ditadura, e o então texto Constitucional foi elaborado sob a democracia, em que a carta magna atentou-se a todo histórico vivido há poucos anos antes de sua promulgação e pelo seu conteúdo ficou conhecida como Constituição cidadã.

No mesmo sentido, Angola na criação de sua primeira e atual Constituição de 2010, observou os eventos históricos de um passado não tão distante, e gerou uma carta magna que expõe no preâmbulo resquícios do passado, para que não se reproduzam no futuro. Sendo assim, utilizam-se desses mecanismos (Direitos Humanos) para que não ocorram erros como do passado, e assim zelando pelos direitos de cada cidadão contra ação arbitrária do Estado.

Por fim, as cartas de matriz lusófono possuem um aspecto familiar de constitucionalismo, contudo, não se moldam apenas na influência constitucional de Portugal, mas também sob a influência de documentos em direitos humanos. Entretanto, o Estado pondera como critério conforme suas necessidades e os contrabalanceia. Hoje, essa ponderação é tendenciosa, em aspectos gerais pende para o viés dos Direitos Humanos, como visto no item 4. No mais, observa-se que na elaboração das cartas há quase sempre influências externas, ao exemplo do item 1, e por esse motivo não se pode afirmar que existe uma única influência, visto a pluralidade de interferências.

6 REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, José Melo. **O NOVO CONSTITUCIONALISMO ANGOLANO.** 2013. Disponível em: <https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_constitucionaliosmoangolano_2013.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2018.

BONAVIDES. Paulo. **AS NASCENTES DO CONSTITUCIONALISMO LUSO-BRASILEIRO, UMA ANÁLISE COMPARATIVA.** 2004. Disponível em:<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1510/9.pdf >. Acesso em: 25 jul. 2018.

CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

COMISSÃO AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. 1979. Disponível em:<http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/>. Acesso em: 24 jul. 2018.

GOUVEIA, JORGE BACELAR. **As Constituições dos Estados de Língua Portuguesa.** 4. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

MATOS, Helena. **Há 40 anos, o desespero dos retornados: tirem-nos daqui!.** 2015. Disponível em:<https://observador.pt/especiais/tirem-nos-daqui/>. Acesso em: 24 jul. 2018.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional Tomo I – O Estado e os sistemas constitucionais.** 2004. Disponível em:< http://www.resumos.net/ficheiros/ensino-superior/direito/fdul/direito-constitucional-i/tomo-1-o-estado-e-os-sistemas-constitucionais.doc>. Acesso em: 25 jul. 2018.

MIRANDA, Jorge. **A Constituição de Angola de 2010.** 2010. Disponível em:< https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/583-502.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2018.

PIOVESAN, FLÁVIA.**Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

S. LAW, David; VERSTEEG, Mila. **The declining influence of the united states constitution.** 2012. Disponível em:<http://www.nyulawreview.org/sites/default/files/pdf/NYULawReview-87-3-Law-Versteeg_0.pdf >. Acesso em: 04 ago. 2018.

AS INOVAÇÕES DO CPC/2015 NO TOCANTE ÀS TUTELAS JURISDICIONAIS DE COBRANÇA E A LÓGICA DE ESCOLHA IMPLÍCITA NA BUSCA PELOS PROCEDIMENTOS MAIS CÉLERES E EFICAZES

Janaína Cristian Gomes Gurevich[1]
Jonatas Matias Xavier[2]

RESUMO

O presente trabalho surgiu a partir da leitura do CPC/2015 no tocante as inovações trazidas em relação às tutelas jurisdicionais de cobrança. É cediço, a partir da leitura da exposição de motivos do Código Processual Civilista vigente, que o mesmo veio para alinhar-se com a Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, bem como com o princípio fundamental da celeridade processual, objetivando organizar o sistema processual civilista brasileiro. Tais inovações, ao que parece, têm interferência direta nas tutelas jurisdicionais de cobrança do CPC/2015. Frente a esse contexto, o tema estabelecido para o presente artigo depreende as inovações do CPC/2015 no tocante às tutelas jurisdicionais de cobrança. O problema o qual o presente artigo pretende solucionar pode ser evidenciado através do seguinte questionamento: existe uma lógica implícita no novo CPC a ser adotada na hora de buscar o adimplemento judicial de uma obrigação de maneira mais célere e eficaz? Por conseguinte, tem-se que o objetivo geral consiste em evidenciar se há uma lógica implícita no novo CPC a ser adotada na hora de buscar o adimplemento judicial de uma obrigação de maneira mais célere e eficaz. Ademais, quanto aos objetivos específicos, elencam-se os seguintes: explanar sobre a exposição de motivos do CPC/2015; conceituar tutela jurisdicional *latu sensu* e enumerar quais as tutelas jurisdicionais que podem ser utilizadas na cobrança judicial; dissertar sobre as inovações trazidas pelo CPC/2015 relativas às tutelas jurisdicionais de cobrança (tutela provisória, tutela monitória, tutela de conhecimento e tutela executiva) e, por fim, evidenciar o caminho a ser percorrido a fim de se alcançar a maior celeridade e efetividade possível no cumprimento da obrigação. Quanto à justificativa científica, tem-se que o presente trabalho de pesquisa é relevante não somente para o dia-a-dia da advocacia, mas também para a sociedade civil como um todo, visto que as inovações trazidas pelo Código de Processo Civil visam dar resposta às tutelas judiciais de cobrança através de um processo justo, efetivo e em consonância com os direitos e garantias fundamentais, trazendo, assim, para a sociedade uma maior segurança jurídica no adimplemento de uma obrigação. Por fim, faz-se mister ressaltar que o método utilizado na pesquisa foi o indutivo, pois partiu-se de análises específicas para chegar a uma conclusão

[1]Bacharel em Direito pela Universidade do Vale de Itajaí, Advogada do escritório Gurevich Advocacia; Ex-advogada do Sindicato dos Servidores Públicos Municipais da Região da Foz do Rio Itajaí; E-mail: gurevichadv@hotmail.com.
[2]Graduando do 9º período de direito pela Universidade do Vale de Itajaí, Integrante do grupo de pesquisa e extensão Paideia, estagiário do escritório Gurevich Advocacia. e-mail: jmxavier.adv@gmail.com

geral. Também foram utilizadas as técnicas de fichamento, categoria e conceito operacional como auxiliares na elaboração da redação.

Palavras-chave: Inovações. Tutelas Jurisdicionais de cobrança. Celeridade e eficácia no adimplemento das obrigações.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho surgiu a partir da leitura do CPC/2015 no tocante as inovações trazidas em relação às tutelas jurisdicionais de cobrança. É cediço, a partir da leitura da exposição de motivos do Código Processual Civilista vigente, que o mesmo veio para alinhar-se com a Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, bem como com o princípio fundamental da celeridade processual, objetivando organizar o sistema processual civilista brasileiro.

Tais inovações, ao que parece, têm interferência direta nas tutelas jurisdicionais de cobrança do CPC/2015. Frente a esse contexto, o tema estabelecido para o presente artigo depreende as inovações do CPC/2015 no tocante às tutelas jurisdicionais de cobrança. O problema o qual o presente artigo pretende solucionar pode ser evidenciado através do seguinte questionamento: existe uma lógica implícita no novo CPC a ser adotada na hora de buscar o adimplemento judicial de uma obrigação de maneira mais célere e eficaz? Por conseguinte, tem-se que o objetivo geral consiste em evidenciar se há uma lógica implícita no novo CPC a ser adotada na hora de buscar o adimplemento judicial de uma obrigação de maneira mais célere e eficaz.

Ademais, quanto aos objetivos específicos, elencam-se os seguintes: explanar sobre a exposição de motivos do CPC/2015; conceituar tutela jurisdicional latu sensu e enumerar quais as tutelas jurisdicionais que podem ser utilizadas na cobrança judicial; dissertar sobre as inovações trazidas pelo CPC/2015 relativas às tutelas jurisdicionais de cobrança (tutela provisória, tutela monitória, tutela de conhecimento e tutela executiva) e, por fim, evidenciar o caminho a ser percorrido a fim de se alcançar a maior celeridade e efetividade possível no cumprimento da obrigação.

Quanto à justificativa científica, tem-se que o presente trabalho de pesquisa é relevante não somente para o dia-a-dia da advocacia, mas também para a sociedade civil como um todo, visto que as inovações trazidas pelo Código de Processo Civil visam dar resposta às tutelas judiciais de cobrança através de um processo justo, efetivo e em consonância com os direitos e garantias fundamentais, trazendo, assim, para a sociedade uma maior segurança jurídica no adimplemento de uma obrigação.

Por fim, faz-se mister ressaltar que o método utilizado na pesquisa foi o indutivo, pois partiu-se de análises específicas para chegar a uma conclusão geral. Também foram utilizadas as técnicas de fichamento, categoria e conceito operacional como auxiliares na elaboração da redação.

2 ANÁLISE DA EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DO CPC/2015

No presente tópico, abordar-se-á a exposição de motivos do CPC/2015 no que tange a três pontos ímpares para esta pesquisa, são eles o alinhamento do novo código processual civil com a Constituição da República Federativa

Brasileira, o princípio da primazia da resolução do mérito como forma de obter o maior aproveitamento de cada processo em si mesmo e a simplificação e organização do sistema processual civilista vigente em relação ao sistema do Código Buzaid (1973).

O CPC de 2015 conferiu grande importância aos princípios fundamentais do processo, característica evidente não somente nos primeiros artigos, mas, também, na sua redação como um todo. Tais princípios servirão como premissa interpretativa de todas as técnicas trazidas na nova legislação.[3]

Desta forma, a referida lei instituiu um verdadeiro sistema de princípios que se soma às regras. Além disso, lhes determinou uma espécie de leitura sistêmica do processo civil vigente, qual seja uma leitura constitucional (ou embasada no processo constitucional democrático), tendo como grandes paradigmas o modelo constitucional de processo e seus desfechos, quais sejam: o devido processo legal (formal e substantiva), o contraditório, a ampla defesa e uma renovada fundamentação estruturada e legítima das decisões judiciais (art. 489, Novo CPC/2015).[4]

Outros dois pontos fundamentais na discussão daquilo que se pode chamar de *anima* (espírito) do CPC/2015 são os princípios da razoabilidade e da celeridade processual. A duração razoável de um processo está ligada à celeridade, mas também à solução integral do mérito, e, por solução integral, o CPC já esclarece que não se está falando apenas de decisão de mérito, mas na efetiva satisfação do direito, isto é, trata-se da regra da primazia do julgamento do mérito que induz o máximo de aproveitamento da atividade processual. Tal aspecto foi elencado ao CPC/2015 por conta da percepção de que não adianta simplesmente dar um rápido andamento às atividades, pois o trabalho mal feito induz ao retrabalho. Tal situação é facilmente visível durante o processo quando se profere, por exemplo, uma decisão de modo superficial ou com formalismo exacerbado que induz ao uso de recursos, reforma e refazimento do mesmo pronunciamento judicial.[5]

Em que pese seja notório que o direito de julgamento de mérito e a satisfação prática do direito não esgotam a garantia do acesso à justiça, é interessante ressaltar o que diz Alexandre Freitas Câmara relacionando a referida garantia ao exame do mérito das demandas judiciais:

> [...], sempre foi muito grande o número de decisões obstando o exame de mérito (de processos e de recursos), o que gerou até mesmo um movimento nos Tribunais que ficaria conhecido como "***jurisprudência defensiva***". A existência de uma jurisprudência defensiva, porém, com a criação de obstáculos ao exame do mérito de processos e recursos, acaba por contrariar o direito fundamental de acesso à justiça (aqui compreendido como garantia de acesso aos resultados a que o processo se dirige, e, pois garantia de obtenção de pronunciamentos de mérito e de satisfação prática dos direitos).[6] (***Grifos Acrescidos***).

[3]BAHIA, Alexandre M. F.; NUNES, Dierle. *et.al.* **Novo CPC**: fundamentos e sistematização. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 46
[4]Id., p. 46-47.
[5]Id., p. 164.
[6] CÂMARA, Alexandre F. O Princípio da Primazia da Resolução do Mérito e o Novo Código de Processo Civil. **Revista SÍNTESE Direito Civil e Processual Civil** ano XIII – nº 97 – set-out – 2015. Edição Especial – novo CPC. p. 9-16. 2015. p. 9-10

Por fim, cabe ressaltar que o CPC/2015 trouxe – tanto em sua estrutura, quanto em seu conteúdo – muitas inovações legislativas em relação ao CPC/1973. Destaca-se, nesse contexto, a existência de uma Parte Geral, cujos dispositivos, ao serem interpretados, dão azo à identificação de normas aplicáveis a todos os procedimentos civis. Dentro da Parte Geral do Código tem especial destaque um capítulo denominado "Das normas fundamentais do processo civil", composto pelos doze primeiros artigos do referido Código.[7]

Podem ser encontrados, neste capítulo, dispositivos cuja interpretação permite a afirmação de princípios e regras que fundamentam o direito processual civil brasileiro. No que concerne aos princípios, especificamente, não há – no CPC/2015 – grandes inovações, vez que todos esses princípios germinam na Constituição da República de 1988, e compõem o modelo constitucional de processo civil brasileiro. Em que pese tal fato, o CPC/2015 explicita esses princípios constitucionais – como os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões judiciais – ou apresenta seus corolários – como os princípios da boa-fé objetiva e da cooperação –, o que tem a vantagem evidente de deixar clara a necessidade de se desenvolver o processo a partir de um modelo constitucional.[8]

Em suma o CPC/2015 veio com a intenção de se alinhar com a Constituição da República, bem como com o objetivo de dar maior celeridade e efetividade às demandas judiciais. Neste sentido, ressaltou-se neste tópico a importância dos princípios em geral dispostos no CPC/2015 e do princípio da primazia da resolução de mérito especificamente como forma de explanar sobre o espírito deste Novo Código processual civilista.

2 CONCEITO DE TUTELA JURISDICIONAL *LATU SENSU* E ESPÉCIES TUTELAS JURISDICIONAIS DE COBRANÇA

Os objetivos do presente tópico consistem em conceituar tutelas jurisdicionais no sentido *latu* da categoria, bem como conceituar as tutelas jurisdicionais de cobrança, quais sejam: tutela provisória, tutela de conhecimento, tutela executiva e tutela monitória.

A Tutela jurisdicional *Latu sensu* é conceituada como o amparo conferido pelo Estado a quem tem razão no processo e diz respeito aos efeitos que se projetam para além do mesmo. Isto é, a tutela põe em relevo o resultado do processo e deve ser prestada àqueles que realmente estão amparados pelo direito material.[9]

---

[7] CÂMARA, Alexandre F. O Princípio da Primazia da Resolução do Mérito e o Novo Código de Processo Civil. **Revista SÍNTESE Direito Civil e Processual Civil** ano XIII – nº 97 – set-out – 2015. Edição Especial – novo CPC. p. 9-10.

[8] Id.

[9] ABREU, Leonardo S. de. **Direito ação e tutela jurisdicional**. Coleção Álvaro de Oliveira: Estudos de processo e constituição. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011. n. p. (E-book). Disponível em: < https://books.google.com.br/books?id=fztWDwAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=tutela+jurisdicional&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwibw6qfyd7cAhUGG5AKHdIVDNwQ6AEIOjAE#v=onepage&q=MARINONI&f=false>. Acesso em: 08 ago. 2018.

Nesse ínterim, cumpre também conceituar as tutelas jurisdicionais provisórias. No entanto, antes de adentrar na esfera conceitual desta categoria, é relevante ressaltar a reflexão de Barroso sobre a origem da mesma:

> Dentro de um mundo ideal, a tutela jurisdicional deveria ser sempre obtida de forma célere, após regular o desenvolvimento pleno de um processo que se assegura a cognição exauriente do juiz. Sucede que o tempo demandado pelo processo para seu término acabaria por deixar desamparadas duas situações específicas.
> A primeira delas seria a possibilidade de esse ***tempo causar prejuízos às partes*** ou ao ***próprio processo***. A segunda seria a falta de razoabilidade de se impor a alguém aguardar o tempo do processo quando seu ***direito violado é evidente***.
> Essas duas situações levaram o processo civil a estabelecer a possibilidade de obtenção da tutela jurisdicional ainda no curso do processo, a chamada tutela provisória. É ela assim chamada porque, como concedida no curso de um processo, tem sua validade e eficácia determinada e subordinada ao provimento jurisdicional final". (***Grifos acrescidos***).[10]

Por conseguinte, infere-se que toda tutela provisória sempre tratará da análise de dois elementos básicos, quais sejam: o perigo na demora do processo (*periculum in mora*) e a plausibilidade do direito pleiteado em sede de tutela provisória (*fumu bonni iuris*). Ambos se encontram em lados opostos de uma mesma balança, servindo não só como base para classificar os diferentes tipos de tutela provisória, mas também como requisitos para a concessão ou não do tipo de tutela provisória pretendido. Ademais, cumpre salientar que todas as espécies de tutelas provisórias podem ser obtidas em caráter antecedente (com a inicial) ou em caráter incidental (no curso do processo).[11]

A primeira subdivisão que existe nas atuais espécies de tutelas provisórias se dá entre a tutela de urgência e a tutela de evidência. A tutela de urgência pende para o lado da balança correspondente ao *periculum in mora* – perigo da demora –, já a tutela de evidência está mais voltada para o *fummus boni iuris*, isto é, para a probabilidade do direito pleiteado pela parte. A tutela de urgência, por sua vez, subdivide-se em satisfativa (antecipada) e cautelar. A primeira diz respeito a proteção do próprio direito contra a demora da cognição judicial. Já a segunda diz respeito à tutela do processo em si mesmo.

Prosseguindo na linha de raciocínio das espécies de tutelas jurisdicionais, tem-se que existe tradicionalmente uma subdivisão prática e teórica concernente ao processo judicial, qual seja, a de um "processo de conhecimento" e um "processo de execução", assim entendidas, respectivamente, como atividades jurisdicionais voltadas a reconhecer um direito (lesionado ou ameaçado) e as atividades jurisdicionais voltadas à realização concreta daquele direito, tal qual reconhecido.[12] Advirta-se, ainda, que o CPC/2015 trouxe, juntamente com esses dois modelos de processos, um arcabouço principiológico com ênfase nos direitos das pessoas de obterem, em tempo razoável, a solução integral do

[10]BARROSO, Carlos E. F. de M. **Processo Civil:** Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. (E-book).
[11]Id.
[12] BUENO, Cássio S. **Curso esquematizado de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil. 8 ed. v. 1. São Paulo Saraiva, 2014 . (E-book).

mérito das controvérsias de forma justa e efetiva, incluindo nesse contexto a atividade satisfativa (artigos 4º e 6º do CPC/2015).[13]

No que tange à tutela jurisdicional de conhecimento, tem-se que a mesma se concretiza, na prática, através do processo de conhecimento ou de cognição, que – a seu turno – consiste no instrumento ou veículo da pretensão da ação declaratória (CPC, arts. 19 e 20), da ação condenatória (CPC, arts. 491 e 495) e da ação constitutiva (negativa ou positiva – CPC, art. 505, I). Há também quem prefira a divisão quinária das ações cognitivas, a qual inclui, no rol supracitado, as ações executivas *lato sensu* e as ações mandamentais (CPC/2015, arts. 139, IV, 497, 498, 500, 501, 536, 537 e 538).[14]

Já no que concerne à tutela executiva, a mesma se efetiva através do processo de execução, que é o instrumento da pretensão e/ou da ação de execução de dar coisa certa, incerta ou de pagar quantia certa, ou, ainda, da execução de obrigação de fazer e/ou de não fazer alguma coisa (CPC/2015, arts. 318, parágrafo único, 771, parágrafo único, e 785).[15]

Passa-se, por fim, à explanação da tutela monitória. Ora, no que toca à esta espécie de tutela jurisdicional, tem-se que a mesma foi criada para aquelas situações em que, embora não exista título executivo, há concretamente forte aparência de que aquele que se afirma credor tenha razão. Por meio do procedimento monitório, busca-se a rápida formação do título executivo – um atalho para a execução –, naqueles casos em que, cumulativamente: (a) há concreta e marcante possibilidade de existência do crédito e (b) o Réu, regularmente citado, não apresenta defesa nenhuma.[16]

Secundariamente, a tutela monitória presta-se também à busca de um rápido cumprimento da obrigação pelo Réu. Para isso, previu-se a isenção de custas e honorários, em caso de pronto cumprimento do mandado monitório pelo Réu. Procura-se, assim, incentivá-lo com essa vantagem a não levar o processo adiante quando sabe que não tem razão.[17]

Ademais, são veiculáveis por meio de ação monitória as pretensões relativas ao pagamento de soma em dinheiro e à entrega de bem fungível ou coisa determinada móvel (Art. 1.102-A). Excluem-se as pretensões referentes a fazer, não fazer e entregar bens imóveis. Trata-se de mera opção do legislador. Essas outras pretensões poderiam perfeitamente ter sidos abrangidos pela tutela monitória, quando houvesse a prova escrita.[18]

Chegando ao fim do presente tópico, acentua-se que os objetivos específicos concernentes ao mesmo foram cumpridos, vez que se discorreu de forma sucinta sobre o conceito operacional de tutela jurisdicional *latu sensu* e sobre as espécies de tutelas jurisdicionais previstas no CPC/2015. Tais conceituações têm grande relevância na busca pelo adimplemento das

---

[13] OLIVEIRA, Valdeci M. de. O Poder Judiciário, o Código de Processo Civil de 2015, a Técnica da Cognição e as Tutelas Provisórias. Breves Considerações. **Revista SÍNTESE Direito Civil e Processual Civ**il, ano XIII – nº 97 – set-out 2015 Edição Especial – novo CPC. p. 22-57. 2015. p.

[14] Id., p. 24

[15] Id., p. 26

[16] VIEIRA, Artur D. A. V. **Anotações de processo civil II**: procedimentos especiais. p. 308. (E-book).

[17] Id.

[18] Id.

obrigações, sendo o domínio das mesmas, importantíssimo, aos operadores do direito e essencial à advocacia.

3 AS INOVAÇÕES NAS TUTELAS JURISDICIONAIS DE COBRANÇA TRAZIDAS PELO CPC/2015

Cabe, aqui, iniciar dizendo que não se tem a pretensão de exaurir o tema "inovações nas tutelas jurisdicionais trazidas pelo CPC/2015". Na verdade, o que este trabalho propõe é uma análise sumária das alterações trazidas pelo CPC/2015 a fim de dar o suporte teórico necessário para que, no tópico 4, possa-se se apresentar uma sugestão de um caminho a ser percorrido a fim de se alcançar a maior celeridade e efetividade possível nas tutelas jurisdicionais de cobrança, isto é, em consonância com o espírito do CPC/2015, conforme explanação em linhas anteriores.

Dentre todas as tutelas existentes, pode-se dizer que, logicamente, as provisórias são as mais almejadas. Tal indução se dá pela análise das tutelas sob a perspectiva da celeridade no adimplemento de uma obrigação. A principal mudança efetuada pelo CPC/2015, concernente às tutelas provisórias, além da sua unificação, foi a criação do instituto da estabilização da tutela satisfativa antecedente.

A estabilização da decisão concessiva de tutela é uma técnica de monitorização do processo civil brasileiro. A estabilização da tutela antecipada ocorre quando ela é concedida em caráter antecedente e não é impugnada pelo Réu, litisconsorte ou assistente simples (por recurso ou outro meio de impugnação). Se isso ocorrer o processo será extinto e a decisão antecipatória continuará produzindo efeitos, enquanto não for ajuizada ação autônoma para revisá-la, reformá-la ou invalidá-la. Nesse caso, não há, obviamente, resolução de mérito quanto ao pedido definitivo – até porque a estabilização se dá num momento em que esse pedido se quer foi formulado.[19]

A estabilização da tutela antecipada decorre de uma generalização da técnica monitória para situações de urgência e para a tutela satisfativa, na medida em que viabiliza a obtenção de resultados práticos a partir da inércia do Réu.

No regime do Código de Processo Civil anterior (Buzaid), existia emprego da técnica monitória em sede de procedimento especial voltado para a tutela de direitos a uma prestação (de pagar quantia e de entrega de coisa fungível ou coisa certa móvel) documentos em forma escrita despida de força executiva (art. 1.102 e ss. Do CPC/1973), direitos prestacionais evidentes. Devidamente instruída a inicial nestes termos, o juiz, mediante cognição ainda sumária, poderia expedir mandado determinando que o Réu cumprisse a obrigação em quinze dias ou se defendesse por embargos monitórios. Oferecidos os embargos, prosseguir-se-ia com procedimento ordinário. Não oferecidos os embargos no prazo (ou sendo rejeitados), a decisão que inicialmente ordenara a expedição de mandado de cumprimento da obrigação se revestiria de força executiva, assumindo a condição de título executivo judicial. Ou seja, inerte o Réu diante da evidência do direito auferido por cognição sumária, é dado ao

[19]BRAGA, Paula S.; DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: Teoria da Prova, Direito Probatório, Coisa Julgada e Tutela Provisória. 12. Ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p.684-685

autor um título executivo que autoriza a imediata e rápida efetivação do seu direito. Os artigos 700 e seguintes do CPC/2015 mantêm esse procedimento com alguns ajustes. A ação monitória é estendida, por exemplo, aos direitos a uma prestação de fazer e não fazer.[20]

Sucede que, ao mesmo tempo em que mantém e amplia a *ação monitória*, o legislador vai além e generaliza a *técnica monitória*, introduzindo-a no procedimento comum para todos os direitos prováveis e em perigo que tenham sido objeto de tutela satisfativa provisória antecedente. O modelo da ação monitória (arts. 700 a 702) deve ser considerado o geral – é possível, inclusive, pensar em um microssistema de técnica monitória, formado pelas regras da ação monitória e pelos arts. 303 a 304 do CPC, cujos dispositivos se complementam reciprocamente.[21]

A dúvida que surge é a seguinte: há vantagem para o Réu em permanecer silente, no caso da estabilização da tutela atecipada? Sim, há: diminuição do custo do processo. Por não opor resistência, não pagará as custas processuais (aplicação analógica do disposto no §1º do art. do art. 701 do CPC/2015) e pagará apenas 5% de honorários advocatícios de sucumbência (art. do art. 701 *caput* do CPC/2015).[22]

Prosseguindo com a explanação sobre as inovações das tutelas jurisdicionais de cobrança, passa-se para a inovação processual mais importante relativa a tutela de conhecimento. Ora, é pacífico que a ação que tem direta relação com as cobranças judiciais é, logicamente, a ação de cobrança. Nesse sentido, um dos institutos modificados pelo CPC/2015 que de alguma forma teve certa influência nessa espécie de ação foi o ônus da prova, principalmente no que tange à sua modalidade dinâmica.

O legislador brasileiro autoriza o juiz a, preenchidos certos pressupostos, redistribuir o ônus da prova, diante de peculiaridades do caso concreto. A redistribuição é feita caso a caso. É chamada, por isso, de *distribuição dinâmica do ônus da prova* – embora também seja dinâmica a distribuição feita por convenção das partes. A redistribuição judicial do ônus da prova pode ser feita de ofício e é impugnável por agravo de instrumento (art. 1.015, XI, CPC).[23.]

É preciso destacar que a regra é a distribuição legal do ônus da prova; a dinamização depende de decisão do magistrado, seja de ofício, seja a requerimento de uma das partes. Ou seja, a dinamização é excepcional e depende do reconhecimento dos pressupostos do §1º do artigo 373 do CPC/2015.[24.]

Antes mesmo da previsão da inversão do ônus probatório, parte da jurisprudência já entendia pela aplicabilidade do instituto nas relações civis não caracterizadas como consumeiristas.[25]

---

[20]BRAGA, Paula S.; DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: Teoria da Prova, Direito Probatório, Coisa Julgada e Tutela Provisória. 12. Ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 685

[21]Id.

[22]Id.

[23]Id., p. 139

[24]Id.

[25]"Não obstante o art. 333 do CPC [1973] delineie a responsabilidade do ônus da prova no processo, hodiernamente a jurisprudência, mitigando tal regra, entende haver situações em que a prova se torna demasiadamente para a parte de forma a impedi-la da desincumbência de

4 A SUGESTÃO DO CAMINHO A SER PERCORRIDO A FIM DE SE ALCANÇAR A MAIOR CELERIDADE E EFETIVIDADE POSSÍVEL NAS TUTELAS JURISDICIONAIS DE COBRANÇA

No último tópico do presente artigo não se pretende nada mais do que cumprir a finalidade previamente estabelecida para este artigo, ou seja, evidenciar se há uma lógica implícita no novo CPC a ser adotada na hora de buscar o adimplemento judicial de uma obrigação de maneira mais célere e eficaz, levando em consideração todos os apontamentos feitos nos tópicos anteriores.

Entende-se que existe sim uma lógica de escolha implícita no Novo Código de Processo Civil no que tange a qual ferramenta processual deva ser utilizada na busca pelo adimplemento de uma obrigação de maneira mais rápida e eficiente visando sua satisfação. Essa lógica de escolha tem como critério inicial identificar se já existe um título executivo e, se existe, quais as características desse título pelo qual se busca a satisfação da obrigação para, em um segundo momento, verificar quais as tutelas jurisdicionais mais rápidas e eficientes para alcançar seu adimplemento. Essa lógica de escolha nos parece ser a seguinte:

Caso não se tenha um título executivo (líquido, certo e exigível) a ordem de preferência (no sentido de ordem sucessiva) seria: 1 – Primeiramente, a análise da possibilidade da utilização das Tutelas provisórias; 2 – Posteriormente a Tutela Monitória; 3 – Por fim, caso não haja a possibilidade da postulação pelo direito através dos meios processuais anteriores ingressa-se no judiciário através da tutela do conhecimento.

Caso se tenha um título executivo (judicial ou extrajudicial), tem-se a possibilidade de requerer a concessão da tutela jurisdicional antes mesmo da postulação da ação de execução. Ainda, incidentalmente, a tutela de execução do título combinada com pedido de tutela provisória.

---

seu ônus probatório. Diante disso, consagrou-se a teoria essa a qual foi denominada de ***Teoria da Distribuição dinâmica do ônus da prova***, que inclusive encontra arrimo no princípio da Isonomia, Devido Processo Legal e Acesso à Justiça (art. 5º, *caput*, XIV e XXV, todos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988) ante a atribuição de ônus da produção da prova a quem detiver melhores condições de produzi-la, de acordo com a circunstância de cada caso". (TJPR, Agravo de Instrumento n.º 1171011-1, *DJ.* 10.06.2014). (***Grifos acrescidos***).

Neste mesmo sentido:

DECISÃO: Acordam os integrantes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso para, no mérito, dar-lhe provimento, afastando a inversão do ônus da prova prevista no artigo 6º, VIII, do CDC. EMENTA: ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS.INAPLICABILIDADE DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA PREVISTA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. SERVIÇO PÚBLICO PRESTADO DIRETAMENTE PELO ESTADO E CUSTEADO POR RECEITAS TRIBUTÁRIAS. RESSALVA, CONTUDO, ACERCA DA POSSIBILIDADE DE EVENTUAL REDISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO POR FORÇA DA ***TEORIA DINÂMICA DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA***. RECURSO PROVIDO. (TJPR – AI 1278206-0, 2ª Câmara Cível, Relator: Silvio Dias, Julgamento: 02.12.2014); (***Grifos acrescidos***).

Ademais é de se ressaltar, ainda, que o CPC/2015 trouxe inovações a fim de garantir maior eficácia no adimplemento de uma obrigação. Trata-se aqui especificamente das inovações trazidas na tutela jurisdicional executória.

Listam-se, aqui, as que consideram-se como as mais relevantes: 1) O nome do devedor pode ser levado a protesto e inscrito nos órgãos de proteção ao crédito a partir do momento em que transcorrer o prazo para o pagamento da obrigação após o trânsito em julgado; 2) Se no prazo de quinze dias não ocorrer o cumprimento voluntário da decisão proferida na fase do cumprimento da sentença, o débito será acrescido de multa de dez por cento e, também, de honorários advocatícios de dez por cento; 3) Incidente de desconsideração da personalidade jurídica (133 e ss. do cpc/2015 e artigo 50 do cc/2002); 4) penhora-online (sistema bacen-jud); 5) Penhora de quotas e ações da empresa devedora: 6) Leilão eletrônico (sites dos tribunais).[26]

Frisa-se, por derradeiro, que não se pretendeu exaurir a análise de todas espécies de cobrança *strictu sensu* – até mesmo porque a extensão de um artigo não permitiria fazê-lo, mesmo na hipótese de sintetizar o conteúdo ao máximo – mas sim instigar uma linha de raciocínio que nos parece estar implícita no Código processual civilista vigente.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Enfim, verificou-se, na pesquisa, que o CPC/2015 veio com a intenção de se alinhar com a Constituição da República, bem como com o objetivo de dar maior celeridade e efetividade às demandas judiciais. Neste sentido, ressaltou-se neste artigo a importância dos princípios em geral dispostos no CPC/2015 e do princípio da primazia da resolução de mérito especificamente como forma de explanar sobre o espírito deste Novo Código processual civilista. Ademais, discorreu-se, também, sobre o conceito operacional de tutela jurisdicional *latu sensu* e sobre as espécies de tutelas jurisdicionais previstas no CPC/2015, bem como sobre as inovações trazidos pelo Código em relação à essas mesmas tutelas.

Concluiu-se, portanto, que existe sim uma lógica de escolha implícita no Novo Código de Processo Civil no que tange a qual ferramenta processual deva ser utilizada na busca pelo adimplemento de uma obrigação de maneira mais rápida e eficiente visando sua satisfação. Essa lógica de escolha tem como critério inicial identificar se já existe um título executivo e, se existe, quais as características desse título pelo qual se busca a satisfação da obrigação para, em um segundo momento, verificar quais as tutelas jurisdicionais mais rápidas e eficientes para alcançar seu adimplemento.

6 REFERÊNCIAS

ABREU, Leonardo S. de. **Direito ação e tutela jurisdicional**. Coleção Álvaro de Oliveira: Estudos de processo e constituição. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011. (E-book).

[26]BRASIL. **Código de Processo Civil.** Lei: 13.105/2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 08. Agosto de 2018.

BAHIA, Alexandre M. F.; NUNES, Dierle. *et.al.* **Novo CPC**: fundamentos e sistematização. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. 423p.

BARROSO, Carlos E. F. de M. **Processo Civil**: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. (E-book).

BRAGA, Paulo S; DIDIER JÚNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatória, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 12. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

BRASIL. **Código de Processo Civil. Lei: 13.105/2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>.

BUENO, Cássio S. **Curso esquematizado de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil. 8 ed. v. 1. São Paulo Saraiva, 2014 . n. p. (E-book).

CÂMARA, Alexandre F. O Princípio da Primazia da Resolução do Mérito e o Novo Código de Processo Civil. **Revista SÍNTESE Direito Civil e Processual Civil**, ano XIII – nº 97 – set-out – 2015. Edição Especial – novo CPC. p. 9-16. 2015.

OLIVEIRA, Valdeci M. O Poder Judiciário, o Código de Processo Civil de 2015, a Técnica da Cognição e as Tutelas Provisórias Breves Considerações. **Revista SÍNTESE Direito Civil e Processual Civil**, ano XIII – nº 97 – set-out 2015 Edição Especial – novo CPC. p. 22-57. 2015.

TJPR – Agravo **de Instrumento 1278206-0**, 2ª Câmara Cível, Relator: Silvio Dias, Julgamento: 02.12.2014.

VIEIRA, Artur D. A. V. **Anotações de processo civil II: procedimentos especiais**. p. 308. (E-book). Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=Tz7EDAAAQBAJ&pg=PA54&dq=tutela+monit%C3%B3ria&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwiQ89a_ruLcAhUEGZAKHXhGBQEQ6wEINjAC#v=onepage&q=tutela%20monit%C3%B3ria&f=false>.

AS WRONGFUL LIFE CLAIMS E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Daniel Wolf[1]

RESUMO

Vida indigna é uma definição que encontra diversos problemas éticos e jurídicos, por sua vez, tal definição é usada para justificar uma ação que represente a vida como dano, as *wrongful life claims*. Os direitos fundamentais, por outro lado, tem como finalidade a promoção da vida digna, desta forma, as ações que invocam a vida indigna podem apresentam condições de incompatibilidade com os direitos fundamentais, portanto, a presente pesquisa trabalha com o seguinte problema: sob quais condições as *Wrongful Life Claims* podem promover ou reconhecer o afastamento de Direitos Fundamentais? Para desenvolver esta pesquisa, foi necessário a divisão do trabalho em partes, abordando a finalidade dos direitos fundamentais (seção 1), a origem e definição das *wrongful life claims* (seção 2) e abordar as consequências das formas de justificação e fundamentação das *wrongful life claims*, sob a perspectiva biopolítica (seção 3 e 4). Contribuindo, assim, para o esclarecimento da relação entre as *wrongful life claims* e os direitos fundamentais, clarificando as condições dessas ações com a promoção dos Direitos Fundamentais.

Palavras-chave: Biopolítica. Direitos Fundamentais. *Wrongful Birth. Wrongful Life. Wrongful Life Claims.*

1 INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais compreendem os direitos mais básicos de qualquer indivíduo, comumente bem representados nas normas constitucionais de qualquer Estado e, devem ser promovidas para o reconhecimento e acesso à vida digna.

Sob essa perspectiva, existem ações judiciais que reconhecem a vida como um dano, sobre tudo, circunstancias que compreendam ou reconheçam a impossibilidade de se chegar a uma vida digna, por conta de uma condição biológica específica, como são os casos das *wrongful life claims*.

O paradigma biopolítico existente atualmente, como possível consequência, pode promover ou reconhecer o afastamento de alguns direitos fundamentais, diante da introdução de novas técnicas e procedimentos ligados diretamente com a vida humana, como o exame de diagnóstico pré-natal (DPN) e, a forma de compreensão dessa interação na vida humana.

Assim, o objetivo do presente trabalho é responder o seguinte problema: sob quais condições as *Wrongful Life Claims* podem promover ou reconhecer o afastamento de Direitos Fundamentais? Desenvolver-se-á pesquisa com abordagem qualitativa, com destaque para o método dedutivo, sem prejuízo de aportes indutivos, com pesquisa eminentemente bibliográfica.

[1]Graduado em Direito pelo Centro Universitário Católica de Santa Catarina em Joinville. E-mail: daniel.wolf@catolicasc.org.br.

Para responder ao problema proposto, o presente trabalho necessita ser dividido em partes. A primeira tem o objetivo de esclarecer e analisar o papel dos direitos fundamentais, compreendendo suas finalidades. A segunda parte busca apresentar a origem das *wrongful life claims* e identificar no que consiste esses tipos de ações. A terceira parte tem por finalidade esclarecer o paradigma biopolítico e identificar as condições que o paradigma impõe sobre os direitos fundamentais, e como última parte, clarificar a fundamentação e justificativa das *wrongful life claims* com relação aos direitos fundamentais.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais possuem lugar privilegiado na Constituição brasileira, estando logo no início da Carta Magna estabelecendo parâmetros e critérios hermenêuticos para as demais normas.

Dentre as inovações, assume destaque a situação topográfica dos direitos fundamentais, positivados no início da Constituição, logo após o preâmbulo e os princípios fundamentais, o que, além de traduzir maior rigor lógico, na medida em que os direitos fundamentais constituem parâmetro hermenêutico e valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica, também vai ao encontro da melhor tradição do constitucionalismo na esfera dos direitos fundamentais (SARLET, 2012a, p. 227).

Essa importância conferida na Constituição brasileira é reflexo da própria finalidade dos direitos fundamentais, “no sentido de consagrar o respeito à dignidade humana, garantir a limitação de poder e visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana” (MORAES, 2013, p. 2), necessárias em toda e qualquer Constituição.

A partir dessas finalidades, os direitos fundamentais não estão apenas na esfera normativa de um Estado, mas também envolvidos por toda a comunidade, que expressa seus princípios e valores, sendo dever de todos, promove-las:

> Os *deveres fundamentais* – como já referido – guardam íntima (embora não exclusiva) vinculação com a assim designada dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Com efeito, já foi assentado que os direitos fundamentais, além de dizerem respeito à tutela e promoção da pessoa na sua individualidade, considerada como titular de direitos, representam valores da comunidade no seu conjunto, valores estes que o Estado e a sociedade devem respeitar, proteger e promover (SARLET, 2012a, p. 227).

Tais deveres fundamentais, dizem respeito a positivação plena desses valores e princípios, que além de direitos, devem ser exigidos perante o judiciário, quando necessário, de forma que promova a própria democracia:

> A constitucionalização dos direitos humanos fundamentais não significou mera enunciação formal de princípios, mas a plena positivação de direitos, a partir dos quais qualquer indivíduo poderá exigir a tutela perante o Poder Judiciário para a concretização da democracia. Ressalta-se que a proteção judicial é absolutamente indispensável para tornar efetiva a aplicabilidade e o respeito aos direitos humanos fundamentais previstos na Constituição Federal e no ordenamento jurídico em geral (MORAES, 2013, p. 3).

Veja-se que, para Moraes, não somente a positivação, mas a exigência dos direitos fundamentais é algo que fomenta a própria democracia, além de promover o que mais representa o valor de uma pessoa, "a previsão dos direitos humanos fundamentais direciona-se basicamente para a proteção à *dignidade humana* em seu sentido mais amplo" (MORAES, 2013, p. 03).

Direitos fundamentais são, então, as condições que tornam a vida uma vida digna, é o respeito e o reconhecimento em ser humano, "a intenção específica de consagração de um conjunto de direitos fundamentais é explicitar uma ideia de ser humano, manifestada juridicamente no princípio da dignidade da pessoa humana" (NOVELINO, 2014, p. 365). O que torna uma vida digna é justamente o respeito e a promoção dos direitos fundamentais, isto porque, está reciprocamente ligado com a dignidade da pessoa humana (NOVELINO, 2014, 365).

A dignidade humana como núcleo axiológico da Constituição brasileira, reconhece os direitos fundamentais como importante promoção de si, principalmente os direitos mais intensos com a dignidade, como a vida, liberdade e igualdade (NOVELINO, 2014, p. 366).

Assim sendo, tem-se por dignidade da pessoa humana a 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 sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2007, p. 383).

Nessas circunstâncias, cabe o reconhecimento e o respeito por esses valores fundamentais, que deverão ser levados em consideração nas tomadas de decisões, estabelecendo a dignidade da pessoa humana através do acesso aos direitos fundamentais, como critérios de decisão e legitimidade, longe de qualquer tendência de instrumentalizar qualquer pessoa.

A dificuldade que se evidencia, surge com a introdução de novas técnicas que possuem impacto direto na vida humana, como técnicas de manipulação genética, experimentos com humanos e o DPN. Não se tratam de ações que tenham finalidades negativas, mas a questão está justamente em estabelecer critérios e garantias para que se preserve a dignidade da pessoa e respeite os direitos fundamentais garantidos.

Para além do já referido reconhecimento de um direito geral ao livre desenvolvimento da personalidade, diretamente deduzido do princípio da dignidade da pessoa humana (já que o ser sujeito (titular) de direitos é, à evidencia, inerente à própria dignidade e condição de pessoa), tal ocorre, apenas para citar outro exemplo dos mais contundentes, com a proteção da pessoa humana, em virtude de sua dignidade, contra excessos cometidos em sede de manipulação genéticas e até mesmo fundamentação de um novo direito à identidade genética do ser humano, ainda não contemplado como tal (ao menos não expressamente e diretamente) no nosso direito constitucional positivo (SARLET, 2012b, p. 125-126).

Estabelece-se, portanto, os direitos fundamentais como aqueles direitos básicos para que se tenha uma vida digna, que promovam a dignidade e o valor

da vida humana, sobre tudo, diante das novas técnicas e direitos que possam surgir, sendo os direitos fundamentais condições que devem sempre ser exigidas e reafirmadas.

O problema estudado no presente trabalho, é quanto a essas novas técnicas, que de certa forma, promoveram ou instituíram novos direitos, como as *wrongful life claims*, ainda que pressupondo possibilidade jurídica, não necessariamente refletem uma promoção ou respeito pelos direitos fundamentais ou à dignidade.

3 AS *WRONGFUL LIFE CLAIMS*

O emprego de novas técnicas, como o DPN, permite o conhecimento das condições que o feto possui antes do seu nascimento, por outro lado, a possibilidade de interrupção da gestação diante de algumas condições, como a má-formação, justificam um direito de decisão dos genitores quanto aquele nascimento, por parte da criança, a má-formação pode justificar o início de uma vida como um dano, originando as *wrongful life claims* ou ações de vida injusta.

Nos Estados Unidos da América, por meio da *Fatal Accidents Act* (Lei dos Acidentes Fatais), no ano de 1846, originou-se a expressão *wrongful death* (morte injusta), que permitia que descendentes de vítimas de acidentes pudessem pleitear indenizações pela vida que não deveria ter sido extinta (GODOY, 2007, p. 12).

Em 1884, no caso *Dietrich v. Inhabitants of Northampton*, não foi reconhecido o pleito indenizatório de uma gestante que sofreu um aborto espontâneo causado por um acidente, haja vista a tecnologia da época não conseguir identificar o nexo causal do acidente com o aborto, além de o nascimento prematuro e a incompatibilidade de vida extrauterina justificaram a negativa do pedido (GODOY, 2007, p. 12-13), porém, tal jurisprudência veio a ser modificada.

Em 1946, o caso *Bonbrest v. Kotz*, marco inicial dos *fetal rights* (direitos do feto), reconheceu-se uma indenização por dano causado por um médico ao feto, (GODOY, 2007, p. 13), alterando a jurisprudência anterior. Ainda assim, o termo *wrongful life* foi utilizado somente em 1963, no caso *Zapeda vs Zapeda*, que generalizou-se em contraposição as *wrongful deaths*, significando as ações que invocassem a vida como dano (SIMÕES, 2010, p. 188).

As *wrongful lifes*, portanto, são ações propostas pela criança, que invocam a vida ou nascimento como dano. As *wrongful births*, por outro lado, reconhecem o direito de indenização dos genitores, privados da possibilidade de interromper uma gestação de um feto com má-formação, resultante de uma informação deficiente dos exames de DPN, invocando assim essa indenização contra o médico responsável (SIMÕES, 2010, p. 192).

Nesse sentido, as *wrongful lifes* e *wrongful births* se distinguem em razão do titularidade da ação, mas ambas invocam a vida como dano e a possibilidade do direito de um não nascimento:

O dano existencial pelo "direito de não nascer" se mostra nos casos de *wrongful birth* e a *wrongful life*, que podem levar a ações de indenização. A ação de *wrongful birth* é o pedido de perdas e danos contra o médico proposto pelos pais da criança, principalmente pelos custos elevados que são necessários para educar uma criança com problemas graves e incuráveis tanto mentais quanto

físicos. No *wrongful life*, o pedido é feito pela própria criança, geralmente representada por seus pais, em face do médico, pois vai ter que viver uma vida cheia de sofrimentos por ter nascido defeituosa, quando não deveria ter nascido – e só nasceu por negligência médica. Ou seja, o médico deveria, com os exames em mãos, ter avisado os pais sobre isso e estes, no caso, poderiam ter interrompido a gestação (LOPEZ, 2014, p. 295-296).

Certamente, as *wrongful life claims* são ações que demanda uma reflexão aprofundada, haja vista, abordarem muitos problemas éticos e jurídicos. No plano dos direitos fundamentais, por exemplo, questiona-se o direito à vida, a igualdade e justiça. Como resultado, impactam na legislação sobre os deficientes, questões eugênicas e limites do DPN. Esses tipos de ações ainda envolvem diferentes entendimentos jurisprudenciais.

Nos EUA, no caso *Gleitman v. Cosgrove*, em 1967, ação proposta pela criança, foi negada pelo tribunal americano, que entendeu ser impossível comparar a diferença entre vida deficiente e não vida, no mesmo sentido, o caso *Park v. Chessin*, que em primeira instancia, reconheceu o direito de uma criança de nascer livre de anomalias. A decisão veio a ser revogada posteriormente pois, a alternativa do nascimento com deficiência seria a não existência. Por outro lado, no caso *Curlender v. Bio- Science Laboratories*, de 1980, aceitou-se a *wrongful life* pois, reconheceu-se que a negligência médica conduziu um sofrimento e não um direito de não nascer (QUEIRÓS, 2016, p. 11-12).

No Reino Unido, no caso *Mckay v. Essex Area Health Authority*, em 1982, após o DPN errado, a genitora entrou com ação em nome da criança porém, a *wrongful life* foi negada por entender ser impossível de prever se a genitora abortaria a criança caso soubesse da má-formação, além do tribunal ser contra a política de uma vida deficiente ser inferior a uma normal, não podendo comparar, também, a extensão do dano entre deficiência e não existência (QUEIRÓS, 2016, p.12).

Na Alemanha e Holanda, tem-se o entendimento de que é possível uma indenização que comporte a diferença de custo entre uma criança normal e uma deficiente, além dos gastos médicos e educacionais, que compreende a *wrongful birth*. Por vez, na Holanda, no famoso caso *Baby Kelly*, o respectivo tribunal entendeu pela indenização não patrimonial à criança, que corresponderia ao impacto da deficiência no dia a dia e as limitações que acarretaram (QUEIRÓS, 2016, p.13 *et seq*).

Em Portugal, o STJ deparou-se por duas vezes com ações de vida injusta, a primeira decisão em 2001, de *wrongful life*, em que o tribunal entendeu que o direito de aborto são dos genitores, portanto não havia interesse da criança em indenização por falha no DPN, entendeu-se ainda, pela inexistência do direito de não nascer e a impossibilidade de invocar a vida como dano. Justificaram, também, que inexistisse legislação sobre a não existência, não cabendo aos pais como representantes intentarem a ação, e sim, aguardar a maioridade da criança.

Por outro lado, a segunda decisão, em 2013, foram ações de *wrongful life* e *wrongful birth*, sendo a primeira negada pela inexistência de um direito de não nascer, pelo médico não ter constituído a deficiência e porque o DPN não compreende o feto como "terceiro interessado" na relação contratual entre médico e gestante, enquanto para os pais, foi concedida indenização com

relação a tratamentos e educação especial e danos não patrimoniais (QUEIRÓS, 2016, p. 18 *et seq*).

O caso mais emblemático de *wrongful life*, é o francês *Arret Perruche*, onde foi reconhecido o direito de não existência, haja vista a falha no DPN impedir que a genitora de Nicolas Perruche interrompesse a gestação, vontade que tinha sido expressa. A ação foi julgada procedente, reconhecendo os danos emergentes da deficiência, abrindo amplas discussões sobre a eugenia, estatuto do deficiente e limites do DPN (QUEIRÓS, 2016, p. 16-17).

Tem-se como controversa as questões apresentadas pelas *wrongful life claims*, principalmente na forma de compreender um direito a indenização, como complementação dos cuidados excepcionais que uma pessoa deficiente necessita ou um legítimo direito de não existência. É dentro desse debate que a compreensão de alguns direitos fundamentais podem estar comprometidos.

4 A BIOPOLÍTICA E A COMPREENSÃO DA VIDA HUMANA

As *wrongful life claims*, compreendendo as ações de *wrongful life* e *wrongful birth*, dizem respeito a demandas que tem como pressuposto uma vida injusta ou indesejada, partindo da condição do feto de má-formação, a perda do direito de interromper a gestação ou um direito a não existência.

Sob essa perspectiva de vida injusta sob uma condição biológica, a análise a partir do paradigma da biopolítica, sobre as intervenções científicas na vida humana e acesso a novos conhecimentos e formas de controle e poder, sobre tudo, com a politização da vida, acabam por impactar nos direitos fundamentais, principalmente com relação a vida.

O homem ocidental aprende pouco a pouco o que é ser uma espécie viva num mundo vivo, ter um corpo, condições de existência, probabilidade de vida, saúde individual e coletiva, forças que se podem modificar, e um espaço em que se pode reparti-las de modo ótimo. Pela primeira vez na história, sem dúvida, o biológico reflete-se no político; o fato de viver não é mais esse sustentáculo inacessível que só emerge de tempos em tempos, no acaso da morte e de sua fatalidade: cai, em parte, no campo de controle do saber e de intervenção do poder (FOUCAULT, 2017, p. 154).

Até o que se compreendia sobre direito à vida, do poder soberano que existia sobre o direito à vida de um cidadão, não mais como um benefício da natureza, mas como um dom condicional do Estado (ROUSSEAU, 2013, p. 43), foi passando por transformações.

Essa antiga política foi maciçamente transformada no século XIX, mas não por um novo direito, antigo “fazer morrer ou deixar viver” mas por um poder inverso de “fazer viver e de deixar morrer” (FOUCAULT, 2010, pg 202).

Trata-se de um paradigma que busca por meio dessa nova tecnologia do poder, controle de processos de nascimento e de morte, longevidade e fecundidade de uma população. Tais processos aliados a problemas políticos e econômicos “constituíram, acho eu, os primeiros objetos de saber e os primeiros alvos de controle dessa biopolítica (FOUCAULT, 2010, p. 204).

> [...] direito de intervir para fazer viver, e na maneira de viver, e no ‘como’ da vida, a partir do momento em que, portanto, o poder intervém sobretudo nesse nível para aumentar a vida, para controlar seus

> acidentes, suas eventualidades, suas deficiências (FOUCAULT, 2010, p. 208).

Foucault apresentou uma lacuna com essa nova intervenção de poder sobre os indivíduos, sob uma forma de biopoder, tornou por lícita, dentro de suas proporções, o exercício da morte, principalmente pela condução do racismo.

Como exemplo histórico da humanidade, o nazismo que promoveu práticas eugênicas, tinha como biopolítica a defesa da vida de seu estado nacional, logo, o massacre que ocorreu possuía uma perspectiva lícita, dada a forma de defender a vida dos nacionais da época, tratava-se de uma defesa da vida biológica e não mais de um soberano (GODOY, 2007, p. 90).

Foi no racismo que Foucault denuncia o problema biopolítico e da possibilidade de intervenção na mortalidade. A morte que antes era fruto do poder soberano, foi deixada de lado pela biopolítica:

> Mas o racismo faz justamente funcionar, faz atuar essa relação de tipo guerreiro – "se você quer viver, é preciso que o outro morra" – de uma maneira que é inteiramente nova e que, precisamente, é compatível com o exercício do biopoder. De uma parte, de fato, o racismo vai permitir estabelecer, entre a minha vida e a morte do outro, uma relação que não é uma relação militar e guerreira de enfrentamento, mas uma relação do tipo biológico: "quanto mais as espécies inferiores tenderem a desaparecer, quanto mais os indivíduos anormais forem eliminados, menos degenerados haverá em relação à espécie, mais eu – não mais vigoroso serei, mais poderei proliferar". A morte do outro não é simplesmente a minha vida, na medida em que seria minha segurança pessoal; a morte do outro, a morte da raça ruim, da raça inferior (ou do degenerado, ou do anormal), é o que vai deixar a vida em geral mais sadia; mais sadia e pura (FOUCAULT, 2010, p. 215)

E portanto, não se trata de uma relação militar, guerreira ou política, mas de uma relação biológica (FOUCAULT, 2010, p. 215). Essa nova relação biológica, através do paradigma biopolítico, deixa algumas questões de licitude moral ou legitimidade nebulosas, tornando possível um "direito de matar".

Alguns casos como exemplo, certamente questionáveis, como a proposta da eutanásia geral de Binding (AGAMBEN, 2010, p. 132), usada como pano de fundo no regime nazista, que autorizou diversas intervenções em deficientes e doentes, além do programa genético que ocorreu na época. O pretexto era com base na "vida indigna de ser vivida", ou seja, no caso de indivíduos considerados incuravelmente perdidos, cuja suas vidas perderam valor (AGAMBEM, 2010, p. 133-134).

Por essa perspectiva, algumas questões atuais que envolvam tecnologia e o ser humano são motivos de críticas, justamente por receio de uma eventual instrumentalização e o não respeito de alguns direitos fundamentais e o valor da dignidade humana, no caso da presente pesquisa, a perspectiva das *wrongful life claims*, que tem como pressuposto a vida indigna ou indesejada. Nesse sentido, a abordagem analisada é uma eventual conduta eugênica e a seleção de indivíduos.

Platão já utilizava de elementos eugênicos que "por não dispor, na época, de uma tecnologia capaz de manipular a natureza biológica do homem" (DUTRA, 2005, p. 242), ou seja, utilizava o que dispusera na época, introduzindo os primeiros passos de seleção e disponibilização de indivíduos na pólis para

exercícios de determinadas funções, e que atualmente, passou-se a informações sobre dados biológicos e genéticos:

> Passados os anos e disponível a tecnologia de manipulação da base biológica do homem, *mutatis mutantis*, *Admirável mundo novo*, de Aldous Huxley, pode ser considerado como a *República* de Platão para a era da tecnologia genética. Se Platão usou da educação e da moral para fazer com que o estofo biológico do homem fosse usado da melhor forma possível uma comunidade política, Huxley pode dispensar tal uso, visto que a disposição tecnológica sobre os fundamentos biológicos do homem estavam se tornando aptos a suplantar a educação. (DUTRA, 2005, p. 242)

Esse progresso tecnológico sobre o ser humano "ampliam não apenas as possibilidade de ação já conhecidas, mas também possibilitam um novo tipo de intervenção." (HABERMAS, 2010, p. 17). Nesse sentido, cabe saber o modo com que tais progressos serão manejados, "de maneira *autônoma*, segundo considerações normativas que se inserem na formação democrática da vontade, ou de maneira *arbitrária*, em função de suas preferências subjetivas, que serão satisfeitas pelo mercado" (HABERMAS, 2010, p. 18).

Habermas discute em sua obra "O Futuro da Natureza Humana" questões relacionadas a uma eugenia liberal, em razão das novas técnicas genéticas existentes e, futuras técnicas que possam ser desenvolvidas, que resultem em um uso irresponsável, a depender "se a implementação dessas conquistas afeta a nossa autocompreensão como seres que agem de forma responsável e, em caso afirmativo, de que modo isso se dá" (HABERMAS, 2010, p. 18).

A dominação genética do ser humano que vem se desenvolvendo permitiria em um futuro, estabelecer características não naturais em novos seres, assim como, atualmente é capaz de detectar características que um novo individuo terá em seu nascimento, como é o caso do DPN, que informam eventuais más-formações.

Fato é, que esses avanços tecnológicos colocam em jogo "a *indisponibilidade* de um processo contingente de fecundação, com a consequente combinação *imprevisível* de duas sequências diferentes de cromossomos." (HABERMAS, 2010, p. 19). Ou seja, no contexto trazido por Habermas, a possibilidade de estabelecer e predeterminar características do novo indivíduo.

Esse domínio genético entende que, "os adultos passarem a considerar a composição genética desejável dos seus descendentes como um produto que pode ser moldado" (HABERMAS, 2010, p. 19), isto é, uma forma de seleção de características desejáveis.

Essa seleção de características, imputa uma problemática ética voltada a autocompreensão como seres humanos e a "espécie de disposição que interfere nos fundamentos somáticos da autocompreensão espontânea e da liberdade ética de uma pessoa e que, conforme pareceu até agora, só poderia ser exercida sobre objetos, e não sobre pessoas." (HABERMAS, 2010, p. 19), ou seja, uma espécie de novo domínio biológico.

Especificadamente sob essa estrutura, esse novo domínio biológico, é reflexo das *wrongful births*, haja vista o resultado da gravidez tornar-se indesejado, em razão das características do feto, não compreendendo as

expectativas dos genitores e responsabilizando os médicos por uma condição de má-formação:

> Essa nova estrutura de imputação resulta da confusão de limites entre pessoas e coisas como já ocorre hoje no caso dos pais de uma criança deficiente, que usam de uma ação civil para responsabilizar seus médicos pelas consequências materiais de um diagnóstico errado no pré-natal e exigem "indenização", como se a deficiência surgida contra a expectativa médica pudesse caracterizar um delito passível de ação por dano material. (HABERMAS, 2010, p. 19-20)

A problematização então, se faz justamente nessa confusão entre pessoas e coisas, parece que no caso das *wrongful births*, a possibilidade de interrupção da gestação passa-se a ser uma espécie de exercício do "princípio da seletividade", ao passo que os DPNs passariam a ser uma "eugenia de precaução", haja vista a condição do feto poder se tornar um eventual dano.

Como uma possível ilustração dos problemas do princípio da seleção, pode-se discutir a moralidade do DPN, definindo a partir de algum ponto de vista, a real finalidade desses exames, a necessidade ou não dos exames, se compreendem um preparativo do aborto, se é um meio de obter informações para uma condução adequada da gestação ou informar da melhor forma possível as condições da gravidez para a gestante tomar a melhor decisão (SGRECCIA, 2009, p. 360 *et seq*).

Certamente a questão que envolve o caso das ações de vida injusta, depende da finalidade da ação, devendo ser distinguido um pedido de indenização por uma condição biológica que possa parecer incompatível com a vida digna, de uma forma de exigência do cumprimento de direitos fundamentais.

5 FINALIDADE E JUSTIFICATIVA

A expressão "eugênico" quando referido ao aborto, está em desuso em razão da distinção com a ideologia nazista e, com a confusão do aborto terapêutico em razão da saúde psíquica e equilíbrio social da família da gestante, quando feto acometido com má-formação (SGRECCIA, 2009, p. 468). A distinção e a compreensão que se tem sobre as condutas é que exprimem as devidas consequências.

Como tratado na primeira parte do trabalho, direitos fundamentais dizem respeito as condições de uma vida digna, por outro lado, as *wrongful life claims* invocam como argumento a vida injusta, a vida indigna de um indivíduo. Esses termos com relação ao fundamento de determinado pedido e com a finalidade que se deseja, devem ser melhor esclarecidos, nesse sentido, a distinção que pode ser realizada sob a ótica da biopolítica e os direitos fundamentais, é diante de um direito à não existência e uma compensação por melhores condições do indivíduo.

A condição que relaciona os direitos fundamentais e as ações de vida injusta dizem respeito ao valor do ser humano e as condições de se ter uma vida digna. Quando se estabelece um critério biológico para a vida digna, corre-se o risco de determinar quais os indivíduos que tem direito à vida digna, logo, está-se diante do princípio da seleção, além de ser uma conduta discriminatória.

Sob o ponto de vista ético, a presença de uma malformação ou de uma deficiência não diminui em nada a realidade *ontológica* do nascituro; pelo

contrário, a presença de um estado de diminuição – como de uma doença – num indivíduo humano requer com maior motivo, em nome da sociedade, a proteção e a ajuda (SGRECCIA, 2009, p. 469).

E, a condição que estabelece entre uma postura legítima ou não entre os direitos fundamentais e as *wrongful life claims*, é a questão que está sendo trabalhada, na forma que não se trata de um direito à não existência mas, a vida com deficiência, por uma compensação pela "vida diminuída" (QUEIRÓS, 2016, p. 48), na qual o fundamento e a justificativa desse pedido é a reafirmação e a busca por melhores condições, tratamentos e afins e, não uma afirmação que uma condição biológica define se alguém tem o direito à vida digna.

A aceitação das ações baseadas em uma vida injusta possuem algumas críticas, pois, as mesmas reconhecidas da forma que são propostas, podem incentivar o aborto, no caso dos médicos para evitarem eventuais indenizações, ainda que indiretamente, influenciar na decisão, mesmo que caibam exclusivamente aos genitores (QUEIRÓS, 2016, p. 51).

A condição biológica que reflita em uma estado de vida indigna, como um feto acometido por má-formação, na lógica do direito ao aborto e da *wrongful birth*, compreende essa gestação como uma conduta indigna, logo, o direito de abortar se tornaria um dever moral do aborto (GODOY, 2007, p. 51-52).

A questão da discriminação não está necessariamente ligada a indenização ou ao direito de uma indenização. Certamente é de direito do indivíduo acometido com má-formação ter uma compensação, inclusive os pais, pela falta de informações adequadas e compensação nos gastos com a criança.

Por outro lado, o médico diante do erro também deve ser responsabilizado. Mas a questão é, atribuir uma condição biológica como dano ou condição que impossibilite uma vida digna, certamente se demonstra incompatível com os direitos fundamentais e, o que se busca é a melhor forma de promoção dos direitos fundamentais, da dignidade e promover um ambiente de relações democráticas.

6 CONCLUSÃO

A presente pesquisa tinha como objetivo tratar do seguinte problema: sob quais condições as *Wrongful Life Claims* podem promover ou reconhecer o afastamento de Direitos Fundamentais? Para isso, dividiu-se o trabalho em quatro partes.

Na primeira seção foi abordado os direitos fundamentais, direitos esses que são privilegiados na constituição em razão da sua importância e da sua relação com a dignidade humana, relação essa, de reciprocidade, haja vista que o respeito e a promoção da dignidade, enquanto possibilidade de uma vida digna, diz respeito a promoção e cumprimento dos direitos fundamentais, logo, direitos fundamentais representam os direitos base de um indivíduo para se ter uma vida digna.

Na segunda seção foi apresentada a origem das *wrongful life claims* e o seu conteúdo, que diz respeito a ações indenizatórias causadas geralmente por um diagnóstico pré-natal falho, onde os genitores ou a criança acometida pela má-formação, buscam indenizações invocando a vida como dano, que a condição de má-formação é de indignidade e que o nascimento não deveria ter ocorrido.

Na terceira parte do trabalho, clarificou-se o paradigma biopolítico existente atualmente, na qual, promove-se críticas em razão da forma com que as novas tecnologias são empregadas na vida humana, sobre tudo, com a possibilidade de condutas eugênicas, mas que não venham a representar um ilícito propriamente, dentro de um Estado ou de uma sociedade.

Na última seção foi abordado a fundamentação e justificativa das ações, demonstrando a relação entre o reconhecimento das ações de *wrongful life claims* e a promoção dos direitos fundamentais, sobre tudo, esclarecendo o equívoco de fundamentar as ações com base na vida indigna e, devendo-se exigir o cumprimento dos direitos fundamentais.

Abordada as condições da relação entre direitos fundamentais e as *wrongful life claims*, estas ações possuem uma perspectiva de que um indivíduo não deveria ter nascido por conta de sua condição biológica, essa condição é uma afronta aos direitos fundamentais, pois apresenta uma perspectiva discriminatória, que viola a igualdade, atribui o *status* de vida indigna, afronta o direito à vida e sua qualidade e, principalmente, viola a dignidade humana.

Os direitos fundamentais por outro lado, visam promover a vida digna, o cumprimento dos direitos fundamentais promovem a dignidade. A exigência desses direitos é o que promove a própria democracia, dando condições de cada indivíduo ter sua identidade diante da sociedade, que cada indivíduo possa exercer suas liberdades com autonomia e igualdade.

É possível compreender uma indenização nas hipóteses trabalhadas, de *wrongful birth* e *wrongful life*. Certamente quando um médico falha no diagnóstico pré-natal, o mesmo causa um dano, como a perda da chance da interrupção da gestação, ou de uma vida, que por decisão dos pais, seria poupada de um sofrimento por causa de sua condição biológica, porém, tais hipóteses não justificam que um indivíduo seja considerado indigno, mais especificadamente, que uma condição biológica seja considerada motivo de impossibilidade de se ter uma vida digna.

A distinção, necessária, na justificava dessas demandas mudam as perspectivas e as consequências com relação aos direitos fundamentais. Fundamentar uma demanda com base na vida indigna, nas hipóteses das *wrongful life claims*, como consequência possui um caráter eugênico, ainda que não seja a finalidade. Por outro lado, a afirmação de que um indivíduo é digno e possui direito à vida digna, independentemente de sua condição biológica, é promover a dignidade, é afirmar e exigir o cumprimento dos direitos fundamentais.

Conclui-se, portanto, as condições que compreendem o afastamento dos direitos fundamentais diante das *wrongful life claims*, se devem ao fato de que tais ações reconhecem um critério biológico como impossibilidade de uma vida digna e, além de considerar um direito de não existir, mitigando o direito à vida, igualdade, justiça e dignidade. Por outro lado, é possível exigir o cumprimento dos direitos fundamentais como forma de compensar a condição daquele indivíduo e lhe proporcionar a vida mais digna possível.

7 REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua I; tradução de Henrique Burigo. – 2. Ed. – Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

DUTRA, Delamar José Volpato. **Razão e Consenso em Habermas**: a teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais; tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. 2ª ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

FOUCAULT, Michel. **Em Defesa da Sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976); tradução de Ermantina Galvão. 2ª. Ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade 1**: A vontade de saber; tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. – 6ª ed. – Rio de Janeiro/São Paulo, Paz e Terra, 2017.

GODOY, Gabriel Gualano de. **Acórdão Perruche e o direito de não nascer**. 2007. 133 f. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito, área de concentração em Direito das Relações Sociais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba: UFPR, 2007. Disponível em: http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/12026/nao_nascer_FINAL.pdf;jsessionid=CA48C370DCD05B523CA8E399CF42F13E?sequence=1.

HABERMAS, Jürgen. **O Futuro da Natureza Humana**: a caminho de uma eugenia liberal?: tradução Karina Jannini; revisão da tradução Eurides Avance de Souza. – 2ª. ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

JONAS, Hans. **Técnica, Medicina e Ética**: sobre a prática do princípio responsabilidade; tradução do Grupo de Trabalho Hans Jonas da ANPOF. – São Paulo: Paulis, 2013.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**; tradução Leopoldo Holzbach. – São Paulo: Editora Martin Claret, 2003.

LOPEZ, Teresa Ancona, **Dano Existencial**, Revista de Direito Privado | vol. 57/2014 | p. 287 - 302 | Jan - Mar / 2014.

MORAES, Alexandre de, **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. – 10. Ed. – São Paulo: Atlas, 2013.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. - 9. Ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

QUEIRÓS, António José Alves Gonçalves de. **AS ACÇÕES DE WRONGFUL LIFE E A LE GITIMIDADE DAS SUAS PRETENSÕES**. Dissertação

apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito, na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses. Universidade de Coimbra; Coimbra, 2016. Disponível em: https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/35115/1/As%20Accoes%20de%20Wrongful%20Life%20e%20a%20Legitimidade%20das%20suas%20Pretensoes.pdf.

SANDEL, Michael J. **Contra a Perfeição**: ética na era da engenharia genética; tradução Ana Carolina Mesquita. – 1. Ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012a.

SARLET, Ingo Wolfgang. **As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana**: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. Revista Brasileira de Direito Constitucional n. 9, jan./jun. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang, **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. Ed. ver. Atual. 2. Tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012b.

SGRECCIA, Elio. **Manual de Bioética**: fundamentos e ética biomédica. Tradução de Orlando Soares Moreira. – 3ª. ed. – São Paulo: Edições Loyola, 2009.

SILVA, Sara Elisabete Gonçalves da. **Vida Indevida (*Wrongful Life*) E Direito À Não Existência**. Lusíada. Direito. Revista de Direito, n. 14, 123-155, 2015; Disponível em: http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/ldl/article/view/2384.

SIMÕES, Fernando Dias, **Vida Indevida? As Acções por *Wrongful Life* e a Dignidade da Vida Humana**. *Tékhne* – Revista de Estudos Politécnicos, Vol VIII, nº 13, 187-203, 2010; Disponível em: http://www.scielo.mec.pt/pdf/tek/n13/n13a10.pdf.

CLÁUSULAS DE ABERTURA NO CONSTITUCIONALISMO LATINO AMERICANO: COMPROMISSO COM A PROTEÇÃO MULTIDIMENSIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Layra Linda Rego Pena[1]
Milena Petters Melo[2]

Palavras-chave: cláusula de abertura; constitucionalismo latino americano; direitos humanos.

1 INTRODUÇÃO

Diante das mudanças que o constitucionalismo latino americano tem trazido para a teoria constitucional nas últimas décadas e considerando a importância das cláusulas de abertura para a concretização da proteção multidimensional dos direitos humanos, buscou-se com esse estudo identificar se as constituições do Equador (2008) e Bolívia (2009) possuem, tal qual a Constituição Brasileira de 1988 (CF/88), cláusulas que permitem o diálogo com o sistema internacional de defesa dos direitos humanos, viabilizando, assim, sua proteção multidimensional. Para tanto, foi utilizado o método do núcleo comum em direito comparado. O artigo se estrutura em três partes. Na primeira parte, com o intuito de trazer uma definição do objeto de estudo, foi levantado um breve histórico do surgimento das cláusulas de abertura. Em seguida, aplicando a metodologia supramencionada, buscou-se nas constituições do Equador de 2008 e da Bolívia 2009, dispositivo similar ao encontrado nos parágrafos 2º e 3º do artigo 5º da CF/88. A última parte se deu no intento de instigar o pensamento acerca de três questões que são consequências da incorporação constitucional do sistema internacional de proteção aos direitos humanos, através das cláusulas de abertura, nas constituições andinas.

[1]Acadêmica da 6º fase no curso de direito na Fundação Universidade Regional de Blumenau. Bolsista no projeto de pesquisa (PIBIC/FURB) Danos na sociedade de consumo: prevenção, precaução e reparação no Poder Judiciário brasileiro. Integra o Núcleo de Estudos em Constitucionalismo, Internacionalização e Cooperação (CONSTINTER/FURB). Integra o grupo de pesquisa da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst) no projeto: o patrimônio comum do constitucionalismo democrático e a contribuição da América Latina. Integra o Núcleo de Pesquisa Constitucionalismo e Democracia da Universidade Federal do Paraná (UFPR). E-mail: layrapena2@gmail.com.
[2]Doutora em Direito pela Universidade do Salento, Itália, 2004. Formação em Direitos Humanos pelo Instituto Interamericano de Direitos Humanos – IIDH, Costa Rica, 2001. Professora Titular das disciplinas “Teoria da Constituição” e “Direitos Humanos e Sustentabilidade” na Universidade Regional de Blumenau – FURB. Professora Associada à Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst. Coordenadora do Doutorado Interinstitucional DINTER UNISINOS/FURB. Coordenadora do Núcleo de Estudos em Constitucionalismo Contemporâneo, Internacionalização e Cooperação – CONSTINTER, FURB. Orientadora do Grupo de Estudos da ABDCosnt na FURB. Professora e Coordenadora para a área lusófona do Centro Didático Euro-Americano sobre Políticas Constitucionais – CEDEUAM (UNISALENTO, Itália/FURB, Brasil). E-mail: mpettersmelo@gmail.com.

2 DEFINIÇÃO DAS CLÁUSULAS DE ABERTURA A PARTIR DO CONTEXTO HISTÓRICO

Com Giovanni Sartori (1994) podemos afirmar que existem dois tipos de definições: a estipulativa e a léxica. A primeira é útil nos casos em que o orador estabelece uma aplicação específica para uma palavra em determinado contexto, dando assim, a sua definição daquilo, e que obviamente será uma definição arbitrária. O segundo tipo se refere à definição que encontramos nos dicionários que seria a mais aceitável. Mas, se tentarmos encontrar o fundamento de validade para as definições de dicionário, chegaremos à conclusão de que elas também podem ser arbitrárias, pois tratam do que a maioria das pessoas entende por determinado termo.

Então, se estamos tratando de definições que envolvem um grande número de pessoas e as diferentes conotações que os termos assumiram e assumem nos diversos contextos, como é o caso dos conceitos que giram em torno aos direitos humanos, no final de uma investigação poderemos ter um amontoado de conceitos de cada parte do mundo e em cada momento histórico, que podem até ser contraditórios entre si. Segundo Sartori, contudo, a profusão de significados e significações, quando convencionados de forma arbitrária não nos ajudará a produzir conhecimento. Por isso, o autor propõe que as definições atuais sejam reflexo do desempenho histórico, podendo, inclusive, dar base para juízos de valor em face das definições apresentadas. Nesse sentido também se pode falar das “extratificações de sentido” que os conceitos vão acumulando com o passar do tempo, nos diferentes contextos históricos, geográficos e culturais.

Dessa maneira, inicia-se conceituando o objeto de estudo, mas a fim de fugir de uma definição arbitrária, seguindo a advertência de Sartori, será necessário expor o contexto histórico do desenvolvimento das cláusulas de abertura das constituições contemporâneas. Após a segunda guerra mundial as regras do jogo democrático se modificaram, como observa Luigi Ferrajoli (2015), um novo constitucionalismo se afirma e encontra expressão na Constituição Italiana de 1949 e na Lei Fundamental Alemã de 1948[3]. Dentre as principais características dessa nova fase que podemos chamar de “constitucionalismo democrático do pós-guerra” (evitando o uso do controverso termo “neoconstitucionalismo”), está a expansão do elenco dos direitos fundamentais e o diálogo com o sistema internacional de direitos humanos que se verifica nas Constituições através das cláusulas de abertura.

[3]Vale lembrar que nos contratualistas o conceito de soberania popular é introduzido, e frequentemente é confundido com a própria democracia em algumas doutrinas. Isso porque afirma que a legitimidade das leis e do próprio governo advém da anuição dos governados que lhes cedem direitos com o propósito de obter livramento dos perigos que os cercam no *estado de natureza.* Há, portanto, grande perigo ao afirmar que um representante, seja ele um ditador ou um partido, é capaz de possuir em si toda a soberania popular e, por conseguinte, a legitimidade ser atribuída a todas as suas ações sem qualquer filtro, simplesmente porque essa é a “vontade da maioria” personificada em um indivíduo. Partindo desse ponto, é notável a necessidade de um ente limitador dessas vontades nas ações com notoriedade no território nacional, bem como nas de alcance internacional. De outro modo, a limitação da democracia como tão somente a vontade de uma maioria, mostra seu equívoco nos horrores da segunda guerra mundial.

A Constituição italiana (1948)[4], já no seu artigo 2 estabelece que:

> A República reconhece a garante os direitos invioláveis do homem, seja como indivíduo, seja nas formações sociais onde se desenvolve a sua personalidade, e requer a observância dos deveres inderrogáveis de solidariedade política, econômica e social.

E em seu artigo 10 dispõe que:

> O ordenamento jurídico italiano adequa-se às normas do direito internacional geralmente reconhecidas. A condição jurídica do estrangeiro é regulamentada pela lei, em conformidade com as normas e os tratados internacionais. O estrangeiro, ao qual seja impedido no seu país o efetivo exercício das liberdades democráticas garantidas pela Constituição italiana, tem direito de asilo no território da República, segundo as condições estabelecidas pela lei. Não é admitida a extradição de estrangeiros ou crimes políticos.

Por sua vez, a Lei Fundamental alemã (1949)[5] já no seu primeiro artigo declara o compromisso com os valores vetores da ordem internacional após a criação da ONU e da Declaração Universal dos Direitos Humanos, especialmente no que toca a salvaguarda da dignidade humana e a proteção e promoção dos direitos humanos:

Art. 1 (1) A dignidade da pessoa humana é inatingível. Respeitá-la e protege-la é obrigação de todo o poder público. (2) O povo alemão reconhece, por isso, os direitos invioláveis e inalienáveis de toda pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo.

Em seu artigo 16a, 5, estabelece:

> Os §1 a 4 não contradizem os tratados internacionais firmados entre os países membros das Comunidades Europeias e com terceiros países que, considerando as obrigações resultantes do Acordo Internacional sobre a Situação Jurídica dos Refugiados e a Convenção de Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Básicas, cuja aplicação deve ser garantida nos países signatários, definem as regras de competência para o exame dos requerimentos de asilo, incluindo o reconhecimento recíproco das decisões em matéria de asilo.

Note-se que ambos os textos abrem um diálogo com o plano internacional no que tange a proteção dos direitos humanos e o tratamento de estrangeiros no país, isso pode parecer num primeiro momento pouco amplo se comparado ao artigo 5º, §2º e §3º da constituição brasileira por exemplo, mas vale ressaltar que falamos aqui dos países protagonistas de grandes barbáries xenofóbicas durante a segunda guerra e que, portanto, tais artigos são de grande valia para o que se desenvolverá na segunda metade do século passado em alguns países: um constitucionalismo que tem como estrutura fundamental a multidimensionalidade, e que já nasce nesse cenário com a intenção de reforçar dois níveis de proteção dos direitos humanos, por um lado a criação do sistema

[4]Costituzione della Repubblica Italiana, disponível no website do Senado italiano: https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf. Acesso em 02.08.2018. Tradução livre.
[5]Lei Fundamental da República Federal Alemã, traduzida para o português, disponível em: https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf . Acesso em 10/07/2018.

das Nações Unidas que promove uma nova ordem internacional comprometida com a proteção e promoção dos direitos humanos, da paz e do desenvolvimento.

Em outro nível, a proteção dentro do direito constitucional positivo no ordenamento de cada estado democrático com o alargamento dos direitos fundamentais, o reforçamento das garantias e da jurisdição constitucional, bem como abertura à proteção internacional.

Cabe um adendo de que já no constitucionalismo liberal do pós revolução francesa de 1789 podem ser identificadas cláusulas de abertura no elenco dos direitos fundamentais, refere-se aqui à 9º emenda à Constituição dos Estados Unidos, que entrou em vigor no com *Bill of Rights* americano e diz: "A enumeração de certos direitos na Constituição não poderá ser interpretada como negando ou coibindo outros direitos inerentes ao povo".

Importante destacar, também, que há estreita relação entre o fenômeno da globalização com a consolidação das cláusulas de abertura, em diálogo com a ordem internacional, nas constituições democráticas. Para Flávia Piovesan (2013, p. 58) o processo de globalização "[...] propicia e estimula a abertura da Constituição à normação internacional - abertura que resulta na implantação do "bloco de constitucionalidade", que passa a incorporar preceitos asseguradores de direitos fundamentais.".

Nesse sentido, como enfatiza Antonio Cançado Trindade:

> É alentador que as conquistas do Direito Internacional em favor da proteção do ser humano venham a projetar-se no Direito Constitucional, enriquecendo-o, e demonstra que a busca de proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra guarida nas raízes do pensamento tanto internacionalista quanto constitucionalista (CANÇADO TRINDADE, 1991, p. 631).

Nessa mesma linha, Marcos Maliska observa:

> Ainda que críticas possam ser feitas quanto ao aparelhamento ideológico dos direitos humanos, não se pode negar que a existência de um marco normativo no plano internacional não seja importante e necessário, até mesmo para que o conceito propriamente seja debatido e as múltiplas interpretações sobre ele possam ocorrer. Portanto, o compromisso formal das Constituições com a proteção dos direitos humanos apresenta-se como um avanço institucional inquestionável, que, se ainda não está no seu modelo ideal, apresenta-se como um passo histórico importante.[...] O compromisso com os direitos humanos significa que o país se compromete a respeitá-los em seu território e que a abertura do texto constitucional irá possibilitar a atualização permanente das exigências que o desenvolvimento irá impor no tocante aos avanços de significado que a noção de direitos humanos poderá atingir. A ordem constitucional material do Estado abre-se à evolução do conceito de direitos humanos no plano internacional (MALISKA, 2013, p. 24-27).

Assim, sem a presunção de restringir "cláusula de abertura" a um conceito estático e considerando essa uma definição ainda em construção, observa-se a cláusula de abertura como a norma constitucional que permite o diálogo do sistema constitucional interno com plano internacional de proteção de direitos humanos, estando, assim, diretamente relacionada com a incorporação constitucional das normas do sistema internacional.

3 O "NOVO" CONSTITUCIONALISMO LATINO AMERICANO E AS CLÁUSULAS DE ABERTURA

A segunda parte do estudo destina-se ao debate sobre como repercutiu no constitucionalismo latino americano do novo milênio, com o recorte nas constituições do Equador de 2008 e da Bolívia de 2009, a questão das cláusulas de abertura, diante do cenário de um novo modelo de Estado, o Estado de bem-viver, e da cosmovisão que lhe dá sustentação.

É necessário, no entanto, antes de adentrar na análise, aclarar o método por meio do qual se buscou explorar o assunto. Trata-se do *método do núcleo comum* em Direito Comparado que "tem como principal motivação a identificação de pontos similares em diversos sistemas jurídicos." com o escopo de desenvolver "normas comuns que podem ser compartilhadas pelos mais diversos países." (DUTRA, 2016). Assim, partindo do reconhecimento da imprescindibilidade das cláusulas de abertura para a concretização dos direitos humanos (na relação dialógica entre a dimensão constitucional e o plano internacional) buscou-se identificar se as constituições vigentes na Bolívia e no Equador trazem como ponto similar à Constituição Federal de 1988, cláusulas com a finalidade de incorporar direitos humanos advindos de tratados internacionais.

Acerca da titularidade dos direitos humanos cabe especificar que:

> O fato sobre o qual se funda a titularidade dos direitos humanos é, pura e simplesmente, a existência do homem, sem necessidade alguma de qualquer outra precisão ou concretização. É que os direitos humanos são direitos próprios de todos os homens, enquanto homens, à diferença dos demais direitos, que só existem e são reconhecidos, em função de particularidades individuais ou sociais do sujeito. Trata-se em suma, pela sua própria natureza, de direitos universais e não localizados, ou diferenciais. (COMPARATO, 1997, p. 29)

Dessa forma vale mencionar, inicialmente, que há uma discussão doutrinária a respeito dessas novas constituições (equador 2008 e Bolívia 2009) no sentido de indagar se elas são expoentes de um "novo constitucionalismo latino americano", entretanto tal discussão não é objeto da presente investigação. Nesse sentido Michele Carducci (2016) observa o que segue:

> Sobre la base de una democracia "eco-sistémica" que busca conservar la biodiversidad a través del reconocimiento de la co-evolución entre naturaleza y cultura, el Constitucionalismo andino se presenta como la expresión de un constitucionalismo contra-hegemónico, en su apuesta por la construcción, mediante nuevos mecanismos participativos e interculturales, de una nueva institucionalidad que retoma la fórmula de la "hipótesis de Gaia" y legitima un verdadero y real "contrato social" con la naturaleza, identificando a ésta, no como un "objeto" de apropiación, exploración, sino como "sujeto"jurídico y fuente primaria de la sociedad misma y a la Constitución como su "norma jurídica de garantía.[6]

[6]Com base em uma democracia "ecossistêmica" que busca conservar a biodiversidade através do reconhecimento da co-evolução entre natureza e cultura, o constitucionalismo andino se apresenta como a expressão de um constitucionalismo contra-hegemônico, em seu

Nota-se, que não obstante os avanços e retrocessos dos constitucionalismos ao redor do mundo, houve uma tendência de ampliação dos sujeitos de direito e de direitos desses sujeitos, sobretudo aqueles voltados à vida e à dignidade humana. As constituições da Bolívia e Equador não estão fora desse movimento "extensor de direitos". Ocorre que no constitucionalismo chamado por Carducci de hegemônico, do pós segunda guerra, a natureza tem sido objeto da tutela estatal com a intenção de preservação e proteção tão somente para o gozo da humanidade. Isso advém de uma cosmovisão que se construiu ao longo de séculos, na maior parte das sociedades ocidentais, que tem a centralidade na espécie humana (como expressão positiva do jusnaturalismo antropocêntrico que deu base para o constitucionalismo democrático nas suas feições liberal, social e contemporânea, no eixo euro-atlântico).

Assim, a grande quebra de paradigmas da virada biocêntrica que trás o constitucionalismo andino é a apropriação de uma " [...]'cosmovisão indígena', que concebe os recursos e a própria estrutura social como bens comuns, expressões da Pachamama. Em modo precursor, à natureza é atribuída, ou reconhecida, uma própria subjetividade jurídica." (MELO, 2013), ou seja, homem e natureza estão lado a lado enquanto sujeitos de direitos constitucionalmente protegidos. Ainda, essas constituições reconhecem a diversidade partindo da visão de um "bem comum" de uma sociedade pluralista e multiétnica com o escopo agora de atingir o "bien vivir" que "Querendo-se olhar de modo otimista para o futuro, poder-se-ia prospectar a passagem do Estado de bem-estar ao Estado de bem-viver como um novo paradigma constitucional para a sustentabilidade socioambiental." (MELO, 2013).

Não obstante as mudanças trazidas, a constituição boliviana e equatoriana mantêm em seu conteúdo o diálogo com o sistema internacional por meio das cláusulas de abertura.

O artigo 417 da constituição do Equador (2008) predispõe o seguinte:

> Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución[7].

Do mesmo assunto trata o artigo 13, IV da constituição boliviana (2009):

compromisso com a construção, através de novos mecanismos participativos e interculturais, de uma nova institucionalidade que adote a fórmula da "hipótese de Gaia" e legitima um verdadeiro "contrato social" com a natureza, identificando a natureza, não como um "objeto" de apropriação e exploração, mas como "sujeito" jurídico e fonte primária da própria sociedade e tem a Constituição como sua "norma legal de garantia". (tradução nossa)

[7]" Os tratados internacionais ratificados pelo Equador estarão sujeitos às disposições da Constituição. No caso de tratados e outros instrumentos internacionais de direitos humanos, aplicam-se os princípios em prol do ser humano, de não restrição de direitos, de aplicabilidade direta e de cláusula aberta estabelecidas na Constituição.(tradução nossa)

> Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia.[8]

No Brasil esta cláusula se encontra no parágrafos 2º e 3º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988:

> 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.
> § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Destaca-se que não é a primeira constituição brasileira a conter uma cláusula no sentido de assumir direitos para além da constituição, mas a primeira a fazer isso reconhecendo expressamente as normas de direito internacional. Disso vão decorrer algumas consequências. Por exemplo, se aceitamos a divisão doutrinária de que direitos humanos são aqueles internacionalmente consagrados e direitos fundamentais aqueles constitucionalmente consagrados, com a cláusula de abertura essa distinção é questionável. Ora, se as normas de direitos humanos estão sendo incorporadas, elas se transformam em direitos fundamentais e esse tipo de incorporação é uma das características das constituições democráticas.

É possível identificar a cláusula de abertura como núcleo comum nas constituições do Brasil, Bolívia e Equador, fato que é desejável diante do cenário em que o constitucionalismo, para que atinja o seu escopo, necessita ampliar fronteiras e assumir multidimensões de proteção aos direitos que visa resguardar. Isso porque, como afirma PIOVESAN (2016, p. 47) “[...] a proteção dos direitos humanos não se deve reduzir ao domínio reservado do Estado, isto é, não se deve restringir à competência nacional ou à jurisdição doméstica exclusiva, porque revela tema de legítimo interesse internacional.”. A autora afirma, ainda, que essa concepção inovadora tem como consequência “a revisão da noção tradicional de soberania absoluta do Estado, que passa a sofrer um processo de revitalização” e “a cristalização da ideia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de Direito.”. Com base também nessas afirmações, serão levantadas a seguir questões que visam instigar o leitor a pensar nas consequências dos novos meios de concretização democrática e a forma como o direito vai responder a isso.

[8]Os tratados e convenções internacionais ratificados pela Assembléia Legislativa Plurinacional, que reconhecem os direitos humanos e proíbem sua limitação em estados de exceção prevalecem na ordem interna. Os direitos e deveres consagrados nesta Constituição serão interpretados em conformidade com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pela Bolívia.(tradução nossa)

4 QUESTÕES INSTIGANTES SOBRE INCORPORAÇÃO DE DIREITOS INTERNACIONALMENTE RECONHECIDOS

O último momento deste estudo destina-se não a responder, mas a perquirir acerca de três questões instigantes que decorrem da abertura das constituições ao plano internacional por meio das cláusulas.

A primeira questão nasce do debate em torno do alcance das cláusulas de abertura, da seguinte forma: Serão as cláusulas limitadoras da soberania dos Estados? Sobretudo com o desenvolvimento dos sistemas regionais esse questionamento se torna mais pertinente. Por outro lado, ao invés de limitadoras, serão elas a abertura para um mundo global e cosmopolita?

Diante disso se levanta a segunda questão: se por um lado essas constituições podem ser consideradas um rompimento com o constitucionalismo anterior pelo seu caráter inovador em alguns sentidos e releitura da visão de mundo constitucional antropocêntrica. Por outro lado, permanecem incorporando o sistema internacional de direitos humanos em seus ordenamentos. Assim, o constitucionalismo que tem se consolidado na América Latina é uma ruptura com o constitucionalismo "hegemônico" ou apenas mais um alargamento e passo de desenvolvimento na história constitucional?

Por último, destaca-se a reflexão que parecer ser o grande desafio hermenêutico das cláusulas de abertura nessas constituições: se partindo de cosmovisões diferentes, como então proteger os mesmos direitos no plano constitucional e internacional ou mesmo como interpretar os direitos alheios à ordem interna, mas presentes no sistema externo?

5 CONCLUSÃO

Em conclusão é possível identificar que a cláusula que permite o sistema dialógico de constitucionalização do direito internacional e internacionalização do direito constitucional é um núcleo comum encontrado nas constituições do Brasil (1988), Bolívia (2009) e Equador (2008), não obstante as duas últimas tenham como base de sustentação uma cosmovisão diferente da primeira. Também, que essa cláusula é imprescindível para que os direitos humanos possuam resguardo em diversas dimensões, considerando essa uma característica do constitucionalismo que se forma após a segunda guerra mundial.

Ainda, que novos debates e desafios para a teoria constitucional se formam a partir dos mecanismos de incorporação constitucional que passam hodiernamente por um processo de consolidação.

6 REFERÊNCIAS

ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal Alemã**, traduzida para o português, disponível em: https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf . Acesso em 10/07/2018.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A proteção internacional dos direitos:** fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991.

CARDUCCI, Michele; CASTILLO AMAYA, Lidia Patricia. Nuevo Constitucionalismo de la Biodiversidad vs. Neoconstitucionalismo del Riesgo. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 37, n. 73, p. 255-283, ago. 2016. ISSN 2177-7055.

COMPARATO, Fábio Konder. **Fundamentos dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/comparatofundamento.pdf/at_download/file>. Acesso em 11 ago de 2018.

DUTRA, Deo. Método(s) em direito comparado. **Revista da Faculdade de Direito-UFPR**. Curitiba, vol. 61, n. 3, set-dez.2016. p. 204.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos:** o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. São Paulo: Revista do tribunais, 2015, p. 11.

ITALIA. **Costituzione della Repubblica Italiana.** Disponível no website do Senado italiano: https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf. Acesso em 02/08/2018.

MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos da Constituição**. Abertura. Cooperação.
Integração. Curitiba: Juruá, 2013.

MELO, M.; BURCKHART, T. **Constitucionalismo e Meio Ambiente:** Os novos paradigmas do direito constitucional ambiental no Equador, Bolívia e Islândia. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, vol. 8, n. 14, Jan.-Jun. 2016, p. 175-193.

MELO, Milena. O Patrimônio Comum do Constitucionalismo Contemporâneo e a Virada Biocêntrica do “Novo” Constitucionalismo Latino-Americano. **Novos Estudos Jurídicos**, [S.l.], v. 18, n. 1, p. 74-84, abr. 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**. São Paulo: Ática, 1994.

CRÍTICAS FEMINISTAS AO LIBERALISMO E AO CONTRATUALISMO E À TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS

Ingrid Mathilde Meurer[1]

RESUMO

O objetivo deste trabalho consiste em analisar as críticas feministas formuladas à Teoria da Justiça de John Rawls. Divididas em dois momentos, serão analisadas primeiramente as críticas feministas que são endereçadas às bases da Teoria da Justiça, quais sejam, ao liberalismo e ao contratualismo. Posteriormente, serão tratadas as críticas feministas direcionadas expressamente a Rawls, nos seguintes pontos: o conceito de *self*, o véu da ignorância e a posição original, os princípios da justiça e o conceito e o papel da família na Teoria da Justiça. Para tal, serão abordadas as críticas de Martha Nussbaum, Susan Moller Okin, Linda Hirshman, Iris Young, Jane English, Carol Gilligan e Carole Pateman. O que se pretende investigar, portanto, é se a Teoria da Justiça de Rawls é adequada para se pensar as questões de igualdade de gênero e de justiça intrafamiliar.

Palavras-chave: contratualismo; liberalismo; Teoria da Justiça de Rawls; feminismo.

1 INTRODUÇÃO

A Teoria da Justiça de Rawls tornou-se um novo paradigma na filosofia política. Neste sentido, desde a publicação de Uma Teoria da Justiça em 1971, Rawls recebeu inúmeras críticas, tanto de teóricos afins como de áreas totalmente diversas de pesquisa. Assim, tendo em vista que a teoria feminista também pode ser considerada um dos mais relevantes campos de pesquisa na filosofia política atual, mostra-se de extrema relevância analisar tanto a Teoria da Justiça como a Teoria Feminista, e igualmente, as relações entre ambas.

É importante ressaltar que neste trabalho foram escolhidas teóricas feministas que seguem diferentes afiliações doutrinárias para que se obtivesse um panorama mais abrangente para se pensar as questões de justiça de gênero, como também a escolha de tratar das críticas às bases da Teoria da Justiça possui o mesmo propósito. Dentre as críticas ao liberalismo, serão abordadas as críticas à dicotomia liberal público/privado e as críticas formuladas por Martha Nussbaum, tendo em vista o aperfeiçoamento da doutrina. Quanto às críticas ao contratualismo, as que seguem são as desenvolvidas por Carole Pateman.

Sem pretender que as críticas sejam resumidas a cada categoria, o que se quer é o diálogo entre as diversas críticas, uma vez que elas são complementares e

[1] E-mail: ingridmm10@hotmail.com. Currículo *Lattes*: http://lattes.cnpq.br/9640966520743955.

possuem um objetivo em comum, que é a de se buscar justiça nas questões de gênero.

Assim, justifica-se o presente trabalho tendo em vista a relação entre Gênero e os Direitos Humanos, uma vez que a igualdade entre os indivíduos é tida como um pressuposto liberal próprio das democracias atuais. Nesse sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 preceitua que todos são iguais perante a lei, não fazendo distinção entre os gêneros, devendo ser assegurados o mesmo tratamento e oportunidades a todos, tendo os mesmos direitos e deveres, e reafirmando a proteção, em especial à violência e à discriminação.

Logo, não se podendo falar em democracia sem referir-se à igualdade, o que se busca nesta pesquisa é analisar se a Teoria da Justiça de Rawls possui os requisitos necessários para garantir a equidade entre os participantes do acordo original, e de modo pragmático, entre os indivíduos, independentemente das questões de gênero.

2 CRÍTICAS AO LIBERALISMO

Dentre as críticas feitas pelas feministas ao liberalismo encontram-se diversos pontos, alguns mais específicos, outros mais abrangentes. Nesse sentido, a análise desta crítica se mostra muito pertinente, uma vez que Rawls é considerado um liberal, ainda que a sua teoria tenha fortes preocupações igualitárias[2].

As autoras apresentadas neste trabalho, quando chamadas a tratar do liberalismo, criticam a Teoria da Justiça, seja de modo implícito, seja de modo expressamente direcionado a Rawls, sendo favoráveis a esta doutrina, ou ainda sugerindo diversos aprimoramentos, ou então rejeitando-a completamente. Carole Pateman, *e.g.*, destaca-se como uma forte crítica do liberalismo como um todo, argumentando a partir do patriarcado e do contrato sexual (imbuído na teoria contratualista) e seus efeitos na estruturação da sociedade, de modo que não há o que deva ser mantido se se quer uma mudança efetiva na questão da igualdade de gênero[3].

Todavia, há filósofas que discordam desta visão, a exemplo de Nussbaum, e que, portanto, propõem a revisão e aperfeiçoamento da doutrina liberal, tendo em vista a necessidade da manutenção dos direitos individuais e das liberdades para os indivíduos pelo Estado.[4]

Pateman e Okin atentam à questão da dicotomia público/privado, uma vez que esta dicotomia imposta pelo liberalismo, como outras teorias políticas que já a adotam, possui efeitos perversos nas questões de gênero, servindo para ignorar e até mesmo mascarar as desigualdades e a violência sofrida pelas

[2] GARGARELLA, 2008.
[3] Esta análise pode ser feita a partir de Pateman (2013), com um olhar global para o pensamento desta teórica, apesar de sua obra bastante conhecida e estudada, intitulada “O contrato sexual” não constituir uma crítica ao liberalismo, como se verá adiante.
[4] NUSSBAUM, 2000.

mulheres. O que as autoras muito bem argumentam é que tal dicotomia tem razões ideológicas[5], isto é, não tem simplesmente a finalidade de distinguir o público e privado para fins acadêmicos, entre outros. Assim, tal separação objetiva legitimar as diferenças de gênero, desconsiderando o patriarcalismo e uma das suas principais consequências, qual seja, a opressão das mulheres no interior da sociedade, seja na vida política ou doméstica.[6]

É uma forma bem estruturada de manipular a realidade, afirmando que todos são iguais em racionalidade, liberdade e oportunidades, neste contexto liberal, quando, em verdade, esse ponto sobre a igualdade foi idealizado por e para homens, assim como a racionalidade, a liberdade e a universalidade.[7]

É importante ressaltar, como afirma Pateman, que o liberalismo e o feminismo de modo geral possuem uma origem compartilhada, que é o "surgimento do individualismo como teoria geral da vida social; [isto porque] nem o liberalismo nem o feminismo são concebíveis sem alguma concepção dos indivíduos como seres livres e iguais, emancipados dos títulos hierárquicos e atribuídos da sociedade tradicional.".[8]

Logo, o que as autoras muito bem demonstram, é que apesar de mulheres e homens possuírem diferenças biológicas (e quem enfatiza mais este ponto é Pateman), ambos *devem* ser iguais perante a sociedade, *devem* ter as mesmas liberdades, oportunidades e reconhecimento, sendo que, para se atingir tal objetivo, é necessário que sejam corrigidas a atual discrepância na distribuição de tarefas entre homens e mulheres, no âmbito doméstico[9], além da diferença salarial no mercado de trabalho e da "falsa neutralidade de gênero"[10] na linguagem, entre outros.

Okin e Pateman demonstram, assim, que o gênero é uma construção social que tem a ver com o sexo biológico, mas não é por ele determinado.[11] Nesse sentido, a palavra "sexo" aparece em conjunto com uma conotação de "determinismo biológico implícito". E para se entender essa construção social (de

---

[5] "[...] as feministas afirmam que a distinção liberal existente entre público e privado é ideológica no sentido de que apresenta a sociedade a partir de uma perspectiva masculina tradicional baseada em pressupostos sobre diferentes naturezas e diferentes papeis naturais de homens e mulheres [...]" (OKIN, 2008, p. 315).

[6] "As feministas argumentam que o liberalismo é estruturado por relações patriarcais, bem como de classe, e que a dicotomia entre o privado e o público obscurece a submissão das mulheres aos homens dentro de uma ordem aparentemente universal, igualitária e individualista." (PATEMAN, 2013, pp. 56-7).

[7] Nesse sentido, Pateman (2013, p. 59) demonstra que "[a] participação na esfera pública é regida por critérios universais, impessoais e convencionais de êxitos, interesses, direitos, igualdade e propriedade – critérios liberais, aplicáveis apenas aos homens.".

[8] Idem ibidem, p. 55.

[9] "[...] as pesquisadoras feministas têm argumentado que a divisão doméstica do trabalho, e especialmente a prevalência da mulher frente à criação dos filhos, são socialmente construídas, e portanto questões de relevância política." (OKIN, 2008, p. 315).

[10] OKIN, 2008, p. 309.

[11] "A combinação crítica de várias ênfases feministas levou a tentativas de se entender o gênero como uma construção social e política, *relacionada a*, *mas não determinada pela* diferença sexual biológica." (Idem ibidem, p. 316).

gênero), é preciso desconstruí-la. Portanto, são trazidas à tela esclarecimentos sobre as abordagens que são usadas para o resultado o qual se pretende: abordagens com focos psicológico, histórico e antropológico. “O desafio é expor a construção social do gênero por meio de sua desconstrução. Isso envolve ‘uma recusa da qualidade fixa e permanente da oposição binária, uma genuína historicização e desconstrução dos termos da diferença entre os sexos [...]’”.[12]

Tendo em vista as desigualdades na vida pública, mas especialmente na vida doméstica, em relação às já mencionadas questões de gênero, chega-se ao lema feminista: “O pessoal é político”. Como muito bem colocado por Okin[13]:

> O que, então, outras feministas, assim como as mais radicais, querem dizer com “o pessoal é político”? Nós queremos dizer, primeiramente, que o que acontece na vida pessoal, particularmente nas relações entre os sexos, não é imune em relação à dinâmica de *poder*, que vem tipicamente sendo vista como a face distintiva do político. E nós também queremos dizer que nem o domínio da vida doméstica, pessoal, nem aquele da vida não-doméstica, econômica e política, podem ser interpretados isolados um do outro.

Porque, de acordo com Pateman[14], as feministas arguem que “uma compreensão adequada da vida social liberal só é possível quando se aceita que as duas esferas, a doméstica (privada) e a sociedade civil (pública), consideradas separadas e opostas, estão inextricavelmente interligadas [...]”.

De fato, as duas esferas não podem ser compreendidas de forma isolada uma da outra, já que as implicações da esfera privada têm consequências na vida pública – a respeito da submissão e desigualdade das mulheres aos homens, e a esfera pública mostra que há algo de fundamentalmente equivocado na estrutura do próprio liberalismo, o que afeta as relações da vida doméstica (privada)[15]. Como alerta Pateman, trata-se de evidenciar a existência da relação dialética do privado e público, tal qual é o objetivo principal do feminismo contemporâneo.

Logo, as reinvindicações feministas atuais são amplas e estão decididas no sentido de buscar desconstruir a dicotomia, para atentar aos problemas da esfera privada e do público de modo interligado.[16] Isto porque a luta pela igualdade depende da comunicação do público e do privado, uma vez que se trata de um problema abrangente e estrutural.

Por estas razões, “[o] feminismo busca uma ordem social diferenciada dentro da qual as várias dimensões sejam distintas, mas não separadas nem

---

[12] Idem ibidem, p. 319.
[13] Idem ibidem, p. 314.
[14] PATEMAN, 2013, p. 59.
[15] Pateman explica que a dicotomia público/privado é oriunda do individualismo (entendido como a proteção da liberdade e demais direitos individuais) próprio do liberalismo, uma vez que pensado na lógica patriarcal (vide p. 60).
[16] Pateman salienta que as críticas feministas quanto à dicotomia entre público e privado “enfatizam que as categorias se referem a duas dimensões inter-relacionadas da estrutura do patriarcalismo liberal; elas não sugerem necessariamente que não se possa ou não se deva fazer qualquer distinção entre os aspectos pessoais e políticos da vida social.” (2013, p. 73).

opostas, e que se baseie em uma concepção social da individualidade que inclua mulheres e homens como criaturas biologicamente diferenciadas, mas não desiguais.”.[17]

Pateman, apesar de que poderia ser considerada, não sem algum (ou muitos) equívoco(s), como uma liberal radical, parece se adequar mais à categoria de democrata[18], igualmente, não sem algum prejuízo teórico, tendo em vista a singularidade de sua crítica na área da filosofia política.[19] É nítida a sua relação e seu comprometimento com a liberdade, apesar de não ser pura e simplesmente uma liberal, alguns comentadores até mesmo se referindo a Pateman como uma [teórica com uma proposta mais próxima de uma] socialista.[20]

Já “Okin é sem dúvida uma pensadora feminista liberal [...]”[21]; “[c]omparada a Pateman, Susan Okin é muito direta na sua crítica a John Rawls e mais complacente em relação à sua teoria da justiça, especialmente sua ideia da posição original.”. [22]

É neste sentido que Nussbaum, assim como Okin, demonstra haver alguma proximidade entre sua proposta e àquela de Rawls: “Nussbaum prontamente concorda que sua abordagem e a de Rawls ‘são muito próximas. Nós [Nussbaum e Rawls] tiramos nossas atitudes da ideia de dignidade e valor da humanidade, e da ideia que seres humanos não devem ser usados como meros meios para os fins de outros...”.[23] Isto posto, apesar da afinidade da proposta de Nussbaum, a filósofa é favorável à aplicação dos conceitos de capabilities, em sua recíproca influência com Amartya Sen.

Além disso, mesmo com as afinidades teóricas em relação a Rawls, a proposta liberal de Nussbaum é diferenciada. A filósofa é crítica do liberalismo[24], porém manifesta que é possível ser adepta da doutrina e assim sugere diversas alterações para que o liberalismo se torne mais adequado às exigências da igualdade de gênero.

---

[17] PATEMAN, 2013, p. 76.
[18] MANSBRIDGE, 2008.
[19] “[…] [S]e nós queremos fazer com que Pateman seja uma liberal radical, contra sua vontade, nós devemos fazer mais do que torcer a tradição liberal. Nós devemos esvaziar não somente as instituições democráticas atuais mas também suas bases num contrato social, sua separação do privado e do político, e sua falha em avaliar como completo o conceito de igual na fórmula ‘livre e igual’. [...] A tentação de pensar em Pateman como uma liberal radical sempre se mostra presente, uma vez que ela é tão profundamente comprometida com a liberdade. [...] Nós devemos considerá-la, então, orgulhosa e simplesmente uma democrata.” (Idem ibidem, p. 28).
[20] HUANG, s.d..
[21] HUANG, s.d., p. 8.
[22] Idem ibidem, p. 3.
[23] Idem ibidem, p. 8.
[24] Neste sentido, Nussbaum (2000, p. 48) afirma: “No geral, o liberalismo não se saiu bem nos círculos feministas. Feministas importantes têm denunciado o liberalismo como uma abordagem teórica com potencial radical insuficiente para expor as raízes da subordinação das mulheres ou para articular princípios para uma sociedade justa em termos de gênero.”.

Assim, em "The future of feminist liberalism", Nussbaum articula as suas críticas e melhorias que devem ser feitas ao liberalismo, a partir de seus dois pontos principais, demonstrando que esta doutrina tem deixado lacunas e não tem dado respostas satisfatórias. Estes pontos são: a necessidade do cuidado em tempos de extrema dependência e o papel político da família. Mas Nussbaum debate essas questões, ao mesmo tempo que dialoga com Rawls, e finaliza o texto reforçando e justificando a aplicação do conceito de capabilities, por se mostrar mais adequado.

Em relação ao primeiro ponto, Nussbaum traz que um dos grandes erros dos contratualistas é pressupor e afirmar a ficção do "adulto competente". De um modo geral, todos os contratualistas, aceitam a concepção lockeana de participantes, ou seja, a pressuposição de que os pactuantes são, no estado de natureza, todos livres, iguais e independentes.[25] E isso seria extremamente errôneo, uma vez que, como bem demonstrado por Nussbaum, nós nascemos dependentes, e invariavelmente passamos por fases - ou vivemos - em dependência de algo ou alguém. Logo, vale lembrar que Rawls baseia sua concepção de indivíduo e sua construção contratualista nesses pressupostos.

A partir disso, Nussbaum afirma: "[...] qualquer sociedade real é uma sociedade que cuida e recebe cuidados, e deve, portanto, descobrir formas de lidar com estes fatos humanos de necessidade e dependência que são compatíveis com o autorrespeito dos beneficiários e a não exploração dos cuidadores.".[26] Por isso ela advoga para que estas questões façam parte das bases próprias de uma teoria da justiça. Assim, Nussbaum declara que seria um avanço se Rawls desenvolvesse sua teoria tendo a necessidade como fundação e uma concepção de pactuantes com noções de suas necessidades materiais, porém ainda não seria suficiente, uma vez que estes adultos possuem capacidade plena, necessidades relativamente equilibradas e sendo capazes de manter convívio e cooperação social, o que não pode ser tomado como uma verdade universal, como já visto.

Portanto, Rawls sabe que a sua teoria da justiça é passível de negligenciar certos casos específicos, e que "a necessidade de cuidado para as pessoas que não são independentes é uma questão prática imperativa"[27]; contudo, ele adia essas questões para a fase legislativa, em momento posterior ao design das instituições políticas. Nussbaum discorda desse adiamento argumentando que "[q]ualquer teoria da justiça precisa pensar sobre o problema a partir do início, na criação das instituições mais básicas, e particularmente na sua teoria de bens primários.".[28]

---

[25] Claro, há exceções. Hobbes, por exemplo, afirma expressamente que homens e mulheres são iguais e livres no estado de natureza, ao contrário de outros contratualistas que aplicam esta fórmula aos indivíduos homens. E Kant resume esta concepção de indivíduo a livres e iguais, e conceitua que o acordo é realizado entre pessoas que reúnem estas condições, cf. Nussbaum, 2000, p. 49.
[26] NUSSBAUM, 2000, p. 49.
[27] Idem ibidem, p. 51.
[28] Idem ibidem, p. 51.

Por estas razões, as possíveis soluções seriam: incluir as necessidades e os cuidados na lista de bens primários (de acordo com Kittay); aplicação do conceito de capabilites[29] como sendo a lista de bens primários; e acrescentar mais itens à lista, como as bases sociais da saúde, da imaginação e do bem-estar.

Ainda assim, Nussbaum afirma que todas estas mudanças não seriam suficientes, já que a teoria rawlsiana se baseia numa concepção equivocada de sujeito, que é de matriz contratualista, e especificamente kantiana, apesar de algumas distinções. Possivelmente, neste sentido, uma noção de *self* derivada de uma Ethics of Care, como será visto adiante, poderá ser mais adequada ao resultado que se pretende. Apesar disso, Nussbaum fornece uma outra possibilidade, que é a de adotar uma concepção aristotélica de indivíduo, pois o vê como sendo tanto capaz como necessitado.

Desta forma, poderíamos afirmar que a proposta de Nussbaum não é a de desmantelar o liberalismo, mas sim de aperfeiçoá-lo para que se torne mais satisfatório na resolução da desigualdade de gênero, levando-se em conta diversas outras questões que são igualmente relevantes como o cuidado e a necessidade.

3 CRÍTICAS AO CONTRATUALISMO

Passando ao próximo ponto, serão abordadas as críticas apresentadas por Pateman na sua obra "O contrato sexual". Como referido anteriormente, é importante salientar que esta obra não se refere às críticas da autora ao liberalismo. Neste sentido, Pateman afirma em "Afterword"[30]:

> N[a obra] O Contrato Sexual (1988) o meu argumento a respeito da subordinação civil depende de um contexto de liberdade individual e jurídica e de equidade, geralmente tomado como sendo uma das marcas registradas do 'liberalismo', mas meu livro não era sobre liberalismo. Era sobre a teoria contratualista, uma linha distinta de argumentação.

Então, apesar desta obra não tratar do liberalismo propriamente, mas sim do contratualismo, e de ser considerada uma das obras mais importantes da filósofa, pode-se afirmar que Pateman apresenta uma crítica *sui generis*, se vista por meio das lentes da Teoria da Justiça de Rawls. Isto porque Pateman vai além e demonstra como a teoria do contrato social, o liberalismo e a sociedade atual estão permeados [quase que] completamente pelas ideias e imposições próprias do patriarcado.

[29] "[…] Rawls vai precisar de uma forma de medir o bem-estar que não leva em conta somente a renda e a riqueza, mas percebe as aptidões dos cidadãos de se engajar numa ampla gama de atividades humanas." (Idem ibidem, p. 52).
[30] PATEMAN, 2008, p. 233.

Neste sentido, 'O contrato sexual' "[...] sem dúvida, é uma obra de grande influência por si só, pioneira no ataque ao contrato social. [A filósofa] contou-nos que ela foi movida a escrevê-la porque o contrato sexual nunca é mencionado."[31] Mas o que Pateman pretende então dizer com o *Contrato sexual*? "O contrato sexual é uma dimensão oculta da teoria contratualista, uma parte integral das escolhas racionais da família e do acordo original."[32]

Isso quer dizer que muitos dos teóricos não viram e não veem esta face oculta e que é necessário desvelá-la para que sejam desmentidas as falsas promessas racionais e igualitárias presentes no contrato e no liberalismo. De acordo com o que Pateman argumenta ao longo da obra, os teóricos do contrato de forma geral, com exceção de Thomas Hobbes, afirmam que a submissão da mulher ao homem se deve a um direito natural porque, por suas características, a mulher é naturalmente inferior e, assim, precisa e deve estar vinculada a um homem que a represente. Os homens, contudo, são vistos como seres racionais, iguais e livres, de modo que a legitimação de seu "poder superior" se dá por meio do contrato.[33]

É interessante notar que também o liberalismo sustenta esta falsa impressão de que as ideias de liberdade, igualdade e racionalidade se aplicam a todos, indiscriminadamente, o que não é o caso. Não só porque teoria e prática se distanciam de forma muito evidente, mas também porque na própria teoria já está presente a premissa da subordinação das mulheres, tanto que um exemplo disto é verificado na perenidade da dicotomia público/privado, como já argumentado.

Um ponto a ser ressaltado é que o contrato sexual, ou melhor, o patriarcado, é muitas vezes ignorado, e as origens da civilização e do poder não são questionadas, de modo que quaisquer narrativas sobre o tema são aceitas como dadas a exemplo até mesmo daquela desenvolvida por Freud. Nesse sentido,

> As histórias de Freud, como aquelas do Sir Robert Filmer e dos teóricos do contrato, começam com um pai que é, desde o princípio, um pai. Os argumentos a respeito do direito político original todos começam após a gênese física, após o nascimento do filho que faz de um homem um pai. Mas o pai não pode se tornar um pai a menos que a mulher se torne uma mãe, e ela não pode se tornar uma mãe sem o ato sexual. Onde está a história da verdadeira origem do direito político? Nas histórias das origens políticas, o direito sexual é incorporado ao direito paternal, e isto obscurece, de forma patente, o fato de que está faltando um começo necessário. Em todas as histórias falta um livro político da gênese.[34]

Sem um real questionamento das suas origens, nem mesmo na atualidade, ou seja, na continuação do reforço desta narrativa, pode-se dizer que

[31] HUANG, s.d., p. 2.
[32] Idem ibidem, p. 2.
[33] HUANG, s.d.. PATEMAN, 1993.
[34] PATEMAN, 1988, pp. 104-5.

o resultado é a conivência e sua reprodução conjunta pela maioria, senão todos os indivíduos, até mesmo aqueles que são diretamente afetados por estas questões, as mulheres. Daí a importância da referida obra de Pateman, em revelar o contrato sexual implícito no contratualismo na sociedade atual e suas consequências, dado o caráter de denúncia assumida própria desta obra. Nesse sentido, é importante salientar que Rawls, por ser um herdeiro do contratualismo clássico, reproduz a mesma lógica, como se verá a seguir.

4 CRÍTICAS À TEORIA DA JUSTIÇA

As críticas anteriores, não se desprendendo totalmente da vertente rawlsiana, pretendiam fazer a conexão entre as bases próprias da TJ, quais sejam, o liberalismo e o contratualismo e as críticas feministas. O que agora se segue terá um caráter mais específico, sendo abordados os seguintes pontos de críticas dentro da Teoria da Justiça: a definição de *self*; o véu da ignorância; a insuficiência igualitária dos princípios da justiça, em especial o Princípio da Diferença; e o papel e o conceito de família.

Em relação ao primeiro ponto, deve ser retomada a questão das necessidades e do cuidado. Assim, cumpre ressaltar que Carol Gilligan foi a precursora da Ética do Cuidado (Ethics of Care), por meio da obra "In a diferente voice". Deixando de lado os questionamentos quanto a se esta visão é de fato essencialista e polarizada, o interessante é que ela apresenta uma nova perspectiva a respeito da justiça.

O que autora traz, neste sentido, é a possibilidade de uma nova forma de se pensar a moralidade a qual se distancia das "Éticas da Justiça" em geral, a exemplo do utilitarismo e da ética kantiana, tendo a última relações intrínsecas com a Teoria da Justiça de Rawls.
Logo, o que Gilligan afirma é que:

> [..] uma ética 'feminina' se concentraria, sobretudo nos vínculos pessoais entendidos a partir do cuidado (care). O conceito de 'cuidado' é definido em função de compromissos emocionais baseados na simpatia, na compaixão, no amor, na resposta contextual à necessidade, na sensibilidade e discernimento em relação a situações particulares.[35]

Esta visão contraria a noção de indivíduo existente na TJ, já que nesta a concepção é dada por princípios abstratos, como a igualdade, imparcialidade, autonomia e racionalidade. O *self*, desta forma, é concebido a partir de uma noção abstrata, em que os indivíduos são concebidos de modo separado e depois passam a se relacionar de modo interligado.[36]

[35] PEREIRA, 2011, p. 67.
[36] Lyons, buscando respaldar empiricamente a teoria de Gilligan, chegou à seguinte conclusão, através de pesquisa empírica: os homens tendem a refletir um *self* abstrato, objetivo e independente, enquanto as mulheres, pela ótica do cuidado e da busca pela não-danosidade, refletem um *self* concreto e relacional; cf. Pereira, 2011, p. 71.

Neste sentido, a "Ética do Cuidado, ao contrário, considera que os indivíduos são primordialmente conectados, e somente por abstração podem ser vistos dessa forma separada e objetiva.".[37] E esta então poderia ser uma saída para tratar as questões de cuidado, de afeto e de gênero, na medida em que oferece como pressuposto uma concepção de *self* que leva em conta este tipo de dependência, já que o sujeito não é visto descolado do meio no qual é gerado nem das relações que estabelece ao longo da vida.

Apesar desta visão proposta por Gilligan parecer estar ligada a um determinismo biológico ou a um essencialismo[38], o que autora ressalta é que, ao contrário do que vem sendo afirmado reiteradamente, seja pelos teóricos da moralidade, seja pela teoria psicanalítica, de que o desenvolvimento moral feminino é deficiente ou atrasado, na verdade, trata-se de um desenvolvimento diferenciado, que toma diferentes parâmetros.

Assim, a Ética do Cuidado teria essa abertura para se tornar universal, a partir da visão de que este desenvolvimento que parte das relações de cuidado e de afeto começa com o sujeito e deve ser expandida até se chegar ao nível da sociedade, na qual o que se busca é a "não-violência e condenação à exploração e ao dano".[39] Isso resolveria o problema gerado pela falta de reciprocidade quanto ao cuidado e às relações pessoais, que na prática faz com que um número incontável de mulheres tenha a sua vida deixada em segundo plano por causa das funções atribuídas a ela ou das relações estabelecidas de forma deliberada. Isto porque, adotando-se a teoria de Gilligan de modo complementar, a responsabilidade de todos passaria a abranger o cuidado com os demais e a obrigação de não-dano.

É importante ressaltar que até mesmo aquele que cuida ainda busca a sua autonomia. Assim, a proposta de Gilligan não se desvincula do conceito de autonomia e não tem essa finalidade, mas sim se quer um conceito de *self* com uma concepção diferenciada de autonomia, que não aquela própria da teoria liberal na qual o indivíduo é visto de forma atomística, autossuficiente, a exemplo do *self-made man*.

Vinculando a relação de identidade com a moralidade, o objetivo é mudar a concepção de *self* para que se tenha como resultado uma mudança na moralidade, mais adequada às exigências das relações de cuidado e também às exigências de gênero, o que serviria também para manter a coesão social, a unidade do todo social, ao contrário da visão atomística de autonomia que tende a separar as pessoas. Pois "[n]o mínimo, seres humanos podem e devem ter cuidado o suficiente com outros seres humanos para sustentar as relações entre si dentro das quais os direitos podem ser respeitados.".[40]

---

[37] Idem ibidem, p. 69.
[38] Neste ponto é importante ressaltar que o essencialismo poderia ser superado por meio da constatação da cultura como está nos dias atuais, isto é, trazendo à tela que este conceito na verdade é uma construção cultural, apesar de que Gilligan não parece atinar para esta questão.
[39] PEREIRA, 2011, p. 69.
[40] HELD, 2006, p. 137.

Retomando o ponto anterior sobre a dicotomia público/privado – tendo em vista que a complementaridade da crítica de Gilligan parece pressupor tal dicotomia –, apesar de ser tratado como uma crítica mais geral ao liberalismo, isto também se endereça a Rawls, não só por ele ser um liberal, mas igualmente porque autoras como Young e Okin afirmam que Rawls não dá a devida importância às questões de injustiça intrafamiliar, em parte devido ao conceito de véu da ignorância. Young afirma que a TJ, por ser uma forma de justiça distributiva, ignora problemas relacionados à opressão de grupos e à institucionalização da subordinação das mulheres, ignorando deste modo, as injustiças ocorrentes no interior da vida privada, isto é, da vida familiar. Por isso, ao contrário de somente aplicar a justiça distributiva, um dos objetivos da Teoria deveria ser a eliminação destes fatores.[41]

Okin vai à mesma direção ao afirmar que "a justiça distributiva de Rawls 'falha completamente ao abordar a justiça do sistema de gênero, que, com suas raízes nos papeis de gênero da família e seus ramos se estendendo virtualmente a todos os aspectos de nossas vidas, é uma das estruturas fundamentais da nossa sociedade."[42] Hirshman, por sua vez, acrescenta que é ainda menos justificável que Rawls não tenha formulado a sua TJ de forma plena, de modo a contemplar as questões de gênero suficientemente, sendo que no contexto em que Rawls escreveu a sua obra se tinha a consciência política dessas questões.[43]

Nesse sentido, o véu da ignorância não parece ser adequado à necessidade de uma igualdade de gêneros, ainda mais para tratar das injustiças ocorridas no seio familiar. Isto porque esta elevada abstração, descolada da realidade, não apreende todos os fatos humanos. Logo, "Okin descreve Rawls como 'retirado e desmembrado de qualquer realidade social ou cultural', [apesar de que] para se estar consciente dos valores feministas, é necessário estar-se conectado à realidade."[44]

O véu da ignorância, ao retirar de cena todos os fatores arbitrários e o conhecimento sobre a posição do participante na sociedade, ao invés de militar a favor das exigências feministas, tem o efeito oposto e indesejado de ignorar as injustiças da esfera privada. Deste modo, o que se precisa é que o efeito dos princípios da justiça alcance o espaço privado, para produzir parâmetros de justiça.

Assim, a ferramenta teórica do véu da ignorância também pode ser criticada por ignorar a história e o status quo.[45] Uma vez que o véu age como se fosse historicamente neutro, ele serve para legitimar as desigualdades já existentes na sociedade.[46]

---

[41] ARSENAULT, 2016.
[42] Idem ibidem, p. 8.
[43] Idem ibidem.
[44] Idem ibidem, p. 9.
[45] Similar crítica é suscitada pelos comunitaristas.
[46] NUSSBAUM, 2000.

Pateman também critica este ponto na obra “O contrato sexual”, porém a partir da posição original (que claro, ocorre sob o véu da ignorância). Ela afirma: “o objetivo de se argumentar a partir de uma posição original, o equivalente de Rawls ao estado de natureza, ‘é de se chegar à solução desejada’. O que não é reconhecido, porém, é que a solução desejada inclui o contrato sexual e o direito patriarcal dos homens sobre as mulheres.”[47] A posição original, ainda que seja uma ferramenta teórica para se entender a formação das instituições atuais, similar à ideia de Kant, tem o efeito de reforçar argumentos já existentes. Pois, “a tarefa de Rawls é encontrar um cenário de uma posição original que vai confirmar ‘nossas’ intuições a respeito de instituições existentes, o qual incluem relações patriarcais de subordinação.”[48]

Novamente, Pateman também reforça o argumento aventado acima de que o problema da posição original está no fato de ser uma completa abstração, desanexada da realidade:

> Os participantes de Rawls apenas raciocinam e escolhem – ou uma parte o faz como representante de todos [...]. O representante não possui gênero. [...] A posição original de Rawls é uma construção lógica no seu mais completo sentido; é um domínio de razão pura sem nada de humano [...].[49]

Nesse sentido, Pateman esclarece e critica o fato de que os participantes, na posição original, ao mesmo tempo em que são vistos a partir de uma noção abstrata, retiradas suas características, inclusive sobre o gênero ao qual pertencem, são vistas como chefes de família. Jane English, nesse sentido, também nota esta incongruência.[50]

Quanto ao último ponto, sobre a discussão do conceito e o papel da família e a relação com os princípios da justiça na Teoria da Justiça de Rawls, o diálogo será entre Nussbaum e Okin. Ambas as autoras tratam do tema, cada qual com uma abordagem diferente.

Nussbaum afirma que “o problema mais difícil que a teoria liberal enfrenta na área da igualdade das mulheres é o problema da família.”[51] Isto porque a doutrina liberal não tem conseguido tratar da matéria de modo adequado. Nesse sentido, Nussbaum reitera que a família, muito mais do que somente a “escola”[52] moral dos indivíduos, é uma instituição involuntária e com efeitos muito mais abrangentes do que outras instituições; é, além do mais, “uma das mais notórias casas da hierarquia sexual, de negação de oportunidades e iguais, e violência e

[47] PATEMAN, 1988, pp. 41-2.
[48] Idem ibidem, p. 42.
[49] Idem ibidem, p. 43.
[50] Jane English (1977) reforça o argumento de que é falsa a pretensa universalidade da Teoria da Justiça de Rawls, uma vez que os indivíduos, apesar de que deveriam ser considerados iguais, na verdade assume-se que são chefes de família, ou seja, do sexo masculino.
[51] NUSSBAUM, 2000, p. 59.
[52] No sentido utilizado por Nussbaum e por Okin, mais adiante, refere-se à primeira instituição na qual os indivíduos aprendem conceitos de e começam a desenvolver uma noção de moralidade.

humilhação baseada no gênero."[53] Evidentemente, isto nos leva de volta à questão da dicotomia público/privado.

Inicialmente, Rawls trata da questão da família afirmando que esta instituição faz parte da estrutura básica da sociedade e que não está isenta do alcance dos princípios da justiça. Todavia, como Nussbaum esclarece, mesmo após as críticas feministas Rawls não alterou a sua teoria de modo suficiente a agregar estes imperativos. A exemplo disso, tem-se que Rawls conjectura no sentido de deixar em aberto a questão da criação em conformidade com os princípios liberais.[54] O que seria possível, conforme Rawls, seria criar leis, no estágio legislativo, afim de proteger as mulheres, como a lei do divórcio.

Porém, como muito bem colocado por Nussbaum, isto levanta uma série de questionamentos. Porque, em primeiro lugar, Rawls vai comparar a instituição social da família a outras instituições voluntárias como a uma igreja ou uma universidade; em segundo, Rawls conceitua família a partir do modo tradicional ocidental; e terceiro, Rawls não percebe como a família é uma criação estatal, modelada e definida pelas leis do Estado.

Ora, em primeiro lugar, a família não pode ser considerada como qualquer instituição voluntária, uma vez que, como já visto, a família não é, necessariamente, de associação voluntária e seus efeitos são muito mais profundos do que os de participação numa universidade ou igreja. Em segundo lugar, este conceito fechado de família faz com que inúmeras outras configurações de família, que não se resumem ao modelo tradicional (pai, mãe e filhos) sejam ignoradas, deixando-as fora do alcance e do benefício de leis de seguridade social e de direitos sucessórios, além de permitir, e aí se chega ao terceiro ponto, que a família seja completamente determinada pelo Estado.

Desta forma, além de o Estado regular a formação da família e determinar qual tipo social deve ser considerado como tal, a aplicação dos princípios da justiça, de acordo com a estipulação de Rawls, permite que inúmeras injustiças ocorram no interior da família, já que ele afirma que os princípios devem regular somente de forma externa.[55] Por isso Nussbaum afirma que, no final, a lógica rawlsiana sobre a família apenas reproduz a lógica da dicotomia liberal do público e do privado.

Neste sentido, a proposta de Nussbaum é a das capabilities, sendo que neste caso seriam respeitadas e levadas a cabo as exigências da liberdade de religião e de associação, além das capabilities de cuidado e afeto:

> Minha abordagem induziria com que tais decisões sejam contextuais, perguntando como, nas dadas circunstâncias e história, a política pública pode melhor promover as reinvindicações das capabilities

[53] Idem ibidem, p. 59.
[54] "[…] os cidadãos não são obrigados a criar seus filhos de acordo com princípios liberais; nós podemos ter que permitir alguma divisão tradicional sexual do trabalho nas famílias, 'já que é completamente voluntário e não resulta de ou leva à injustiça' [....]." NUSSBAUM, 2000, p. 60.
[55] Idem ibidem.

> humanas. A única coisa que impede a intervenção estatal é a pessoa e as várias liberdades e direitos da pessoa [...].[56]

Por isso, ela conclui que a sua abordagem também, assim como a de Rawls, criaria certos limites à intervenção estatal na família, porém a sua proposta estaria mais apta a lidar com as questões familiares.[57]

Okin, por sua vez, segue o ponto de crítica de Nussbaum segundo o qual Rawls está "preso na dicotomia público/doméstico".[58] Assim, ela afirma que Rawls "não considera como parte da estrutura básica da sociedade a dependência econômica maior das mulheres e a divisão sexual do trabalho dentro da família tradicional".[59] Nesse sentido, a crítica de Okin em "Justice, Gender, and the Family" é quanto à dependência econômica das mulheres, que é resultado de todo um sistema, e da divisão sexual do trabalho na família, que tem por consequência a sobrecarga das mulheres e a não remuneração por seus serviços. O que está em jogo, neste caso, é a pressuposição de que a família é naturalmente justa, quando na sociedade concreta não se tem essa justiça.

A não aplicação dos princípios da justiça, ou melhor, como afirmado por Nussbaum, a aplicação somente de forma externa à família, faz com que sejam naturalizadas estas injustiças, de acordo com Okin. E isso, por consequência, também reflete na família como "escola" do desenvolvimento moral dos indivíduos: "'A sua falha de notar a divisão de gênero do trabalho na família', argumenta Okin, ameaça 'debilitar o desenvolvimento de um senso de justiça nas crianças' que serão 'os futuros cidadãos de uma sociedade justa'."[60] Ou seja, não é possível, e este é o ponto de Okin, que a família seja negligenciada e ainda assim deva ser considerada uma escola moral. O que se requer é que a justiça possa ser realizada no interior das famílias, para que os indivíduos reiterem esse senso de justiça na sociedade mais ampla.

Nesta linha, "Okin argumenta que as primeiras interações humanas devem ser 'baseadas em igualdade e reciprocidade em vez de dependência e dominação', mas muitos relacionamentos na família tradicional são baseados no último".[61] Por fim, é preciso ressaltar que:

> [...] a igualdade legal não é suficiente; Okin argumenta que 'até que haja justiça na família, as mulheres não poderão adquirir igualdade na política, no trabalho, ou em qualquer outra esfera'. Em outras palavras, 'uma família justa' é a 'fundação essencial' de uma 'sociedade justa', na qual as mulheres possuem iguais oportunidades às dos homens não apenas na esfera pública, mas também nas suas vidas privadas.[62]

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

[56] NUSSBAUM, 2000, p. 63.
[57] No que diz respeito às capabilities, pode ser investigado mais a respeito em Nussbaum (2000), "Woman and Human Development" e Amartya Sen (1999), "Development as freedom".
[58] OKIN, 1989, p. 92.
[59] Idem ibidem, p. 10.
[60] ARSENAULT, 2016, p. 13.
[61] Idem ibidem, p. 13.
[62] Idem ibidem, p. 14.

Após a análise das críticas feitas pelas feministas ao liberalismo e ao contratualismo e à Teoria da Justiça de John Rawls, pode-se afirmar que Rawls, apesar da sua relativa receptividade às críticas, não assimilou completamente as sugestões. Isso é devido em parte à incompatibilidade das críticas e/ou da orientação teórica de quem as formulou, ou então da necessidade de toda uma reformulação da Teoria da Justiça, se a crítica tivesse sido aceita.

Do mesmo modo, pode-se avaliar que Rawls não considerava indispensável uma transformação completa na sua Teoria, por pensar que ela já comportava de maneira adequada as exigências de gênero e de justiça na família, no sentido de que a Teoria possui todos os mecanismos para lidar com as injustiças e colocar a justiça de volta no seu eixo, seja pelo design da estrutura básica da sociedade ou pelo estágio constitucional ou legislativo.

Como argumentado, a Teoria fixa suas bases no liberalismo e no contratualismo, e para se adequar a estas críticas, as bases teriam que ser totalmente reformuladas. Mesmo com as mudanças ocorridas no Liberalismo Político e demais escritos posteriores, a Teoria manteve a sua essência. As bases são as mesmas, a noção de sujeito ainda é uma concepção liberal, o conceito de família teve pouca alteração, como também a aplicação dos princípios da justiça. Os conceitos do véu da ignorância e da posição original estão diretamente relacionados ao contratualismo; sendo assim, haveria necessidade de uma mudança geral nas bases, ou de forma mais superficial, a revisão dos conceitos.

Verifica-se que, seguindo Nussbaum, a aplicação exterior dos princípios da justiça à família somente reforçam os efeitos negativos da dicotomia público e privado, e não resolvem as questões de justiça intrafamiliar. Neste sentido, fazendo-se uma modificação mais branda, poderia ser revista a aplicação dos princípios, ou então, tendo em conta a concepção liberal da filósofa, adequar o liberalismo da Teoria às capabilities, pensar novamente as instituições sociais e demais conceitos.

Conclui-se, portanto, que a Teoria da Justiça é insuficiente para garantir a igualdade entre os gêneros, seja na vida pública ou na esfera privada, como também para assegurar a justiça intrafamiliar. Seria necessário mudar as bases da Teoria de modo a agregar a Ética do Cuidado, ou então repensá-la de modo a cortar relações com o liberalismo e o contratualismo. Conforme Nussbaum, o liberalismo rawlsiano poderia agregar o conceito de capabilities; conforme as demais autoras, os conceitos de *self*, do véu da ignorância, da família e a aplicação dos princípios conforme estão dados não são suficientes para assegurar a premissa igualitária previamente estabelecida por Rawls.

Por estas razões, salienta-se que a Teoria da Justiça de Rawls não cumpre com os seus objetivos igualitários, apesar de conceituar a justiça como equidade. Desse modo, a Teoria, como se encontra formulada atualmente, não dá respaldo suficiente às exigências da igualdade de gênero, especialmente no que tange aos Direitos Humanos, e do que se espera das democracias liberais atuais.

5 REFERÊNCIAS

ARSENAULT, Conor. A feminist critique on the limits of Rawls. In **Mapping Politics**. Newfoundland, vol. 7, 2016.

ENGLISH, Jane. Justice between generations. In **Philosophical Studies**. Chapel Hill, vol. 31, 1977, pp. 91-104.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls:** um breve manual de filosofia política. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

HELD, V. **The Ethics of Care** – personal, political and global. New York: Oxford University Press, 2006.

HUANG, Mab. **The feminist critique of John Rawls:** Carole Pateman, Susan Okin and Martha Nussbaum. Disponível em <http://hre.pro.edu.tw/download/essays-ch-9-1162388202/mab.pdf>. Acesso em 30 mai. 2018.

MANSBRIDGE, Jane. Carole Pateman: radical liberal?. In O'NEILL; SHANLEY; YOUNG (eds.). **Illusion of consent:** engaging with Carole Pateman. Pennsylvania State University Press, 2008, pp. 231-244.

NUSSBAUM, Martha. The future of feminist liberalism. In **Proceedings and Adresses of the American Philosophical Association**. Chicago, vol. 74, n. 2, 2000, pp. 47-79.

OKIN, Susan Moller. Gênero, o público e o privado. In **Estudos feministas**. Florianópolis, vol. 16, n. 2, 2008.

_____. **Justice, Gender, and the Family**. New York: Basic Books, 1989.

PATEMAN, Carole. Afterword. In O'NEILL; SHANLEY; YOUNG (eds.). **Illusion of consent:** engaging with Carole Pateman. Pennsylvania State University Press, 2008, pp. 231-244.

_____. Críticas feministas à Dicotomia Público/Privado. In BIROLI, Flavia (Org.). **Teoria política feminista:** textos centrais. Vinhedo: Ed. Horizonte, 2013, pp. 55-79.

_____. **O contrato sexual**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

_____. **The sexual contract**. Stanford: Stanford University Press, 1988.

PEREIRA, Rafael Rodrigues. A importância da concepção de sujeito implícita na Ética do Cuidado. **Winnicott e-prints**. São Paulo, v. 6, n. 1, 2011, pp. 66-79.

DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 394-A DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO EM FACE DOS DIREITOS SOCIAIS DA MULHER TRABALHADORA

Joelma Nunes[1]
Daniel de Mello Massimino[2]

1 INTRODUÇÃO

No ano de 2017, a redação do artigo 394-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em decorrência da denominada Reforma Trabalhista, passou por várias reviravoltas. Tal artigo diz respeito às regras de afastamento da mulher gestante de trabalhos insalubres.

Em razão dessas alterações, foi analisado neste trabalho o conteúdo do disposto na nova redação do artigo 394-A, consoante a redação vigente após as reformas ocorridas no ano de 2017, considerando que tal dispositivo flexibilizou a presença da mulher gestante em ambiente insalubre, retirando a proteção já concedida na redação atribuída pela Lei n. 13.287/2016, norma que estava em consonância com os direitos sociais preconizados na Constituição Federal de 1988.

Este tema, além de atual, é relevante tanto sob o prisma social como jurídico. No aspecto social, apresenta-se que a situação da vulnerabilidade da gestante em ambiente insalubre impõe especial proteção. Sob o aspecto jurídico, discute-se o conflito entre uma norma infraconstitucional, no caso a redação atual do artigo 394-A da CLT, face à possibilidade de afronta a um dispositivo constitucional que versa sobre as garantias fundamentais, em especial à proteção ao mercado de trabalho da mulher e a redução de riscos inerentes ao trabalho.

Assim, discutiu-se o tema por meio da ponderação de direitos fundamentais envolvidos, analisando o conteúdo da reforma da CLT no que diz respeito ao trabalho da gestante em locais insalubres (art. 394-A, com sua atual redação).

O problema de pesquisa deste trabalho questiona se o artigo 394-A da CLT, consoante a redação vigente após as reformas ocorridas no ano de 2017, no que diz respeito ao trabalho da mulher gestante em ambiente insalubre, fere as disposições constitucionais, erigidas a direitos fundamentais sociais de proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei (art. 7º, XX, da CF/88) e redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, XXII, da CF/88).

Quanto à hipótese, entendeu-se que a atual redação do artigo 394-A da CLT ofende os princípios fundamentais de proteção da saúde da mulher trabalhadora, conduzindo à sua inconstitucionalidade, que pode ser atacada tanto diretamente, por meio de controle concentrado junto ao Supremo Tribunal

[1] E-mail: joelma.nunes@catolicasc.org.br.
[2] E-mail: danielmello@catolicasc.org.br. Currículo *Lattes*: http://lattes.cnpq.br/1727870407500079.

Federal, quanto por via indireta, em ações individuais e/ou coletivas eventualmente levadas à Justiça do Trabalho.

E para assim delimitar o campo de pesquisa, se faz necessário destacar o objetivo geral proposto à pesquisa, que foi verificar em que medida o art. 394-A da CLT, no que diz respeito ao trabalho da mulher gestante em ambiente insalubre, fere os princípios fundamentais de proteção da saúde da mulher trabalhadora e da criança, previstos na Constituição Federal de 1988.

Para o desenvolvimento desse trabalho, utilizou-se o método científico hipotético-dedutivo, bem como o método de procedimento monográfico. Para a coleta de dados no decorrer da pesquisa, utilizou-se a técnica de pesquisa bibliográfica, considerando a análise doutrinária, e também a técnica de pesquisa documental, tendo em vista a necessidade de estudo e aprofundamento de legislação pertinente ao tema que foi desenvolvido, especialmente os tratados e convenções internacionais que dispõem sobre a matéria.

2 DESENVOLVIMENTO

Foi durante o processo de industrialização com a Revolução Industrial do século XVIII, no qual o trabalho foi transformado em emprego[3], que a mão de obra feminina ganhou relevância, haja vista os menores salários pagos a estas. Em razão disto, houve preferência pelo trabalho da mulher. Não havia limites com relação aos contratos estabelecidos entre empregadores e empregados. Os empregadores, conforme seus interesses, determinavam o horário de trabalho a ser cumprido indistintamente: homens, mulheres e menores, com a mesma carga horária; e além disto, não havia diferenciação entre os tipos de atividades, sujeitando assim os mais vulneráveis a atividades penosas (NASCIMENTO, 2011).

No que diz respeito ao trabalho da mulher, foi a partir da Primeira Guerra Mundial que a mulher ingressou com mais expressividade no mercado de trabalho, notadamente nas oficinas. Segundo Nascimento (2011, p. 42), “Com a guerra, 200.000 mulheres ingressaram nas oficinas; em 1911, foram 185.000; em 1931, 580.000; em 1951, 1.200.000, mais da metade do efetivo”.

Como consequência das duas Grandes Guerras, houve o esvaziamento da mão de obra masculina originado pela convocação destes por suas pátrias para defendê-las nos campos de batalha, fazendo com que as mulheres passassem a ocupar os postos de trabalho vagos, contribuindo com a necessidade de intervenção do Estado com vistas à proteção dos mais vulneráveis, neles incluídos os menores e as mulheres.

No plano internacional, essa necessidade de intervenção encontrou abrigo em tratados e convenções, especialmente após o advento da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945 e da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948. Porém, antes mesmo da instalação desse organismo, em 1919, por meio do Tratado de Versalhes, foram dados os primeiros passos para a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), atualmente uma das agências especializadas da ONU.

[3] Para Martins (2014, p. 6), a Revolução Industrial transformou o trabalho em emprego, pois: “Os trabalhadores, de maneira geral, passaram a trabalhar por salários. Com a mudança houve uma nova cultura a ser aprendida e uma antiga a ser desconsiderada”.

Nascimento (2011, p. 132, grifo do autor) explica acerca da constituição da Organização Internacional do Trabalho: "A Parte XIII desse tratado é considerada a constituição jurídica da Organização Internacional do Trabalho — OIT, e foi complementada pela *Declaração de Filadélfia* (1944) e pelas reformas da Reunião de Paris (1945) da OIT".

A parte XIII do Tratado de Versalhes, em seu preâmbulo apresenta os ideais que inspiraram a criação da Organização Internacional do Trabalho, dentre os quais destacam-se:

> […] à fixação de uma duração máxima do dia e da semana de trabalho, ao recrutamento da mão de obra, à luta contra a paralisação do trabalho, à garantia de um salário que assegure condições de existência convenientes, à proteção dos trabalhadores contra as doenças gerais ou profissionais e os acidentes do trabalho, à proteção das crianças e adolescentes, e das mulheres, às pensões de velhice e invalidez, à defesa do interesse dos trabalhadores empregados no estrangeiro, à afirmação do princípio de liberdade sindical, à organização do ensino profissional e técnico e outras medidas análogas; […] (SOCIEDADE DAS NAÇÕES, 1919, apud NASCIMENTO, 2011, p.133).

Percebe-se com estas afirmações que os três principais motivos para a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) foram: o sentimento de justiça social, o perigo da injustiça social e a similaridade das condições de trabalho na ordem internacional, considerando o momento histórico no qual a Organização Internacional do Trabalho (OIT) foi criada: logo após o fim da Primeira Guerra Mundial que devastou o mundo, ocasionando a miséria e degradação dos trabalhadores (MAZZUOLI, 2012).

Com a crescente preocupação com os direitos inerentes ao ser humano e o sentimento de justiça social ao final Segunda Guerra Mundial, em 1945 surgia as Nações Unidas e suas agências especializadas, conforme estabelecido pela Carta das Nações Unidas, contribuindo para o processo de internacionalização dos direitos humanos, na medida em que tinha como princípio o respeito aos direitos humanos e as liberdades fundamentais, sem distinção de raça ou sexo (MAZZUOLI, 2012).

Em seu primeiro artigo, contempla de forma expressa a proteção aos direitos humanos e liberdades fundamentais[4]. Não obstante a Carta das Nações Unidas tenha sido enfática na importância em defender, promover e respeitar os direitos humanos e as liberdades fundamentais, tais expressões não foram conceituadas naquele primeiro momento, o qual foi definido somente em 1948 com o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos (PIOVESAN, 2015).

Conforme leciona Mazzuoli (2012), a Carta das Nações Unidas contribuiu de forma pioneira para a universalização dos direitos da pessoa humana, uma vez que reconhece a legitimidade do tema como de interesse internacional, não

[4] Artigo 1 Os propósitos das Nações unidas são:
[...] 3. Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1945).

mais estando vinculado somente à jurisdição dos Estados, e que, ao ratificarem a Carta, reconhecem as obrigações relativas à proteção e promoção dos direitos humanos, tanto no seu território doméstico quanto no território internacional.

Por seu turno, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada em 10 de dezembro de 1948 pela Assembleia Geral das Nações Unidas realizada em Paris (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948), constituiu como seu principal fundamento a dignidade da pessoa humana, estabelecendo assim: " [...] um código de conduta mundial para dizer a todo o planeta que os direitos humanos são universais, bastando a condição de *ser pessoa* para que se possa vindicar e exigir a proteção desses direitos [...]" (MAZZUOLI, 2012, p. 874, grifo do autor).

Além de tratar da universalidade dos direitos humanos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de forma inédita, passou a introduzir característica de indivisibilidade destes direitos, à medida que estabeleceu em seu texto duas categorias de direitos: os direitos civis e políticos, bem como os direitos econômicos, sociais e culturais (PIOVESAN, 2015). A Declaração Universal dos Direitos Humanos, ainda que não seja um tratado internacional, conforme lecionado por PIOVESAN (2015, p. 225): "[...] apresenta força jurídica obrigatória e vinculante, na medida em que constitui a interpretação autorizada da expressão "direitos humanos" constante dos arts. 1º (3) e 55 da Carta das Nações Unidas".

Com efeito, além do importante marco histórico para o Direito Internacional dos Direitos Humanos, a Declaração Universal de 1948, por sua qualidade de fonte jurídica, têm servido de referencial e paradigma para os tratados de direitos humanos posteriormente editados, tanto no âmbito do sistema global como no sistema regional de proteção dos direitos humanos e, no que tange ao Direito Interno, serviu como paradigma para a Constituição Federal 1988, que incluiu em seus dispositivos várias previsões constantes na Declaração, o que demonstra a integração do direito constitucional brasileiro ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos (MAZZUOLI, 2012).

No que é pertinente à internalização dos Direitos Humanos internacionalmente reconhecidos para o ordenamento jurídico brasileiro, é fundamental pôr em relevo o fato de que o Brasil é signatário de um volume significativo de tratados e convenções internacionais, além de ser membro tanto da ONU quanto da OIT, o que lhe obriga a respeitar tais tratados e convenções. Considerando que as convenções internacionais do trabalho possuem caráter de tratados internacionais de direitos humanos, especificamente por se tratar de direitos sociais, a integração destas convenções ao direito brasileiro é feita com *status* de normas materialmente constitucionais, em razão do artigo 5º, § 2º da Constituição Federal de 1988 (MAZZUOLI, 2013).

Não obstante, porém, toda a construção internacional acerca dos direitos sociais relativos ao trabalho, que certamente permite a elaboração de um outro trabalho somente sobre o tema, o que se percebe é que a discussão internacional acerca dos Direitos Humanos gerou reflexos na construção do texto constitucional brasileiro também no que é pertinente à proteção do trabalho da mulher, fazendo coro a instrumentos como as Convenções da Organização Internacional do Trabalho que versam sobre a matéria, a Convenção sobre os Direitos da Criança e à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, considerando a ratificação pelo Brasil desses

tratados internacionais que versam sobre os direitos dos trabalhadores a um meio ambiente de trabalho salutar, sobre os direitos das mulheres no ambiente de trabalho, o amparo e a proteção à maternidade e consequentemente à proteção das crianças (desde a sua concepção).

Assim, a Constituição Federal de 1988 consagra diversas normas e princípios de proteção à mulher, dentre eles, primeiramente destaca-se a igualdade, conforme se extrai do seu artigo 5º, I[5]. Outro importante princípio consagrado foi o reconhecimento do trabalho como instrumento de dignidade para a pessoa humana, notadamente com a edição do Título II, sobre os direitos e garantias fundamentais, no qual se tornou ainda mais explícita a proteção ao trabalhador, conforme o rol de direitos estabelecidos no artigo 7º, dentre os quais, no que diz respeito ao trabalho da mulher, cita-se a concessão de licença-maternidade à gestante e a proteção ao mercado de trabalho da mulher (GAMBA; MONTAL, 2013).

Sarlet leciona que o princípio da dignidade da pessoa humana reside no reconhecimento dos direitos fundamentais que lhe são inerentes, conforme:

> [...] a noção de dignidade repousa – ainda que não de forma exclusiva (tal como parece sugerir o pensamento de inspiração kantiana) – na autonomia pessoal, isto é, na liberdade (no sentido de capacidade para a liberdade) – que o ser humano possui de, ao menos potencialmente, formatar a sua própria existência e ser, portanto, sujeito de direitos, já não mais se questiona que a liberdade e os direitos fundamentais inerentes à sua proteção constituem simultaneamente pressupostos e concretização direta da dignidade da pessoa, de tal sorte que nos parece difícil – ao menos se pretendermos manter alguma coerência com a noção de dignidade apresentada ao longo do texto – questionar o entendimento de acordo com o qual sem liberdade (negativa e positiva) não haverá dignidade, ou, pelo menos, esta não estará sendo reconhecida e assegurada (SARLET, 2006, p. 85).

Assim, os direitos fundamentais são definidos como aqueles constituídos a partir da dignidade da pessoa humana, com vistas a garantir a liberdade, igualdade, solidariedade, cidadania e justiça, estes considerados como seu núcleo essencial. Estas garantias constitucionais exigem respeito por parte dos demais cidadãos, bem como proteção do Estado (ROMITA, 2007).

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 7º, inciso XX, salientou a proteção do mercado de trabalho da mulher, com a adoção de incentivos específicos, visando garantir efetividade aos direitos sociais das mulheres (BRASIL, 1988). Por sua vez, os incisos XVIII e XXX, respectivamente, disciplinaram sobre a licença maternidade, duração e garantia salarial, bem como sobre a proibição de diferenças salariais e critérios de admissão por motivos de sexo, idade, cor ou estado civil, demonstrando especial preocupação com o mercado de trabalho da mulher (BRASIL, 1988).

[5] 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:
I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição (BRASIL, 1988).

Neste sentido, considerando as diferenças biológicas entre homens e mulheres, a não discriminação representa o princípio da isonomia, conforme:

> A igualdade substancial é um objetivo constitucionalmente tutelado. Mas como igualar substancialmente pessoas entre si tão diferenciadas? **A única solução é desigualá-las em termos jurídicos para que através desse desigual tratamento se obtenha maior igualdade substancial**. Desigualar nesses termos é permanecer fiel ao princípio constitucional da igualdade e seu consectário lógico, o princípio de não discriminação. Desigualar em termos diversos é discriminar, o que está constitucionalmente vetado (PASSOS, 2007, p. 4, grifo do autor).

Portanto, o princípio da isonomia é aplicado claramente na disposição constitucional constante do artigo 7º, XVIII[6], que aliado ao artigo 201, II[7], da referida Carta estabelece o período da licença maternidade sem prejuízo do salário, sem atribuir este ônus ao empregador, deixando o mesmo a cargo da Previdência Social, com a intenção de preservar a igualdade de acesso ao mercado de trabalho entre homens e mulheres. Assim, é evidente a necessidade de proteção no âmbito constitucional dos direitos concernentes à mulher em seu ambiente laboral, especialmente quando gestante, por meio de regulamentação no ordenamento jurídico interno, em consonância com os tratados e convenções pelo Brasil ratificados, que dizem respeito à matéria.

A proteção à saúde do trabalhador é um direito social de natureza fundamental devidamente previsto na Constituição Federal de 1988, a qual introduziu o direito à saúde do trabalhador no ordenamento jurídico pátrio, traçando diretrizes ao meio ambiente laborativo, protegendo o trabalhador por meio de normas de saúde, higiene e segurança do trabalho (BRASIL, 1988).

No ambiente laboral são várias as condições de risco que se apresentam ao trabalhador, dentre elas encontram-se a insalubridade, que afeta aos poucos a saúde, causando prejuízos diários e silenciosos ao trabalhador que a ela está submetida. A insalubridade pode se constituir através de elementos físicos, como por exemplo: ruídos vibrações, calor, frio, umidade; químicos: névoas, poeira, fumos; ou biológicos: bactérias, fungos, vírus, entre outros fatores oriundos de atividades ou operações insalubres (MARTINS, 2014).

Martins (2014, p. 723) conceitua a insalubridade como:

> Esclarece o art. 189 da CLT que são consideradas atividades ou operações insalubres as que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição a seus efeitos. Hoje, de acordo com as determinações legais, é preciso verificar se os

[6] Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
[..] XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias (BRASIL, 1988).

[7] Artigo 201: A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)
[...] II - proteção à maternidade, especialmente à gestante; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) (BRASIL, 1988).

> agentes insalutíferos estão acima dos limites permitidos para que se possa configurar a insalubridade, o que revela um aspecto quantitativo na determinação legal.

Conforme estabelecido pelo artigo 190 da CLT, cabe ao Ministério do Trabalho e Emprego a aprovação e classificação das atividades e operações insalubres, bem como os limites de tolerância, os meios de proteção e o tempo máximo de exposição do trabalhador a estes agentes nocivos (BRASIL, 1943).

Esta classificação é feita através de perícia, que fica a cargo do engenheiro de segurança ou médico do trabalho, sem discriminação legal em quais casos a perícia possa ser realizada por médico e em quais casos pelo engenheiro; de acordo com a jurisprudência, ambos podem realizar qualquer tipo de perícia, no que concerne a insalubridade (SÜSSEKIND et al., 2003).

O Brasil adotou o sistema de monetização do risco, conforme disposto na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 7º, inciso XXIII, mediante o pagamento de adicional pelo trabalho realizado em condições insalubres. Com esta medida, o que se buscou foi a garantia de um ambiente de trabalho saudável para o empregado, em detrimento da indenização (adicional de insalubridade) que será paga como contrapartida aos riscos existentes naquele ambiente.

Tal sistema merece críticas a respeito, pois houve maior esforço em regulamentar a monetização do risco, do que incentivar a adoção de um meio ambiente de trabalho saudável. Tendo em vista a monetização do risco, a insalubridade foi classificada em três graus, quais sejam: mínimo, médio ou máximo, cada um fazendo jus a um adicional correspondendo ao percentual de 10%, 20% ou 40%, respectivamente, calculado a partir do salário mínimo, considerando o disposto no artigo 192 da CLT (BRASIL, 1943).

Porém, o objetivo da CLT é a eliminação ou neutralização da insalubridade, através da adoção de medidas que preservem o meio ambiente de trabalho dentro dos limites de tolerância, a fim que se possa conservar a saúde do trabalhador (SÜSSEKIND et al., 2003).

Martins (2014) aduz que o ideal seria a possibilidade de o empregado não necessitar trabalhar em ambientes insalubres, pois muitas vezes o empregador prefere efetuar o pagamento do ínfimo adicional de insalubridade, do que eliminar o risco ocasionado pelo agente insalubre, que demandaria maior investimento por parte do empregador. Muitas vezes em razão da demanda por trabalho *versus* vagas, não há por parte do trabalhador escolha a ser feita, considerando a necessidade de se obter um emprego para mantença de sua família.

Deste modo, é diante da devida utilização dos equipamentos individuais de proteção, que se possibilita a neutralização da atuação do agente de risco, nos dizeres de Oliveira, citado por Sady:

> [...] quando nenhuma das alternativas anteriores for possível, como último recurso é que se deve adotar a hipótese de neutralização do agente por intermédio do EPI. Só haverá neutralização quando o agente agressivo tem sua intensidade diminuída a limites toleráveis, considerando-se como tal “a concentração ou intensidade máxima ou mínima relacionada com a natureza e o tempo de exposição do agente, que não causará dano à saúde do trabalhador, durante a sua vida laboral” (OLIVEIRA, 1998 apud SADY, 2000, p. 107).

No entanto, é possível afirmar que nem todo EPI (Equipamento individual de proteção)[8] anula a nocividade do agente agressivo. Dessa forma, insta destacar que somente se o EPI neutralizar 100% dos riscos oriundos dos agentes insalubres não haverá a necessidade do pagamento do adicional pela empresa. No entanto, para que isto seja possível é necessário, além da troca periódica e manutenção do EPI, que o mesmo esteja de acordo com a regulamentação técnica, pois caso seja fornecido de forma inadequada ou insuficiente para anular os riscos químicos, físicos e/ou biológicos, o trabalhador fará jus ao recebimento do adicional de insalubridade.

Porém, mais importante do que isto é a consciência social, independente do pagamento do adicional de insalubridade, uma vez que o EPI tem por função evitar consequências mais graves, como o acidente de trabalho. Considerando todos os riscos e problemas atinentes ao ambiente de trabalho insalubre, ainda se tem a exposição da trabalhadora gestante a estes riscos.

A Constituição Federal de 1988 não restringiu o trabalho das mulheres em ambientes insalubres, em detrimento das Constituições anteriores, a partir da Constituição de 1934. Em razão da consagração da igualdade entre homens e mulheres, e também de acordo com o disposto no artigo 7º, XXX, que vedou as diferenças salarias, de exercício de funções, bem como do critério de admissão com base no sexo, as mulheres ficaram expostas ao mesmo ambiente de trabalho que os homens (BRASIL, 1988).

Contudo, quando na situação de gestante, tal situação deve ser flexibilizada, não considerando a proteção à maternidade como fator de discriminação, em razão das necessidades fisiológicas deste período. Assim leciona Barros:

> Os riscos reprodutivos ocupacionais devem ser eliminados, reduzidos ou distribuídos dentro de um sistema racional de trabalho, de acordo com as particularidades de cada sexo. Ademais, são poucas as profissões, se realmente existem, nas quais o trabalho insalubre ou perigoso é mais prejudicial às mulheres do que aos homens, se uns ou outros agirem com prudência necessária, exceção feita, evidentemente, à mulher no ciclo gravídico-puerperal (BARROS, 2016, p. 707).

O enfoque deste trabalho é justamente a submissão da mulher ao trabalho insalubre, quando na condição de gestante. Após as considerações acerca dos malefícios causados pelos agentes insalubres e seus riscos para a saúde do trabalhador, a gestante merece maior proteção do que o trabalhador comum, tendo em vista as suas diferenças biológicas.

Antes, contudo da análise específica da constitucionalidade do dispositivo em comento, relevante discorrer, ainda que em breves linhas, sobre o controle de constitucionalidade no Brasil. Em regra, considerando o controle repressivo de constitucionalidade, ele pode ser realizado de forma difusa ou concentrada, ou seja: “Verifica-se o primeiro quando se reconhece o seu exercício a todos os

[8] Segundo Garcia (2017, p.1186): “Considera-se Equipamento de Proteção Individual (EPI) todo dispositivo ou produto, de uso individual utilizado pelo trabalhador, destinado à proteção de riscos suscetíveis de ameaçar a segurança e saúde no trabalho”.

componentes do Poder Judiciário, e o segundo, se só for deferido ao tribunal de cúpula do Poder Judiciário ou a uma corte especial" (SILVA, 2005, p. 49).

O controle concentrado é realizado de maneira direta, abstrata, sendo a declaração de inconstitucionalidade/constitucionalidade da lei, o principal pedido, exercido diretamente perante a Corte Suprema do Brasil: o Supremo Tribunal Federal[9]. O controle difuso é praticado de modo concreto, incidental, quando qualquer uma das partes em litígio suscitar a questão da constitucionalidade, e admite que todo e qualquer magistrado exerça esse controle, declarando a constitucionalidade ou não da norma. Ressalte-se aqui, que inclusive o Supremo Tribunal Federal pode realizar controle difuso, desde que a questão da constitucionalidade da norma integre a causa de pedir e não o pedido, principalmente nas questões levadas à Suprema Corte através dos Recursos Extraordinários (art. 102, III da CF/1988).

Findos os necessários comentários e apontamentos acerca do instituto do controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, passa-se a análise da possível inconstitucionalidade do art. 394-A da CLT, incorporado à mesma pela Lei n. 13.467/2017 – Reforma Trabalhista.

Desse modo, transcreve-se a atual redação do artigo em comento:

> Art. 394-A. Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de: (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)
> I - atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
> II - atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
> III - atividades consideradas insalubres em qualquer grau, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a lactação. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (BRASIL, 1943).

Em contrapartida a essa redação, o texto constitucional faz ponderações sobre os direitos sociais, elencando, entre outros, a saúde, o trabalho, e a proteção à maternidade e à infância, como direitos fundamentais. Nesse sentido, o art. 7º da Constituição Federal de 1988:

> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
> [...] XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;
> [...] XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (BRASIL, 1988).

[9] Há uma exceção a essa regra, conforma assevera Mendes; Branco (2012, p. 1596), ao dispor que a Constituição Federal de 1988, "[...] introduziu no art. 125, § 2º, a previsão expressa para que o constituinte estadual pudesse adotar o controle abstrato de normas destinado à aferição da constitucionalidade de leis estaduais ou municipais em face da Constituição estadual, desde que assegurada a legitimidade de propositura a mais de um órgão".
O art. 125, § 2º da CF/1988 assim dispõe: "§ 2º Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão" (BRASIL, 1988).

E consagra ainda, a primazia do trabalho como forma de se obter a justiça social: “Art. 193: A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais” (BRASIL, 1988).

Nesse diapasão, constata-se que a Constituição Federal de 1988 possui preocupação com o ambiente de trabalho de todos os trabalhadores, principalmente os que realizam funções em meios laborais insalutíferos. Ainda, considerando o direito fundamental à saúde, o direito fundamental de proteção à maternidade e à infância e o direito social de natureza fundamental ao trabalho, especial proteção deve ser realizada nos casos das mulheres gestantes que trabalhem nesses ambientes.

De igual modo, através do art. 196 da Constituição Federal de 1988, observa-se que: “A saúde é direito de todos e dever do Estado [..]” (BRASIL,1988), assim, é de responsabilidade do Estado a criação de políticas públicas que visem a sua proteção. Por sua vez, os artigos 201, inciso II, já mencionado, e 203, inciso I, da Constituição Federal de 1988[10] dispõem sobre a previdência e assistência social, respectivamente, no que se refere à proteção à maternidade.

Nesta senda, resta caracterizado que a redação dos incisos II e III do art. 394-A, ao expressar que a gestante ou lactante somente será afastada dos ambientes de trabalho insalubres em grau mínimo ou médio, mediante a apresentação de atestado médico que recomende o afastamento, retira da mulher trabalhadora, notadamente da gestante, seus direitos constitucionalmente protegidos: o ambiente de trabalho salutar, a proteção à sua saúde e a do feto, bem como a proteção ao mercado de trabalho feminino, que em razão das peculiaridades fisiológicas, merece especial atenção.

Ademais, retrocede aos direitos adquiridos durante anos de lutas, em prol da prevalência dos direitos humanos, buscando colocar em equilíbrio aqueles que mais necessitam de proteção. Cabe aqui ressaltar, considerando a pesquisa realizada, que a redação anterior do mencionado dispositivo, apresentava uma proposta muito mais coerente:

> A empregada gestante ou lactante será afastada, enquanto durar a gestação e a lactação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, devendo exercer suas atividades em local salubre. (Incluído pela Lei nº 13.287, de 2016) (BRASIL, 1943).

Resta evidente que a redação atual do artigo, em detrimento ao anterior, caracteriza o retrocesso social, o que é totalmente desarrazoado considerando os princípios consagrados pela Carta Magna, notadamente a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos e garantias fundamentais.

Acerca da vedação ao retrocesso, Canotilho assinala:

> [...] os direitos sociais e económicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma *garantia institucional* e um *direito subjectivo*. A

[10] Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:
I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice (BRASIL, 1988b).

> "proibição de retrocesso social" nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (*reversibilidade fáctica*), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos *direitos adquiridos* (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do *princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural*, e do *núcleo essencial* da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana (CANOTILHO, 2003, p. 338-339, grifo do autor).

Flavia Piovesan (2015, p. 257), por sua vez salienta que, o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabelece que os Estados devam "[...] reconhecer e progressivamente implementar os direitos nele enunciados". É dessa aplicação progressiva que resulta a cláusula de proibição do retrocesso social, vedando ao Estado à redução de políticas públicas que garantam esses direitos, como é o caso da nova redação do art. 394-A da CLT, de acordo com o texto estabelecido pela Reforma Trabalhista.

Constata-se a violação desse núcleo fundamental, o que justifica a inconstitucionalidade da norma em apreço, que poderá ser atacada por meio de Ação Direta de Constitucionalidade, uma vez que a mesma é eivada de vício material, em razão da inobservância aos direitos e garantias fundamentais: da sua decisão, os efeitos produzidos possuirão eficácia *erga omnes*. Ainda que não haja atualmente decisão do Supremo Tribunal Federal quanto à inconstitucionalidade do referido dispositivo, poderá em casos concretos, o juiz singular ou tribunais regionais/estaduais, por meio do controle difuso, declararem inconstitucional a norma, *inter partes*.

Necessário se faz observar, acerca do controle difuso de constitucionalidade, especialmente na seara trabalhista, uma vez que a norma a ser impugnada, faz parte da CLT:

> É mister que os Juízes estejam imbuídos de conservar o equilíbrio da ordem jurídica constitucional, expurgando normas violadoras do espírito protetivo do trabalhador encarnado no texto constitucional. Afinal, não se pode desprezar o homem, enquanto trabalhador, em benefício da ciranda econômica que hoje pretende, desapercebida ou intencionalmente, sobrepor-se à própria organização jurídico-social (NUNES, 2003, p. 59-60).

Em vista disso, o magistrado trabalhista precisa estar atento à preservação da constitucionalidade no tocante à legislação infraconstitucional, principalmente àquelas que dispõem sobre os direitos sociais, e ainda mais, quando estiver em demanda a proteção à saúde dessa trabalhadora, notadamente quando na situação de gestante, conforme se extrai da redação do art. 394-A, incisos II e III, da Lei n. 13.467, norma esta que deve ser impugnada.

Não obstante o controle a ser realizado pelos juízos singulares ou mesmo tribunais regionais/estaduais, já consta no Supremo Tribunal Federal, a propositura da ADI n. 5938[11] com pedido de medida liminar, de autoria da Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos, que têm por objeto a declaração de inconstitucionalidade das partes finais dos incisos II e III do art.

[11] Em consulta à tramitação da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5938, no sitio do Supremo Tribunal Federal, na data de 04/08/2018, observa-se como última movimentação a juntada de petição da autora, requerendo o desentranhamento de peças processuais (BRASIL, 2018).

394-A da Lei 13.467/2017, conforme a hipótese de pesquisa proposta nesse trabalho.

A inconstitucionalidade alegada encontra respaldo nos seguintes artigos da Constituição Federal de 1988: 1º, IV; 6º; 7º, XX e XXII; 170; 193; art. 196; 201, II; 203, I; e 225. Verifica-se, conforme a petição inicial apresentada ao Supremo Tribunal Federal, que a autora possui legitimidade para a propositura da ADI (art. 103, IX, CF/1988), bem como demonstrou a pertinência temática que exige a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: a Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos abrange as indústrias metalúrgicas e de material elétrico, eletrônico e informática, e conforme o seu Estatuto Social, a mesma foi constituída para, entre outras coisas, proteger e representar legalmente os direitos difusos, coletivos e individuais dos trabalhadores. Outrossim, como a norma trata do labor da gestante em ambiente insalubre, a Confederação alega que encontra sob sua tutela, inúmeras trabalhadoras sujeitas à essa norma.

3 CONCLUSÃO

Foi analisado neste trabalho o conteúdo do disposto na nova redação do artigo 394-A da CLT, consoante a redação vigente após as reformas ocorridas no ano de 2017, considerando que tal dispositivo flexibilizou a presença da mulher gestante em ambiente insalubre, retirando a proteção já concedida na redação atribuída pela Lei n. 13.287/2016, norma que estava em consonância com os direitos sociais preconizados na Constituição Federal de 1988.

Diante do problema de pesquisa apontado, questionando em que medida o artigo 394-A da CLT, consoante a redação vigente após as reformas ocorridas no ano de 2017, no que diz respeito ao trabalho da mulher gestante em ambiente insalubre, fere as disposições constitucionais, erigidas a direitos fundamentais sociais de proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei (art. 7º, XX, da CF/88) e redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, XXII, da CF/88), conclui-se, em consonância com a hipótese apresentada, que tal artigo fere, sim, os direitos sociais mencionados, constituindo-se, portanto, em norma inconstitucional.

Em face da pesquisa, e considerando o relevante papel social do trabalho e da maternidade para a sociedade (papéis estes, protegidos no âmago da Constituição Federal de 1988), resta cristalina a inconstitucionalidade dos incisos II e III do art. 394-A da CLT, a qual poderá ser declarada no controle concentrado, com efeitos *erga omnes* conforme ADI em andamento no Supremo Tribunal Federal ou, eventualmente, de modo difuso, quando tal questão for apresentada à Justiça do Trabalho.

4 REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 04 ago. 2018

_____. **Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, 09 ago. 1943. Disponível em <http://www.planalto.gov.br >. Acesso em: 04 ago. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 5938** (petição inicial). Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos. Brasília, 26 abr. 2018. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 04 ago. 2018.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina. 2003.

GAMBA, Juliane Caravieri Martins; MONTAL, Zélia Maria Cardoso. Tutela jurídica do trabalho da mulher: aspectos relevantes. **Revista de Direito do Trabalho**, v. 152, p. 65 – 86, jul./ ago., 2013.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014

MAZZUOLI Valério de Oliveira. Integração das convenções e recomendações internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio pro homine**. Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 152, p.11-34, 2013.

_____. **Curso de direito internacional público**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. E-book.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. E-book.

NUNES, Cláudio Pedrosa. C**ontrole difuso de constitucionalidade em matéria trabalhista: uma abordagem sob o prisma do princípio da igualdade**. São Paulo: LTR, 2003.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas**. Conferência das Nações Unidas. São Francisco, 26 jun. 1945. Disponível em: <http://www.onu.org.br/>. Acesso em 02 abr. 2018.

_____. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Assembleia Geral das Nações Unidas. Paris, 10 dez. 1948. Disponível em: < http://www.onu.org.br/>. Acesso em: 02 abr. 2018.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. O princípio de não discriminação. **Revista Eletrônica da Reforma do Estado**, Salvador, n. 11, p. 1 – 18, set./out./nov., 2007. Disponível em:

<http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=229>. Acesso em: 10 fev. 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos**: e o direito constitucional internacional. 15. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Ed. LTr, 2007.

SADY, João José. **Direito do meio ambiente de trabalho**. São Paulo: LTR, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de direito do trabalho**. 21. ed., atual. São Paulo: LTR, 2003.

DECISÕES CONTRAMAJORITÁRIAS E REPRESENTATIVIDADE: A ASCENSÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Júlia Farah Scholz[1]

RESUMO

No Brasil, a atuação do Supremo Tribunal Federal encontra limites constitucionalmente estabelecidos a fim de salvaguardar os direitos fundamentais garantidos a todos os cidadãos contra eventuais excessos da maioria. Nesse contexto, o principal objetivo do presente artigo é estabelecer uma análise do papel constitucionalmente atribuído ao Supremo Tribunal Federal em especial no que tange à judicialização de questões relevantes à sociedade, o que tem posto em debate os fenômenos do ativismo judicial e a postura contramajoritária do Supremo Tribunal Federal na tomada de decisões. Para tanto, por meio do método indutivo, utilizando-se da pesquisa bibliográfica e análise jurisprudencial, procura-se verificar o papel protagonista assumido pelo STF ao intervir nos órgãos representativos, por meio da anulação dos atos e normas emanados, bem como constatar se a tomada de decisões por parte do STF deve atender à opinião majoritária ou se esta pode se dar livre desta. Nesse viés, o problema levantado no presente artigo está direcionado a questionar qual a legitimidade do STF em invalidar atos do Legislativo e Executivo que supostamente correspondem à vontade majoritária.

Palavras-Chave: Decisões Contramajoritárias. Representatividade. Supremo Tribunal Federal. Direitos Fundamentais.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 atribuiu ao Supremo Tribunal Federal a tarefa de zelar pela defesa da Constituição, conferindo-o a função de realizar o controle de constitucionalidade concentrado dos atos e normas dos demais Poderes da República. Referidas funções confirmam a superioridade da Constituição e a legitimidade do Judiciário como seu garante.

A positivação dos direitos fundamentais na carta constitucional acarretou em uma mudança no arranjo institucional dos três poderes estatais, passando o Judiciário a decidir sobre assuntos de grande relevância social anteriormente levados aos poderes políticos. Referida mudança paradigmática do Direito levou a discussão dos fenômenos da judicialização da política, ativismo judicial e sobre o papel contramajoritário desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal.

A postura contramajoritária do Supremo Tribunal Federal na concretização das normas constitucionais por meio do controle de constitucionalidade, isto é, a possibilidade de juízes não eleitos virem a adotar

[1] E-mail: juliafarahscholz@gmail.com. Currículo *Lattes*: http://lattes.cnpq.br/0303821641424185.

decisões contrárias à vontade de maiorias ocasionais, tem sido alvo de debates na doutrina. A partir dessa perspectiva, adotando-se o método indutivo, utilizando-se da pesquisa bibliográfica e análise jurisprudencial e doutrinária, procura-se verificar o papel protagonista assumido pelo STF ao intervir nos órgãos representativos, por meio da anulação dos atos e normas emanados, bem como constatar se a tomada de decisões por parte do STF deve atender à opinião majoritária ou esta se dá de modo contramajoritário.

2 DEMOCRACIA, DIREITO E POLÍTICA

A separação entre Direito e Política, esta última no sentido partidário, é essencial em um Estado Democrático de Direito, objetivando principalmente que as instituições judiciais estejam afastadas da influência política com o intuito de se evitar a politização da justiça. Tal abismo, entretanto, não mais se faz existente de forma absoluta, eis que no âmbito Legislativo, como bem salienta Barroso (2010b), não há como se separar o Direito da Política, uma vez que o processo de criação das leis representa a vontade da maioria e o pleno exercício da soberania popular.

Porém, quando se parte para a esfera do Judiciário, isto é, da aplicação do direito, a separação entre direito e política se mostra possível, tendo em vista que, o que se espera num julgamento é a tomada de decisões em consonância com a Lei, afastando-se a discricionariedade do julgador.

O Poder Judiciário, cujos membros não são eleitos, mas aprovados em concurso público (ao menos no primeiro grau da jurisdição), deve prevalecer a norma, e não a política majoritária. No caso do STF, contudo, a situação é mais complexa tendo em vista que seus membros não são nem eleitos e nem aprovados em concursos públicos, senão nomeados pelo Chefe do Executivo após aprovação dos nomes pelo Senado Federal. A investidura de seus membros sofrerá, inevitavelmente, influência política.

Apesar dessa distinção, a abordagem aqui feita não será baseada na política partidária, outrossim, na Política como um conjunto de fatores externos aos jurídicos que podem influenciar na tomada de decisões por parte do Judiciário[2].

No desempenho das atividades de controle de constitucionalidade, o STF tem legitimidade para anular leis ou atos pelos poderes políticos se estes ofenderem a Constituição, isto é, tamanha intervenção só se faz legítima em prol da defesa dos direitos fundamentais e da ordem democrática.

No que tange à atuação contramajoritária há severas críticas a respeito da legitimidade democrática do Supremo em invalidar atos do Poder Legislativo e do Executivo por parte de um órgão do Judiciário, eis que exerce o controle de constitucionalidade dos atos emitidos por esses poderes. As acusações referentes a ilegitimidade democrática dos juízes não-eleitos em anular ou modificar leis e atos tomados pelos representantes do povo, apontam que a chamada “dificuldade contramajoritária” afronta a Constituição.

[2] Nesse sentido, utiliza-se a definição dada por Barroso (2010b, p. 4): “O termo política é utilizado nesse trabalho em uma acepção ampla, que transcende uma conotação partidária ou de luta de poder. Na acepção aqui empregada, política abrange qualquer influência extrajurídica capaz de afetar o resultado de um julgamento”.

A respeito das críticas que recaem à atuação do Judiciário, Souza Neto e Sarmento (2015, p. 78) apontam que:

> A legitimidade democrática da jurisdição constitucional tem sido questionada em razão da apontada "dificuldade contramajoritária" do Poder Judiciário, que decorre do fato de os juízes, apesar de não serem eleitos, poderem invalidar as decisões adotadas pelo legislador escolhido pelo povo invocando, muitas vezes, normas constitucionais de caráter aberto, que são objeto de leituras divergentes na sociedade.

Nesse sentido, Barroso (2015, p. 19) explica que a doutrina que acusa a chamada "dificuldade contramajoritária" argumenta que:

> Vale dizer: onze ministros do STF (na verdade seis, pois basta a maioria absoluta), que jamais receberam um voto popular, podem sobrepor a sua interpretação da Constituição à que foi feita por agentes políticos investidos de mandato representativo e legitimidade democrática. A essa circunstância, que gera uma aparente incongruência no âmbito de um Estado democrático, a teoria constitucional deu o apelido de "dificuldade contramajoritária".

Barroso (2015), ao se posicionar em desfavor da doutrina da dificuldade contramajoritária, defende que a crítica em razão do STF não ser composto por membros eleitos não merece prosperar pois, a prática brasileira já demonstrou que nem sempre as decisões proferidas pelo Congresso Nacional representam a vontade da maioria. Nesse sentido, segue a crítica do autor:

> Por numerosas razões, o Legislativo nem sempre expressa o sentimento da maioria. Além do já mencionado déficit democrático resultante das falhas do sistema eleitoral e partidário, é possível apontar algumas outras. Em primeiro lugar minorias parlamentares podem funcionar como *veto players*, obstruindo o processamento da vontade da própria maioria parlamentar. Em outros casos, o autointeresse da Casa Legislativa a leva a decisões que frustram o sentimento popular. Além disso, parlamentos em todo o mundo estão sujeitos à captura eventual por interesses especiais, eufemismo que identifica o atendimento de interesses de certos agentes influentes do ponto de vista político ou econômico, ainda quando em conflito com o interesse coletivo (BARROSO, 2015, p. 24).

Diante da essencialidade de se separar Direito e Política, para Appio (2004, p.246) "a margem de discricionariedade política outorgada pelo próprio constituinte aos governos eleitos não pode ser suprimida por força de uma decisão judicial, sob pena de afronta ao sistema representativo e indevida invasão de atribuições políticas".

A função da Constituição, em um Estado Democrático de Direito é de justamente legitimar e limitar o poder político, por essa razão para Barroso (2015, p. 12):

> Vale dizer: por decisão do constituinte ou do legislador, muitas questões tem a sua decisão final transferida ao juízo valorativo do julgador. Como consequência inevitável, tornou-se menos definida a fronteira entre legislação e jurisdição, entre política e direito.

Entretanto, a existência de lacunas legislativas, de normas de conteúdo aberto e de difícil interpretação, levam a discussão a respeito de como deve ser tomada a decisão jurídica sem que esta represente tamanha discricionariedade a ponto de uma interpretação expansiva da Constituição seja sinônimo de ativismo judicial.

2.1 ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E A RESOLUÇÃO DOS CASOS DIFÍCEIS

Algumas questões, especialmente aqueles casos referentes às normas abertas, não podem ser decididos unicamente pela aplicação das leis positivadas, tendo as cortes constitucionais recorrido aos argumentos de razão política. Nesse contexto, há duas concepções pós-positivistas que abordaram o uso desses argumentos: a visão substancialista, representada principalmente por Ronald Dworkin; e a visão procedimentalista, com destaque para Robert Alexy.

Para Robert Alexy, como procedimentalista[3], o direito deveria ser entendido como prática argumentativa, tendo este elaborado uma teoria da argumentação jurídica cujo objetivo era garantir a racionalidade das decisões jurídicas e conciliar o positivismo kelseniano com o jusnaturalismo material de Radbruch., “no âmbito da qual a decisão jurídica pode encontrar tanto a sua justificação interna (validade normativa) quanto a sua justificação externa (correção moral) ” (SIMIONI, 2014, p. 234).

Para tanto, uma teoria procedimentalista da argumentação jurídica auxiliará para fundamentar a decisão jurídica nos casos difíceis, uma vez que, ao se afastar do normativismo analítico de Kelsen e introduzir os princípios morais e éticos de Radbruch no direito positivo, Alexy abre espaço para a argumentação jurídica, afastando-se do caráter arbitrário e discricionário do decisor.

Não esquecendo a contribuição da Teoria Pura do Direito para a formação da ordem jurídica como atualmente é conhecida, até mesmo Kelsen[4] confirmou a possível indeterminação das normas jurídicas, posto que a passagem de uma norma superior e abstrata para uma norma inferior e específica poderá acarretar em indeterminações de sentido, e por isso, para Alexy a escolha de um dentro os vários sentidos da norma não pode ser um ato arbitrário e sim fruto de um processo de argumentação jurídica.

Logo, a decisão jurídica deixa de ser a mera aplicação da lei, principalmente devido a existência de casos difíceis em que a decisão jurídica não pode ser fundamentada tão somente na norma jurídica positiva, tendo o

[3] O procedimentalismo desenvolve a teoria da argumentação jurídica baseada em regras procedimentais com o objetivo de alcançar o consenso racional, admitindo que os princípios morais e valores éticos não são universais em virtude do multiculturalismo, que fragmenta as convicções morais, não sendo possível generalizar o conteúdo substancial de um princípio moral (SIMIONI, 2014).

[4] Hans Kelsen reconhece que a relação entre uma norma superior e uma inferior é uma relação de determinação ou vinculação, mas que, contudo, nunca é completa, eis que, pelo caráter geral da primeira não é possível vinculá-la a todas as direções nas quais pode vir a ser aplicada. Por esse motivo, ao executar um ato jurídico, este é em parte determinado pelo Direito e em parte indeterminado, cabendo ao decisor escolher o sentido dentro da moldura do direito (KELSEN, 2003b, p. 388-389).

julgador que recorrer aos princípios morais e valores éticos (SIMIONI, 2014, p. 237).

Desse modo, enquanto que os casos fáceis podem ser resolvidos pela aplicação do direito positivo como estipulado por Kelsen, os casos difíceis exigem do jurista a necessidade de recorrer aos princípios e valores exteriores ao direito. No entanto, a decisão jurídica não pode estar alicerçada em um ato de vontade, mas sim fruto da argumentação jurídica, eis que os *hard cases* demandam a escolha de um entre os vários sentidos possíveis da norma.

Para tanto, o desenvolvimento de uma teoria de argumentação jurídica[5] baseada na ponderação de princípios e máxima de proporcionalidade, esta última alcançada pela necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, permitem justificar racionalmente a decisão jurídica, isto é, a opção pela aplicação de um princípio e não de outro (SIMIONI, 2014).

No entanto, no Brasil, especialmente por parte do STF, as decisões[6] proferidas não aparentam guardar relação com o modelo de ponderação de princípios e racionalidade argumentativa propostos por Alexy. Não obstante haver, em muitos casos, referência expressa à proporcionalidade pelos ministros do STF, esta não condiz com o proposto por Alexy, eis que se assemelha a escolha discricionária de um princípio perante os demais, sem apresentar qualquer argumento que justificasse a decisão jurídica.

Para a visão substancialista[7] de Ronald Dworkin, apesar da fragmentação dos valores ocasionada pelo multiculturalismo, existem princípios morais e valores éticos capazes de justificar uma decisão jurídica. E é justamente por isso que Dworkin propõe a correlação entre direito, princípios, moral, política e até mesmo economia para a solução dos *hard cases*, aceitando que a decisão de um caso difícil pode se dar em bases políticas.

Por esse motivo, para Dworkin, a discricionariedade da decisão jurídica na Teoria Pura do Direito representa um problema grave pois, “a decisão que cria direito discricionariamente afirma uma contradição insustentável: a decisão afirma que havia um direito preexistente da parte que ganhou a ação e, ao mesmo tempo, cria direito novo” (SIMIONI, 2014, p. 340).

Caso o magistrado utilize da discricionariedade para julgar os casos difíceis, incorrerá na criação do direito, o que é inconcebível, uma vez que o Tribunal Constitucional não pode atuar como legislador positivo, caso contrário colocará em risco a unidade da Constituição e toda a ordem democrática (DWORKIN, 2007, p.127).

Nesse sentido, a decisão jurídica pode estar fundamentada na argumentação fruto de políticas públicas ou princípios morais. Os argumentos de política “são baseados na orientação às políticas públicas do governo”, enquanto que os argumentos de princípio “são argumentos baseados nas convicções morais da comunidade”, buscando demonstrar se a decisão jurídica respeita e garante os direitos individuais e coletivos (SIMIONI, 2014, p. 342).

---

[5] Robert Alexy elaborou sua teoria da argumentação jurídica com foco principalmente nos princípios de direitos fundamentais, de maneira a propor um procedimento baseado na ponderação e justificação para resolver os casos de colisão de princípios (ALEXY, 1993).

[6] Nesse sentido ver decisões proferidas na ADI 2.213 MC/DF, na ADI 1.458-7 de 1996 e n ADPF 45/2004., todas de relatoria do Ministro Celso de Mello.

[7] Na perspectiva substancialista, a teoria da argumentação jurídica é baseada em princípios e valores substanciais, os quais seriam capazes de fundamentar racionalmente uma decisão jurídica (SIMIONI, 2014).

Para tanto, Dworkin (1978) propõe uma distinção entre regras e princípios, tendo dividido estes últimos entre princípios morais e políticas públicas, os quais servem de elementos para a argumentação jurídica para justificar a escolha nos casos difíceis.

No caso dos argumentos políticos, estes tendem a demonstrar que a decisão jurídica está em conformidade com os objetivos políticos da comunidade (DWORKIN, 1978, p. 82). A decisão jurídica, por conseguinte, quando calcada em argumentos políticos tende a resolver o caso de acordo com a orientação às políticas públicas do governo.

Com o intuito de evitar a politização da justiça, Dworkin (1978, p. 84-85) propõe que a decisão jurídica utilize apenas argumentos de princípio, posto que a argumentação baseada em políticas públicas pode afrontar a legitimidade democrática da decisão jurídica em virtude de os juízes que compõem os tribunais não serem eleitos como representantes políticos do povo tampouco submeterem à opinião pública, caracterizando tal decisão como contramajoritária.

Os princípios morais, por sua vez, refletem os anseios da comunidade expressando a opinião da maioria e expondo a liberdade de consciência dos grupos sociais. Os argumentos de princípio expõem, dessa forma, a integridade moral da comunidade, ficando resolvido o problema da legitimidade democrática de uma decisão jurídica, já que os juízes que decidem com base em princípios não precisam ser eleitos democraticamente, como se fossem tomar decisões sobre objetivos políticos.

Por conseguinte, não restam dúvidas de que a decisão jurídica é política, uma vez que ultrapassa os limites do direito positivo e recorre aos princípios da moralidade política para justificar a resposta correta do direito para os casos difíceis.

Dworkin aborda ainda, a possibilidade de transferirem-se questões políticas ao Judiciário, contudo não utiliza expressamente o termo judicialização da política. Essa transferência de algumas decisões do Legislativo para o Judiciário possibilita às minorias que seus direitos não sejam afastados, seja pela ineficácia ou falta de representatividade de seus interesses nas instituições majoritárias.

Dworkin (2001, p.102) vê, nesse sentido, o *judicial review* como instrumento para as minorias terem seus interesses atendidos no Judiciário, podendo inclusive, por intermédio da revisão judicial, decisões de processos majoritários serem invalidadas sob o argumento de serem contrários à Constituição ou à proteção aos direitos fundamentais.

3 A DUPLA FUNÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: OS PAPÉIS CONTRAMAJORITÁRIO E REPRESENTATIVO

Hans Kelsen, em *Jurisdição Constitucional*, propôs a criação de um órgão encarregado de exercer a jurisdição constitucional, o qual deveria ser independente de qualquer outra autoridade estatal e atuar como aplicador do Direito, diferenciando-se da atividade de criação legislativa. Esse órgão deveria ainda, estar subordinado à Constituição e encarregado de zelar pelo cumprimento das normas constitucionais (KELSEN, 2003, p. 150).

Em suma, Kelsen defendeu a criação da jurisdição constitucional, em especial de uma Corte Constitucional, eis que, não se pode confiar a invalidação de uma lei inconstitucional ao mesmo órgão que a elaborou.

Nesse viés, Kelsen (2003) propôs uma distinção entre legislador positivo e legislador negativo, afirmando que, se de um lado o Legislativo só está preso pela Constituição no que concerne a seu procedimento (forma), a atividade do legislador negativo de exercer a jurisdição constitucional é absolutamente determinada pela Constituição. Isto é, na anulação de uma lei por parte de um Tribunal Constitucional se produz aplicação das normas da Constituição, uma vez que a livre criação legislativa está quase que completamente ausente.

Referida postura já foi reiteradas vezes afirmada no Supremo[8], tendo sido alegado que o controle concentrado de constitucionalidade transforma o Supremo Tribunal Federal em verdadeiro legislador negativo e que tão somente no controle de constitucionalidade é que o STF pode atuar como legislador negativo.

A CRFB/88 adotou, portanto, parcialmente[9] o modelo kelseniano ao atribuir ao Supremo a função de "legislador negativo", posto que este não goza da competência de criação legislativa, mas do poder de retirar do ordenamento jurídico, revogando total ou parcialmente, qualquer lei ou ato normativo que atente contra os preceitos constitucionais ou contra sua correta interpretação.

O STF, assim como as cortes constitucionais, exerce o controle de constitucionalidade podendo, pois, invalidar os atos emanados pelo Congresso Nacional, cuja composição é formada de representantes do povo eleitos por sufrágio universal, e também do Presidente da República, eleito pela soberania popular.

Barroso (2014, p.15) diferencia a atuação do Supremo Tribunal Federal em dois papeis distintos: contramajoritário e representativo:

> O primeiro papel é apelidado, na teoria constitucional, de *contramajoritário*: em nome da Constituição, da proteção das regras do jogo democrático e dos direitos fundamentais, cabe a ela a atribuição de declarar a inconstitucionalidade de leis (*i.e.*, de decisões majoritárias tomadas pelo Congresso) e de atos do Poder Executivo (cujo chefe foi eleito pela maioria absoluta dos cidadãos). Vale dizer: agentes públicos não eleitos, como juízes e Ministros do STF, podem sobrepor a sua razão à dos tradicionais representantes da política majoritária. Daí o termo contramajoritário. O segundo papel, menos debatido na teoria constitucional, pode ser referido como *representativo*. Trata-se, como o nome sugere, do atendimento, pelo Tribunal, de demandas sociais e de anseios políticos que não foram satisfeitos a tempo e a hora pelo Congresso Nacional.

Apesar da importância do papel representativo exercido pelo STF, Barroso enxerga-o como ponto sensível a críticas. Não obstante a representatividade ser uma caraterística da democracia, tal caráter pode levar o Judiciário a invalidar leis e atos normativos derivados do Legislativo ou

[8]ADI 595/ES, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Informativo/STF nº 258/2002; ADI 267 MC, rel. min. Celso de Mello, j. 25-10-1990, P, DJ de 19-5-1995.

[9] A CRFB/88 adotou de modo parcial o modelo de jurisdição constitucional proposto por Kelsen por ter atribuído ao Supremo Tribunal Federal competência originária e recursal, atuando não somente como Tribunal Constitucional mas também como última instância recursal.

Executivo, poderes estes tidos como majoritários eis que seus membros são eleitos.

O papel contramajoritário simboliza que as decisões judiciais não se dedicam a beneficiar economia, política ou outros setores externos ao Direito, mas em garantir o cumprimento dos preceitos constitucionais, uma vez que a Constituição atua como elemento estrutural de conexão entre política e direito. Nesse contexto, no que tange ao papel contramajoritário exercido pelo Judiciário, Passos (2014, p. 49) comenta:

> Isso é essencial para se compreender o papel contramajoritário da jurisdição constitucional que, em última instância, traduz também a obrigatoriedade incondicional das promessas emancipatórias positivadas na carta constitucional. Maiorias eventuais não podem obstar o programa social petrificado constitucionalmente, sendo certo que os direitos fundamentais não dependem do esquema se – então para sua plena efetividade.

No julgamento da ADI 4.277/DF em 05 de maio de 2011, bem colocou o Ministro Luiz Fux, no que tange a atuação contramajoritária do STF, em prol da defesa dos direitos fundamentais das minorias (STF, 2011, p.668):

> Particularmente nos casos em que se trata de direitos de minorias é que incumbe à Corte Constitucional operar como instância contramajoritária, na guarda dos direitos fundamentais plasmados na Carta Magna em face da ação da maioria ou, como no caso em testilha, para impor a ação do Poder Público na promoção desses direitos.

O STF é, portanto, órgão investido do poder e da responsabilidade de proteger as minorias contra os excessos da maioria e possíveis omissões decorrentes da inércia do Estado, aos direitos das minorias. Não obstante o princípio majoritário desempenhe relevante papel nas instâncias governamentais, os grupos majoritários não podem frustrar nem aniquilar os direitos fundamentais, tais como o livre exercício da igualdade e da liberdade, sob pena de descaracterização da própria essência do Estado democrático de direito.

Para o Ministro Celso de Mello (STF, 2011, p. 849) a atuação contramajoritária do STF faz parte de sua responsabilidade institucional na defesa da Constituição e do Estado Democrático de Direito:

> Cabe enfatizar, presentes tais razões, que o Supremo Tribunal Federal, no desempenho da jurisdição constitucional, tem proferido, muitas vezes, decisões de caráter nitidamente contramajoritário, em clara demonstração de que os julgamentos desta Corte Suprema, quando assim proferidos, objetivam preservar, em gesto de fiel execução dos mandamentos constitucionais, a intangibilidade de direitos, interesses e valores que identificam os grupos minoritários expostos a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política e que, por efeito de tal condição, tornam-se objeto de intolerância, de perseguição, de discriminação e de injusta exclusão.

Com base nesses argumentos, são irrelevantes as opiniões morais ou religiosas dos grupos, pois, ainda que tais opiniões constituíssem o pensamento hegemônico nos órgãos políticos representativos, nem a maioria e tampouco

esses poderes políticos estão acima da Constituição. Portanto, cabe ao Poder Judiciário, em especial ao STF, atuar como poder contramajoritário, protegendo as minorias contra os excessos da maioria, de maneira a atuar como garante dos direitos fundamentais.

4 DECISÕES CONTRAMAJORITÁRIAS E ENGENHARIA CONSTITUCIONAL

A Emenda Constitucional nº 18 de 1º de dezembro de 1965, por influência da teoria da jurisdição constitucional de Hans Kelsen, incorporou parte do sistema alemão de controle de constitucionalidade, ampliando o rol de ações e de legitimados para o ajuizamento de ações relativas ao controle normativo. Nesse contexto, cita-se Neto e Sarmento (2015):

> A partir da Emenda Constitucional 16/1965, o modelo tornou-se mais complexo, com a instituição do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, inspirado na matriz kelseniana, que passou a conviver lado a lado com o controle concreto e difuso, num sistema misto. O controle abstrato, todavia, não desempenhava papel relevante no sistema até a Constituição de 1988, porque só podia ser deflagrado por iniciativa do Procurador-Geral da República, que, àquela época, era agente político livremente nomeado pelo Presidente da República e a ele politicamente subordinado (p.77).

A partir do advento da Constituição de 1988, Souza Neto e Sarmento (2015) destacam que se pôde perceber uma maior consciência de direitos na sociedade, que, unida ao pluralismo político e o fortalecimento do Judiciário, trouxeram significativa mudança na cultura jurídica brasileira, o que contribuiu, essencialmente, para que a jurisdição constitucional ganhasse força e destaque.

Com a expansão do Poder judiciário, principalmente do Supremo Tribunal Federal, a atuação dos juízes a título de controle normativo, passou a sobrepor-se aos poderes majoritários. As acusações referentes a ilegitimidade democrática dos juízes não-eleitos em anular ou modificar leis e atos tomados pelos representantes do povo, apontam que a chamada “dificuldade contramajoritária” afronta a Constituição (CAMPOS, 2015, p.180).

A principal crítica doutrinária, assim como expõem Barroso (2015), Neto e Sarmento (2015) envolve, pois, a legitimidade de invalidar atos normativos do Congresso Nacional, cuja composição é fruto da eleição de representantes do povo, e do Presidente da Pública, também eleito por sufrágio universal, por parte do Judiciário, especificamente, do STF.

Nesse sentido, faz-se menção à Barroso (2015):

> Vale dizer: onze ministros do STF (na verdade seis, pois basta a maioria absoluta), que jamais receberam um voto popular, podem sobrepor a sua interpretação da Constituição à que foi feita por agentes políticos investidos de mandato representativo e legitimidade democrática. A essa circunstância, que gera uma aparente incongruência no âmbito de um Estado democrático, a teoria constitucional deu o apelido de “dificuldade contramajoritária” (p. 19).

Em sentido contrário, a crítica que se faz ao controle de constitucionalidade das leis e essa possibilidade de anular os atos dos poderes políticos, é de que tal decisão caberia ao próprio povo ou aos representantes

deste, uma vez que não basta o argumento de supremacia da Constituição para legitimar o controle jurisdicional dos atos emanados pelos Poderes Legislativo e Executivo.

Adotando esse posicionamento, Waldron (2005)[10] argumenta que a revisão judicial da legislação não condiz com as sociedades democráticas, pois é politicamente ilegítimo pelo fato de privilegiar a votação por maioria entre um pequeno número de juízes não eleitos privando os cidadãos comuns de decidirem conforme seus interesses, e, consequentemente, elimina os princípios de representação e igualdade política.

Elogiando, de certa forma, os Tribunais Constitucionais legítimos, como é o caso do *Bundesverfassungsgericht*, Waldron (2005, p. 1359) prescreve que o problema das decisões contramajoritárias estaria, talvez, reduzido se o *judicial review* estivesse a cargo de um órgão especializado somente no assunto, uma "Corte Constitucional Especializada".

Seria, pois, conforme o autor, antidemocrático permitir que juízes não-eleitos membros de tribunais não especializados, derrubem a legislação fruto do sufrágio universal. Contudo, caso haja uma corte constitucional especializada somente na revisão judicial de leis, um verdadeiro Tribunal Constitucional, o risco de ferir a representatividade e interesse do povo estaria, possivelmente, reduzido.

A crítica feita por Waldron (2005), pode levar a objeções quanto a atuação do Supremo Tribunal Federal, que não é legitimadamente um tribunal constitucional em sua essência pois além de apreciar as ações de controle de constitucionalidade abstrato, atua como última instância recursal.

Ademais, conforme aponta Barroso (2015, p. 25), o fato de os juízes gozarem da garantia da vitalicidade, não poderem atuar de ofício, e não estarem sujeitos ao prazo eleitoral tampouco as tentações populistas, a possibilidade de convocação de audiências públicas e da atuação de *amicus curie* impediria a atuação discricionária do STF e garantiriam a ordem democrática e interesses majoritários.

Desse modo, por esse raciocínio, as decisões podem até ser contramajoritárias, porém isso não significa dizer que são antidemocráticas, posto que o estabelecimento de limites à vontade majoritária tem a função de legitimar o sistema democrático.

A fim de compreender a teoria de Ronald Dworkin, é preciso ter-se em mente que ele distingue a democracia em duas concepções: a majoritária e a constitucional. Enquanto que a primeira toma por essência democrática a regra da maioria, a segunda rejeita o aspecto majoritário.

Comentando as concepções de democracia trazidas por Ronald Dworkin, Bassham (1997)[11] explica que apesar de a concepção majoritária ser a visão

[10] *And it is politically illegitimate, so far as democratic values are concerned: By privileging majority voting among a small number of unelected and unaccountable judges, it disenfranchises ordinary citizens and brushes aside cherished principles of representation and political equality in the final resolution of issues about rights* (WALDRON, 2005, p. 1353).

[11] *The majoritarian conception has long been the dominant view of American democracy. American constitutional theory, in particular, with its endless preoccupation with the "counter-majoritarian difficulty" of reconciling judicial review with the nation's underlying democratic values, has long been in the grip of the majoritarian conception. But the majoritarian conception is seriously flawed* (p. 1260).

dominante na democracia americana, há uma interminável preocupação na teoria constitucional americana com a "dificuldade contramajoritária" de reconciliar o *judicial review* com os valores democráticos.

Outra objeção feita por Ronald Dworkin e mencionada por Bassham (1997) é a dificuldade da adoção de um conceito de democracia, o qual, na maioria das vezes, está relacionado com a concepção majoritária, definindo-a como governo da maioria. Na concepção constitucional, a democracia é essencialmente uma questão de igual cidadania, não de governo da maioria (p. 1293).

Em outras palavras, “a democracia não equivale à mera prevalência da vontade das maiorias, mas corresponde a um ideal político mais complexo”, como bem explicam Souza Neto e Sarmento (2015, p. 83).

5 CONCLUSÃO

A verdadeira essência da democracia corresponde, em geral, ao governo da maioria, com a correlativa proteção às minorias políticas. A ideia, contudo, não é de dominação majoritária em si, exigindo-se o respeito às minorias políticas, eis que pelo princípio democrático o que se propõe não é a tirania do número, tampouco a ditadura da opinião pública e opressão das minorias.

Nesse contexto, é destacada a essencialidade do papel contramajoritário do Poder Judiciário, em especial do STF, a quem compete precipuamente a interpretação constitucional e a função de guardião da Constituição. No exercício dessas atividades é destacada a importância do papel contramajoritário para a democracia participativa, principalmente nos casos em que o STF vem sendo chamado a julgar a constitucionalidade de assuntos relevantes para o país, como o da união estável homoafetiva (ADI 4.277 e ADPF 132).

O protagonismo adquirido pelo Supremo Tribunal Federal suscita debates na doutrina acerca dos limites de seu alcance institucional ao interpretar e defender a Constituição. De fato, o STF tem rompido com as tradicionais interpretações exegéticas, utilizando-se de interpretações extensivas baseadas em princípios ou normas de conteúdo aberto, acolhendo reivindicações sociais não atendidas ou insuficientemente resolvidas pelos poderes representativos.

Não obstante as críticas existentes quanto a atuação contramajoritária do STF, há de se destacar que sua principal função ao se distanciar da opinião pública majoritária é concretizar valores, princípios e direitos fundamentais, dando maior efetividade a Constituição sem deixar de atender aos anseios das minorias sociais.

Os julgamentos proferidos por uma Corte Constitucional não podem, portanto, ser afetados pela conjuntura política do Executivo e, tampouco, pelos interesses das maiorias do Legislativo. Por essa razão, as decisões proferidas a título de controle de constitucionalidade precisam, necessariamente, estar desvinculadas das tendências político-partidárias, a fim de se evitar que os ministros assumam posturas idealistas e ativistas que possam colocar em jogo a jurisdição constitucional. Julgamentos fundamentados na Constituição e livres de tendências políticas é o que se espera de uma Corte Constitucional como garantia mínima do Estado Democrático de Direito.

6 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

_____. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. 2004. 473f. Tese (Doutorado em Direito). Florianópolis. Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em:<.http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=67655.> Acesso em 06 mai. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy. **ALEXY, Robert et al. Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito. Rio de Janeiro: Forense Universitária**, p. 69-99, 2014.

_____. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. Revista Jurídica da Presidência, v. 12, n. 96, p. 05-43, 2010a.

_____. **No mundo ideal o direito é imune à política, no mundo real não.** Revista Consultor Jurídico, 16 de fevereiro de 2010b. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-fev-16/mundo-ideal-direito-imune-politica-real-nao-bem-assim>. Acesso em: 08 mai.2018.

_____. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: SARMENTO, Daniel. **Jurisdição constitucional e política**. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 3-34.

BASSHAM, Gregory. **Freedom's Politics: A Review Essay of Ronald Dworkin's Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution**, 72 Notre Dame L. Rev. 1235 (1997). Disponível em: <.http://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1861&context=ndlr.> Acesso em 15 abr.2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 mar.2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277**, Plenário. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. Disponível em:

<.http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635. > Acesso em: 12 jul.2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Supremo Tribunal Federal, política e democracia. In: SARMENTO, Daniel. **Jurisdição constitucional e política.** 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 177 – 207.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge (USA): Harvard University Press, 1978.

_____. **Uma Questão de Princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Teoria pura do direito.** Tradução de João Batista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PASSOS, Daniel Silva. **Intervenção judicial nas políticas públicas:** o problema da legitimidade. São Paulo: Saraiva, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang**. Do caso Lebach ao caso Google vs. Agencia Espanhola de Proteção de Dados**. Revista Consultor Jurídico, 5 de junho de 2015. Disponível em: <.http://www.conjur.com.br/2015-jun-05/direitos-fundamentais-lebach-google-vs-agencia-espanhola-protecao-dados-mario-gonzalez>. Acesso em 19 jun. 2018.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza; e SARMENTO, Daniel. **Controle de constitucionalidade e democracia:** algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel. Jurisdição Constitucional e Política. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 73-114.

SIMIONI, Rafael Lazzarorro. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea**. 22.ed. Curitiba: Juruá, 2014.

WALDRON, Jeremy. **The Core of the Case Against Judicial Review**. Yale lj, v. 115, 2005.

DEMOCRACIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS – A MEDIAÇÃO: O Direito a celeridade e efetividade na Resolução dos Conflitos

Alessandra Balestieri[1]

RESUMO

Abordamos os Direitos fundamentais e humanos com relação ao acesso à justiça, trazendo a Mediação como nova opção para o cidadão, no Estado Democrático de Direito. As formas alternativas de conflitos estão cada vez mais presentes no nosso cotidiano, a Mediação possui dados positivos cada vez mais presentes, verificando-se a importância sobre o tema como meio de pacificação social. Com o Judiciário moroso e muitas vezes com suas decisões inexequíveis, surge a Mediação com solução mais célere, mas isso não quer dizer que seja algum tipo de substituição ao tradicional método processual, e sim uma opção. Entre os principais benefícios da mediação citamos a redução do desgaste emocional, celeridade, a realização do acordo de forma possível e exequível, além da redução de custos, trazendo a figura do mediador como peça fundamental para todo esse deslinde. Finalizamos comparando a Mediação no Brasil e Portugal, quais as medidas necessárias para sua aplicação, seus problemas, e soluções.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo delinear a relevância do uso da mediação como forma de acesso à justiça mais célere na busca da concretização dos direitos fundamentais.

Um compromisso de aproximar pessoas, refletindo sobre situações e elaborando estratégias para construir uma cultura pela paz, propondo um novo modo de promover justiça, estabelecendo garantias mínimas à todos os indivíduos.

A mediação é uma “ponte” de acesso de diálogo entre o cidadão e o Estado, desenvolvendo no indivíduo a capacidade para resolver seus próprios conflitos.

Não podemos deixar de dizer que são direitos carecedores de efetividade, pois não há na sociedade uma cultura para viabilizar as relações humanas e que seja eficaz.

O trabalho traz a mediação como método alternativo, diminuindo a dependência pelo método processual.

Na primeira parte do trabalho, falaremos do acesso à justiça como Direito Fundamental, garantido pela Constituição Federal, fundamental ao Estado Democrático de Direito, assegurando a satisfação da dignidade humana.

Na segunda parte, o que entra em destaque é a Mediação, a Lei 13.140/2015 e a relação com o novo CPC, destacando seus benefícios, problemas, além da figura do Mediador.

[1] Currículo *Lattes*: http://lattes.cnpq.br/8681431717118682.

Por fim, faremos uma comparação com a Mediação em Portugal e no Brasil, seus princípios e as medidas necessárias para sua viabilização.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS: CARECEDORES DE EFETIVIDADE

O Direito fundamental é quando se compreende que a sociedade possui direitos e depois deveres com o Estado, implicando também no dever Estatal em dar tal acesso.

A preocupação é com a efetividade desses direitos, dada a sua importância no contexto social, e com o cenário atual é importante protegê-los.

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2003, p. 291):

> Não basta, porém, o dispositivo. É necessário assegurar o texto constitucional contra alterações indevidas, seja por emenda constitucional, seja por legislação ordinária. Papel fundamental assume, assim, o controle de constitucionalidade na efetiva proteção dos direitos fundamentais previstos na Constituição. Emenda constitucional ou legislação infraconstitucional que contrariar preceito da Constituição garantidor de direito humano fundamental é inconstitucional, devendo ser declarada, pois, a sua nulidade.

Segundo Leonardo Greco (1998, p. 70):

> [...] foram a constitucionalização e a internacionalização dos direitos fundamentais, particularmente desenvolvidas na jurisprudência dos tribunais constitucionais e das instâncias supra-nacionais de Direitos Humanos, como a Corte Européia de Direitos Humanos, que revelaram o conteúdo da tutela jurisdicional efetiva como direito fundamental, minudenciado em uma série de regras mínimas a que se convencionou chamar de garantias fundamentais do processo, universalmente acolhidas em todos os países que instituem a dignidade da pessoa humana como um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni (2003, p. 298-338), o direito à efetividade da tutela jurisdicional é considerado como direito fundamental o que implica na análise introdutória dos sentidos, perspectivas e eficácias dos direitos fundamentais, bem como das relações entre particulares e o Estado e entre os próprios particulares, o estudo dos deveres do Estado para com a efetividade da tutela jurisdicional e dos papéis dos Poderes Legislativo e Judiciário na busca pelo ressarcimento específico.

2.1 DO ACESSO À JUSTIÇA E DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

No art. 5ª, XXXV da Constituição Federal, está previsto o acesso à justiça, porém tudo gira em torno das dificuldades para se valer esse direito.

O acesso à justiça não apenas para proclamar os direitos dos cidadãos, mas um acesso a um judiciário justo, para fazer valer a Carta Magna, pois ao contrário, estaria colocando em risco o Estado Democrático do Direito.

Há de se destacar o Princípio da Inafastabilidade do controle jurisdicional e o princípio do direito de ação (Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, 1969):

> Artigo 8º, 1. Toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza.

Na verdade, o grande problema é que o Estado não estava preparado para receber tanta demanda jurisdicional.

O Brasil continuará sofrendo punição da Corte Interamericana quer por decisões judiciais demoradas em excesso, quer por falta de fundamentação das decisões, e assim será enquanto não mudarem a mentalidade da sociedade.

3 DA MEDIAÇÃO

A Mediação segundo Áureo Simões Júnior (2005):

> A Mediação é uma técnica pela qual, duas ou mais pessoas, em conflito potencial ou real, recorrem a um profissional imparcial, para obterem num espaço curto de tempo e a baixos custos uma solução consensual e amigável, culminando num acordo em que todos ganhem. A Mediação é uma resposta ao incremento da agressividade e desumanização de nossos dias, através de uma nova cultura, em que a solução dos conflitos passa por um facilitador profissional que tenta através de várias técnicas, pela conscientização e pelo diálogo proporcionar uma compreensão do problema e dos reais interesses e assim ajudar as partes a acordarem entre si, sem imposição de uma decisão por terceiro, num efetivo exercício de cidadania.

Na opinião de Heloise Helenne Kloster Souza (2003):

> Com a mediação pode-se vislumbrar melhora na qualidade das relações humanas e empresariais, tendo em vista que quando as soluções são encontradas pelas próprias partes envolvidas economiza-se tempo e desgaste emocional, sendo, portanto, mais eficaz e não havendo vencido nem vencedor, uma vez que a solução encontrada é a melhor para ambos.

O Instituto da Mediação foi regulamentado com a Lei 13.140/2015 que disciplinou a Mediação como meio de solução de conflitos tanto judiciais quanto extrajudiciais.

Luis Alberto Warat (2001, p. 18-31) foi muito feliz quando disse que a Mediação não é um acordo, mas sim a mudança das pessoas e seus sentimentos, partindo da ideia que o conflito nunca se acaba mas pode ser gerenciado e transformado.

Segundo Fernando Horta Tavares, não obstante a informalidade, a Mediação para que possa ser desenvolvida regularmente é importante se observar algumas técnicas negociais que empregadas alcançam um alto grau de satisfação.

Sem contar com a figura do Mediador, que vai “investigar” as partes no conflito criando estratégias a serem tomadas diante de cada caso.

Ao finalizar o acordo, o termo de mediação tem força executiva, sem necessidade de homologação judicial.

Assim, a Mediação envolve aspectos emocionais, relacionais, negociais, sociológicos, através de uma série de procedimentos e de técnicas próprias, identificando os interesses das partes, construído opções de solução, visando um consenso e à realização do acordo.

3.1 MUDANÇA DE PARADIGMA

A Mediação como resolução de conflitos, só atingirá seu topo quando houver uma conscientização na nova forma de pensar da sociedade e que nenhum instituto alternativo vai substituir qualquer processo jurisdicional e sim para acrescentar mais uma alternativa para a solução dos conflitos.

Tudo que é novo causa estranheza na maioria das pessoas e é difícil a aceitação do “novo”, por achar que o método antigo é sempre o melhor e eficaz.

A Mediação em si passa por isso, causa estranheza, na verdade, a própria sociedade tem a cultura voltada para o litígio, enquanto a Mediação entre as partes é deixada a segundo plano.

E muitas vezes realizada somente em decorrência da existência de disposições legais que estabelecem a formalidade.

3.2 MEDIAÇÕES POR MEIO ELETRÔNICO

Com um mundo em constante evolução, a utilização do meio eletrônico para a resolução dos conflitos é um grande marco, um grande diferencial e pode se tornar eficaz em conflitos onde a distância atrapalhe a comunicação e onde há uma carga emocional muito grande por parte das partes.

Prevê o novo Código Civil Brasileiro em seu art. 334, §7º a audiência de conciliação e mediação por meio eletrônico.

Segundo Fernando Pessoa, em sua poesia *a Travessia:*

> Há um tempo em que é preciso abandonar as roupas usadas, que já tem a forma do nosso corpo e esquecer os nossos caminhos, que nos levam sempre aos mesmos lugares. É o tempo da travessia e, se não ousarmos fazê-la, teremos ficado para sempre à margem de nós mesmos.

Uma vitória bastante comemorada na Mediação foi no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, cujo um processo que se arrastava há 22 anos foi solucionado através de uma videoconferência/FaceTime, pois a maioria dos envolvidos moravam no exterior.

Nesse caso, foi a primeira vez que o Estado do Rio de Janeiro contou com esse procedimento eletrônico, no entanto, foram tomadas todas as providências cautelares para a identificação das partes (TJRJ, 2016).

Resultados como esse dão esperança para que a Mediação, principalmente coma utilização dos meios eletrônicos, seja mais divulgada e utilizada pelos cidadãos, uma nova concepção para que possa se revelar um proveitoso meio de solucionar conflitos, se adequando aos novos tempos.

3.3 OS BENEFÍCIOS DA MEDIAÇÃO

Devemos ficar sempre atentos às mudanças, o direito permanece em constante atualização, surgindo sempre novas medidas, devido há vários

insucessos do judiciário em dessabarrotar os Tribunais, eis que surge a Mediação, que demonstra um método eficaz na resolução dos litígios e ainda por cima, com custos bem reduzidos.

Não podemos esquecer que o princípio da celeridade e da razoável duração do processo, fez com que o Legislador introduzisse esse novo Instituto da Mediação, pois o principal problema que o judiciário hoje em dia carrega é do excesso de demanda e do pouco contingente de pessoas, tanto de juízes, serventuários, deixando assim o sistema judicial, apontado como uma via morosa, consequentemente, ineficaz.

Sendo assim, a via judiciária ficou cada vez mais "desacreditada" perante os cidadãos pois com o judiciário "abarrotado", impondo juízes a sentenças automáticas diante de casos semelhantes, deixando conflitos mais extensos e complicados "órfãos" de julgamentos mais humanizados.

Entretanto, surge a Mediação para que junto com o judiciário possa caminhar lado a lado, dando ao cidadão a opção de escolher qual é a via mais adequada para a resolução de seu conflito.

Alguns dos muitos benefícios da Mediação é da redução do desgaste emocional e do custo financeiro, além claro, da celeridade na transformação das relações (MORAIS, 1999, p. 149).

Outra vantagem é o ambiente propício à colaboração, fazendo parte integrante a figura do mediador que apesar de imparcial, também atua como autoridade acalmando os ânimos e impondo respeito. Atinge-se a confiança das partes também pelo fato da confidencialidade e dos procedimentos decididos pelas partes ter caráter sigiloso (PEREIRA, 2009).

Segundo Warat (2004, p. 26):

> Os sentimentos sentem-se em silêncio, nos corpos vazios de pensamentos. As pessoas, em geral, fogem do silêncio. Escondem-se no escândalo das palavras. Teatralizam os sentimentos, para não senti-los. O sentimento sentido é sempre aristocrático, precisa da elegância do silêncio. As coisas simples e vitais como o amor entende-se pelo silêncio que as expressam. A energia que está sendo dirigida ao ciúme, à raiva, à dor tem que se tornar silêncio. A pessoa, quando fica silenciosa, serena, atinge a paz interior, a não violência, a amorosidade. Estamos a caminho de tornarmo-nos liberdade. Essa é a meta mediação.

3.4 MEDIAÇÃO: O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NA LEI 13.140/2015

Não restam dúvidas que o novo CPC valoriza a Mediação e a Conciliação, uma conquista da própria democracia em busca pelo acesso à justiça, inovando com a mudança de paradigma optando pela cultura de paz, avanço esse significativo com relação ao Código de 1973.

Reconhecendo os mecanismos autocompositivos, sendo ofertada tanto judicialmente quanto extrajudicialmente.

Sem contar que dá destaque já no art. 3º do NCPC (2015), em seu caput já anuncia o princípio da Inafastabilidade da jurisdição.

No novo CPC, podemos notar a previsão da Mediação em diversas partes do Código, nota-se a preocupação do legislador em prestigiar novos métodos, assim como a preocupação com a capacitação dos mediadores, com treinamento e aperfeiçoamento das técnicas utilizadas.

3.5 DA FIGURA DO MEDIADOR

Pessoas capacitadas que atuam com imparcialidade, ouvindo versões, dirigindo a conversa de maneira clara, para que todos entendam os vários sentimentos que estão em jogo. Possuem o objetivo de que todos falem, escutem e proponham saídas para o impasse, sem julgar.

Como podemos dizer, o mediador é ser um terceiro que vai ajudar as pessoas a se comunicarem melhor, a negociarem e se possível a chegarem num acordo, preservando a ética e a credibilidade do instituto de mediação por meio de sua conduta.

O mediador conforme afirma Buitoni (2007):

> Não se envolve no conflito como se fosse ele uma das partes, mas sim sente o conflito em todas as suas dimensões, percorre o conflito, com os mediados nas suas sutilezas, para que sejam criados os novos caminhos que transcendam o conflito.

Todo o mediador tem que impor uma conduta a ser adotada para garantir o desenvolvimento da Política Pública de tratamento adequado aos conflitos e a qualidade dos serviços de mediação.

A responsabilidade e sansões do mediador são estabelecidos pelo CNJ, conforme o art. 3º apenas poderão exercer suas funções perante o Poder Judiciário mediadores devidamente capacitados e cadastrados pelos tribunais, aos quais competirá regulamentar o processo de inclusão e exclusão no respectivo cadastro. (AZEVEDO, 2016).

Já o art. 4º o mediador deve exercer sua função com lisura, respeitando os princípios e regras deste Código, assinado, para tanto, no início do exercício, termo de compromisso e submetendo-se as orientações do juiz coordenador da unidade a que vinculado. (AZEVEDO, 2016).

No art. 5º aplicam-se aos mediadores os mesmos motivos de impedimentos suspeição dos juízes, devendo, quando constatados, serem informados aos envolvidos, com a interrupção da sessão e sua substituição. (AZEVEDO, 2016).

O art. 6º informa que no caso de impossibilidade temporária do exercício da função, o mediador deverá informar com antecedência ao responsável para que seja providenciada sua substituição na condução das sessões. (AZEVEDO, 2016).

No art. 7º em que o mediador fica absolutamente impedido de prestar serviços profissionais, de qualquer natureza, pelo prazo de dois anos, aos envolvidos em processo de mediação sob sua conduta. (AZEVEDO, 2016).

Quanto o descumprimento dos princípios e regras estabelecidas no Código do CNJ, o art. 8º informa que resultará na exclusão do mediador do respectivo cadastro e no impedimento para atuar nesta função em qualquer outro órgão do Poder Judiciário nacional. (AZEVEDO, 2016).

> O mediador deve trabalhar de maneira consciente, prudente e eficaz. Utilizando todas as ferramentas dos vários saberes do ser humano. Além disso, tudo devem-se enfatizar outros norteadores que dispensam esclarecimentos: boa-fé, respeito, equidade, celeridade, cooperação e informalidade". (NEVES, 2010, p. 102).

4 COMPARATIVO LUSO BRASILEIRO

Agora faremos uma breve análise da Mediação tanto no Brasil quanto em Portugal:

4.1 A MEDIAÇÃO NO BRASIL

Ao ser promulgada a Constituição Federal (BRASIL, 1988), constou em seu preâmbulo referência expressa a uma sociedade "fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias".

E, dentre os princípios que regem as relações internacionais da República Federativa do Brasil, consta da Constituição Federal (BRASIL, 1988), artigo 4º, inciso VII a "solução pacífica dos conflitos".

Além do novo Código Civil e a Lei 13.140/2015, temos também a Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que relacionou todas as providências a serem tomadas pelos Tribunais.

A mediação no Brasil tem muita credibilidade porque seus mediadores são altamente qualificados, conquistando o respeito através de um trabalho de alta qualidade técnica.

No entanto, há muito caminho a ser percorrido pois a mediação precisa ser mais divulgada, pois no Brasil, a sociedade não tem o costume de resolver as questões de forma amigável.

4.1.1 Medidas necessárias para sua viabilização

O Instituto da Mediação deve ser desenvolvido mediante alguns princípios e técnicas, segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) (AZEVEDO, 2016), o procedimento de Mediação estabelece regras, como:

- a informação, entendida com o dever de esclarecer as partes sobre o método empregado;
- a autonomia das partes sendo esta o dever do mediador respeitar os diferentes pontos de vista dos envolvidos;
- a ausência de obrigação de resultado atribui o dever de não forçar um acordo e de não tomar decisões pelos envolvidos;
- teste da realidade, sendo o dever de assegurar os envolvidos, ao chegarem a um acordo, compreendam perfeitamente suas disposições, que devem ser exequíveis, gerando comprometimento com seu cumprimento.

Os princípios norteadores da Mediação são:

- da voluntariedade;
- da não-adversariedade;
-da participação de terceiro imparcial;
- da imparcialidade;
- da informalidade;
- da oralidade;
- da privacidade;
- da consensualidade;
- da confidencialidade;
- da boa-fé;

- da lealdade.

Sendo certo, que há uma visão que fala sobre esses princípios muito esclarecedora:

> Mediação não é um processo impositivo e o mediador não tem poder de decisão. As partes é que decidirão todos os aspectos do problema, sem intervenção do mediador, no sentido de induzir as respostas ou as decisões, mantendo a autonomia e controle das decisões relacionadas ao conflito. O mediador facilita a comunicação, estimula o diálogo, auxilia na resolução de conflitos, mas não os decide. (2006).

4.2 A MEDIAÇÃO EM PORTUGAL

Em Portugal, a lei de Mediação foi aprovada em 2013, e somente adquiriu maior visibilidade após a criação dos Julgados de Paz, que vai buscar uma solução para os conflitos, de uma forma simples e participativa, terminando com a homologação do acordo pelo juiz de paz.

Existe em Portugal, um organismo governamental centralizado responsável pela regulação da mediação pública – a Direção-Geral da Política de Justiça (DGPJ), através do seu Gabinete de Resolução Alternativa de Litígios (GRAL). (EUROPEAN JUSTICE, 2016).

Insta salientar que em Portugal não há nenhum organismo público para a formação de mediadores, sendo estes formados por organismos privados, cuja certificação é assegurada pela DGPJ. (EUROPEAN JUSTICE, 2016).

Não resta dúvidas que os Julgados de Paz deram um impulso grande à Mediação em Portugal, tanto a Mediação Civil e Comercial estão integrados a processos judiciais, diferentemente da mediação familiar, laboral e penal que tem suas próprias estruturas.

4.3 PRINCÍPIOS GERAIS APLICÁVEIS NA MEDIAÇÃO EM PORTUGAL

Em Portugal os princípios gerais da Mediação são: da voluntariedade, da confidencialidade, da igualdade e da imparcialidade, da independência, da competência e da responsabilidade, assim como o da executoriedade.

Como podemos ver, que através de estruturas mais simplificadas, a resolução dos conflitos, poderão ser obtidos com maior informalidade, celeridade e acessibilidade.

Com o suporte legislativo, com seus princípios, é garantia de qualidade na Mediação, e a partir da Lei 29/2013 que unificou num único diploma regimes e princípios, contribuiu para maior informação e divulgação da Mediação em Portugal.

4.5 COMPARATIVO

No Brasil, com a “crise do poder judiciário” os legisladores tiveram que contornar com medidas alternativas de resolução de conflitos, primeiramente com a Resolução 125 do CNJ, depois sendo a Mediação efetivada na Lei 13.140/2015.

Já em Portugal, veio a se efetivar com a Lei 29/2013, que unificou regimes e princípios, dando assim, maior divulgação e despertando para o tema toda a sociedade portuguesa.

A grande verdade é que tanto no Brasil quanto em Portugal a Mediação precisa de maior divulgação, formação e informação em geral, mas o mais importante é que aos poucos a Mediação vai ganhando espaço e através de informação a respeito de meios alternativos ao conflito contribuem para o fortalecimento desta Instituição.

5 CONCLUSÃO

A sociedade deve se conscientizar que a busca pela tutela jurisdicional deve ser deixada para último caso.

Essa mesma sociedade que procura o judiciário, não é capaz de resolver seus problemas por meio de diálogo, com isso os tribunais ficaram cada vez mais abarrotados, muita demanda para poucos juízes, serventuários, etc.

Esse quadro vem mudando de forma singela, através de ações de alguns tribunais de Justiça no Brasil, porem infelizmente é lento, entretanto, com o surgimento da Mediação, assim como outros Institutos, não para desafogar momentaneamente o judiciário, mas sim junto com ele, possamos “tirar” da cabeça da sociedade “a cultura do litígio”. Ensinando as pessoas, que muitas das vezes desconhecem outras formas de resolução de conflitos, optando sempre pela esfera judicial.

Todo esse trabalho é moroso, mas com a Mediação o novo código de processo civil, as escolas, empresas e etc, voltados para a celeridade processual, são alguns dos esforços do judiciário e com certeza trarão frutos e quem sabe, conseguir a tão esperada cultura da paz.

6 REFERÊNCIAS

European Justice. Disponível em https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-pt-pt.do?member.

LEI n° 13.140/2015. Diário Oficial da União, Seção 1 (29.06.2015), p. 4-6. (publicação original).

LEI n° 29/2013. Diário da República, 1ª Série N.° 77 (19-04-2013), p. 2278-2284. (publicação original).

Mediar Conflitos. Disponível em: http://www.mediarconflitos.com/2006/07/caractersticas-e-princpios-da-mediao.html. Acesso: 26/11/2016.

MORAIS, Jose Luis Bolzan. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

NOVO CÓDIGO de Processo Civil, Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Brasil. Manole editora, 2015. ISBN 978-85-204-4538-9.

SALES, Lília Maia de Morais. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

WARAT, Luis Alberto. **O oficio de mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 26

DENÚNCIA DE TRATADOS INTERNACIONAIS NO BRASIL E A POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL

Patrícia da Silva[1]

RESUMO

A presente pesquisa se propõe a analisar a denúncia de tratados internacionais e a possibilidade de intervenção do congresso nacional neste ato. O atual procedimento de denúncia em nosso país não é habitual e não encontra respaldo na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e não existe legislação que determine o procedimento a ser adotado. Visando melhor alcançar o objetivo da pesquisa, busca-se elucidar se a ausente previsão de competência para realizar a denúncia de tratados internacionais determinaria a invalidade do ato quando praticado unilateralmente pelo Poder Executivo, considerando a assimetria em relação ao processo de recepção de tratados internacionais. Esse fato praticado unilateralmente pelo Chefe Poder Executivo poderia ser considerada um costume contrário à constituição. Para tanto utilizou-se do método indutivo operacionalizado pela técnica de pesquisa bibliografia à legislação, doutrina, documentos oficiais e jurisprudência.

Palavras-chave: Denúncia de Tratados Internacionais. Congresso Nacional. Presidente da República. Ato Nulo. Costumes.

1 INTRODUÇÃO

O objeto de estudo ao qual se propõe o presente artigo é a Denúncia de Tratados Internacionais no Brasil e a Possibilidade de Intervenção do Congresso Nacional. Busca-se analisar a possibilidade de intervenção do Congresso no ato de denúncia de tratados internacionais, com a finalidade de demonstrar a relevância do mesmo e a simetria na atuação na recepção e denúncia de tratados. Diante do exposto, questiona-se se a ausente previsão de competência para realizar a denúncia de tratados internacionais; determinaria a invalidade do ato quando praticado unilateralmente pelo Poder Executivo, assim como, presumir que a prática do poder executivo atualmente realizado é considerada um costume contrário à constituição.

É incontestável a participação do congresso nacional no que tange a aprovação dos tratados internacionais no âmbito brasileiro. Por mais que o Chefe do Poder Executivo possua competência para celebrar tratados, convenções e atos internacionais, conforme dispões o texto constitucional em seu artigo 84, inciso VIII[2], é de competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados e fiscalizar e controlar, diretamente, ou por

[1] Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI.
[2] Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional; (...)

qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo conforme o artigo 49, incisos I e X[3] da Constituição Federal do Brasileira.

Busca analisar os procedimentos internos adotados pelo poder executivo e legislativo no processo de aprovação dos tratados internacionais, bem como na denúncia de tratados internacionais. Para isso será abordado o número aproximado de Denúncias efetuadas pelo Brasil, pois de acordo com documento oficial anexo, os bancos de dados legislativos oficiais não apresentam informação exata. Além de explanar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade de participação Parlamentar em relação a denúncia de tratados internacionais, a partir dos votos proferidos ADI 1.625, que ainda se encontra em julgamento. Na pesquisa também se compara o atual procedimento adotado pela República Federativa do Brasil com alguns modelos constitucionais que regulamentam o procedimento da denúncia.

2 DO DIREITO INTERNACIONAL E DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

O Direito Internacional é composto pelas regras e princípios que regem as relações jurídicas internacionais dos Estados, mas não apenas deles, visto que o estado exista principalmente para satisfazer as necessidades dos indivíduos que dele fazem parte.

Os Costumes internacionais são o conjunto de normas de pratica continua nas relações internacionais, além de serem de extrema relevância para o Direito Internacional Público tem força obrigatória para o senso geral (TÁVORA, 2016, p.46).

O costume no âmbito internacional pode ser conceituado como:

> Todo direito se forma da maneira que o uso corrente – não de todo apropriado – qualifica de costumeira, ou seja, é produzido primeiro pelos usos e pelas convicções do povo, depois pela jurisprudência, e o é, assim, pelas forças internas, silenciosa, não de modo arbitrário, por um legislador. Esse estado de fato somente foi estabelecido até aqui historicamente; a análise mostrará se deve ser cultivado e desejado (CASELLA, 2012, p.142).

Diante do exposto, enfatiza-se que:

> O direito internacional, contrariamente ao direito interno dos países europeus continentais, manteve-se essencialmente costumeiro até o início do século XX, quando iniciou a ampliação do processo de positivação das normas de direito internacional, por meio da confecção de tratados multilaterais. Tal processo não afastou a importância do costume como fonte primária do direito internacional, mas ampliou a permeabilidade entre os sistemas jurídicos nacionais e internacionais. (DALRI, 2016, Constitucionalismo como elemento para a produção do Direito).

No que tange a não hierarquia entre uma norma costumeira e uma norma convencional, é correto afirmar que um tratado é apto para derrogar uma norma

[3] Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I – Resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional; (...) X – Fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta; (...).

costumeira, assim como pode igualmente um costume derrogar uma norma expressa em tratado (REZEK, 2014).

Porém o costume tem atribuição especifica, constituindo fonte necessária de direito internacional, conforme dispõe o preâmbulo da Convenção de Viena, caso não haja dispositivo que regulamente o direito internacional consuetudinária irá regulamentar (BRASIL, 1969, preâmbulo).

Salienta-se que a convenção de Viena é o dispositivo fundamental para criação e interpretação de tratados, surge em 1969, ratificada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n. 496/2009 e promulgada pelo Decreto n. 7.030/2009. O seu texto é o responsável por abordar matérias como conclusão e entrada em vigor de tratados, reservas e sua aplicação Provisória, assim como sua observância, aplicação e interpretação. Destaca-se o preâmbulo da convenção o qual dispôs que as regras do direito internacional costumeiro ainda regerão questões que no corpo de seu texto não estejam reguladas.

2.1 DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

A maior parte das normas internacionais existentes originou-se com a conclusão de tratados e convenções. Desde a antiguidade os tratados desempenham diferentes fins, entre os quais podemos enfatizar a constituição de alianças, a celebração da paz, o estabelecimento de linhas fronteiriças e a intensificação do intercâmbio econômico.

Outrora os tratados celebrados eram unicamente bilaterais, reunindo apenas dois estados. Já os tratados multilaterais, que possuem a participação de mais de dois estados só surgiram Congresso de Viena de 1815, cujo documento final assinado pelos participantes outorgava direitos e deveres das partes.

Explicado a evolução dos tratados podemos definir como, “todo o acordo formal, concluído entre sujeitos de direito internacional público e destinado a produzir efeitos jurídicos” (AMARAL, 2013).

Salienta-se que o Tratado internacional se dá por intermédio do livre consentimento dos estados, e da livre manifestação das partes, requisitos indispensáveis para que seja valido.

Para que tenha a competência de assinar um tratado internacional, é imprescindível que lhe seja concedido poderes de representação. A convenção de Viena de 1969 no seu Artigo 7°[4], estipula a necessidade de plenos poderes do estado. Entretanto com relação a função que desempenham, estão desobrigados de apresentação de plenos poderes representantes de seus Estados (BRASIL, 2009, art.7°).

[4]Artigo 7- Plenos Poderes: 2. Em virtude de suas funções e independentemente da apresentação de plenos poderes, são considerados representantes do seu Estado:
a)os Chefes de Estado, os Chefes de Governo e os Ministros das Relações Exteriores, para a realização de todos os atos relativos à conclusão de um tratado;
b)os Chefes de missão diplomática, para a adoção do texto de um tratado entre o Estado acreditante e o Estado junto ao qual estão acreditados;
c)os representantes acreditados pelos Estados perante uma conferência ou organização internacional ou um de seus órgãos, para a adoção do texto de um tratado em tal conferência, organização ou órgão.

Os tratados internacionais obedecem a certos procedimentos no que diz respeito a sua formação, para assim gerirem os resultados ansiados. O processo de formação de tratados irá iniciar através da negociação. Os Estados mantêm continuo contato com outros, com o intuito de debater questões que lhe são comuns, e é neste momento que se examina se o interesse de ambos os Estados são compatíveis.

A fase da negociação se conclui com a composição de um documento, conforme dispõe o artigo 9°[5] da convenção de Viena (BRASIL,2009, art.9°), A estrutura do texto convencional negociado entre as partes, deverá apresentar um preâmbulo, seguido pela parte dispositiva, complementado com os anexos.

A assinatura é o segundo procedimento adotado para a conclusão do tratado, esta é a conduta que autentica o tratado, porém cabe ressaltar que não o torna imediatamente obrigatório, ela apenas simboliza um aceite duvidoso e contingente.

O Terceiro passo para a conclusão de um tratado é a Ratificação, ou seja, é o ato em que um Estado manifesta, no plano internacional, seu consentimento de vincular a um tratado. A ratificação irá variar da ordem constitucional de cada estado, sendo sua competência poderá ser exclusiva do poder executivo ou do poder legislativo, até mesmo uma competência mutua.

Entende-se então que ratificação é um ato unilateral em que exprime no âmbito internacional, sua vontade de se obrigar ao pacto firmado, porém esta ratificação possui algumas caraterísticas, dentre elas a competência a qual incumbe determinar dentro do ordenamento jurídica de cada estado, quem possuirá competência para assumir compromissos internacionais em nome do estado.

O quarto e último procedimento é o Registro do Tratado, a ONU determina em seu artigo 102 que todos os Tratados celebrados devem ser registrados após entrarem em vigor. (BRASIL, 1945, art. 102).

Com relação ao prazo para entrada em vigor do tratado celebrado, vale esclarecer que devido alguns acordos não criarem custos financeiros aos seus signatários, e tratarem de assunto mais simples, podem entrar em vigor na data de sua publicação. Por outro lado, os tratados que possuem assuntos mais complexos, e consequentemente por ocasionarem custos financeiros a seus signatários, entrarão em vigor apenas após esses signatários confirmarem seu compromisso em cumpri-los, por intermédio da ratificação, conforme esclarece o Ministério das Relações Exteriores em sua página oficial.

A extinção dos tratados, encontra-se prevista no artigo 54 ao 64 da Convenção de Viena, e ocorre no momento em que as partes não estão mais

[5] Artigo 9 - Adoção do Texto
1. A adoção do texto do tratado efetua-se pelo consentimento de todos os Estados que participam da sua elaboração, exceto quando se aplica o disposto no parágrafo 2.
2. A adoção do texto de um tratado numa conferência internacional efetua-se pela maioria de dois terços dos Estados presentes e votantes, salvo se esses Estados, pela mesma maioria, decidirem aplicar uma regra diversa.
Artigo 56 - Denúncia, ou Retirada, de um Tratado que não Contém Disposições sobre Extinção, Denúncia ou Retirada
1. Um tratado que não contém disposição relativa à sua extinção e que não prevê denúncia ou retirada, não é suscetível de denúncia ou retirada, a não ser que:
a) se estabeleça terem as partes tencionado admitir a possibilidade da denúncia ou retirada; ou
b) um direito de denúncia ou retirada possa ser deduzido da natureza do tratado.

por ele obrigadas, que em alguns casos pode conter um prazo ou termo de duração, uma condição resolutória, por denuncia até mesmo por um prazo renovável (BRASIL,2009, art. 54 ao 64). A extinção sempre se dará por intermédio de uma vontade comum entre às partes por ele obrigada, está vontade poderá se exprimir às vezes por antecipação no próprio texto.

A denúncia é ato unilateral, pelo qual se exterioriza a vontade do Estado de deixar de fazer parte de um tratado, ou seja, uma espécie de extinção de tratados internacionais que se caracteriza pela manifestação unilateral das partes envolvidas, que possui o interesse de interromper o pacto firmado.

3 DOS ATOS DO EXECUTIVO E DO LEGISLATIVO BRASILEIRO NOS PROCEDIMENTOS INERENTES A TRATADOS INTERNACIONAIS

Após a negociação, e já redigido o acordo com a assinatura de ambas partes. A assinatura do tratado é um ato do Chefe do Executivo, no qual expressa estar de acordo com o conteúdo. Cabe ao Chefe do Poder Executivo decidir se assinará o tratado cuja negociação foi concluída. A assinatura tem o caráter de concordância com o negócio e seus termos, não obrigando o estado a executá-lo.

Assim, redigido e assinado por ambas as partes, o chefe de Estado da República Federativa do Brasil encaminhará ao Congresso Nacional para eventual aprovação do poder legislativo nos termos do art. 49, I, e 84, VIII, da Constituição Federal (BRASIL, 1988, art. 49, I, 84, VIII).

O procedimento de envio do tratado ao congresso nacional terá início; com a emissão dos motivos do Ministro das Relações Exteriores ao Presidente da República, acompanhado do inteiro teor do compromisso a ser pactuado (REZEK, 2014, p. 65).

Os acordos Internacionais que ocasionem encargos ou compromissos gravosos para o patrimônio nacional, necessitam de aprovação do congresso nacional, conforme dispõe a Constituição Federal Brasileira, em seu artigo 49, I (BRASIL,1988, art. 49, I).

Por analogia ao art.64 da CFRB/88, compreendesse que o processo legislativo alusivo a tratados se inicia na Câmara dos Deputados, ao receber a mensagem do Presidente da República, tendo em anexo o texto pactuado em língua portuguesa (BRASIL, 1988, art. 64). Recebida; a matéria é lida em plenário e distribuída a não mais que três comissões que tratem sobre o tema abordado no tratado, conforme estipula o Regimento Interno da Câmara dos Deputados (BRASIL,1989, art. 139, caput).

Vale ressaltar que a matéria do tratado será discutida e votada separadamente, tendo início na Câmara dos Deputados, e posteriormente no Senado Federal. A aprovação do Congresso neste caso implica em aprovação de ambas as casas legislativas (REZEK, 2013, p. 89).

Sendo o acordo aprovado na Câmara de Deputados, este será remetido ao Senado Federal, conforme o tramite expresso pelo Regimento Interno. O projeto de decreto legislativo será lido em plenário, no período de expediente e despachado por ato do Presidente do Senado.

> Se aprovado, o decreto legislativo é promulgado pelo Presidente do Senado Federal e publicado no Diário daquela Casa e no Diário Oficial da União. Ademais, o Presidente do Senado remete ao Chefe de

> Estado mensagem na qual participa a promulgação do diploma e remete o respectivo autógrafo. A mensagem é encaminhada por meio de ofício dirigido ao Ministro Chefe da Casa Civil da Presidência da República. Outro ofício, com autógrafo, é dirigido ao Ministro das Relações Exteriores (GABSH, 2010, p. 105).

Cabe salientar que mesmo após o Tratado ser aprovado pelo Congresso Nacional, o Chefe do Executivo é livre para arquivar ou postergar a qualquer momento o acordo firmado e já aprovado pelo poder legislativo. Pois é apenas dele a competência de envio do acordo ao Congresso, tratando-se de ato de governo (MEDAUAR, 2005, p. 82-83).

Tendo o Congresso Nacional manifestado sua anuência aos termos do compromisso, compete ao Chefe do Executivo vincular definitivamente o Estado ao tratado, porém após aprovação do Congresso há algumas etapas a serem seguidas, para que o acordo entre em vigor.

O Ministério da Relações Exteriores esclarece que após o Tratado ser aprovado pelo Congresso Nacional, deve ser comunicado o país de que ocorreu a anuência, confirmando seu acordo e cumprindo (ratificação), a outra parte também confirma o compromisso, caso ainda não tenha realizado. Tendo comunicado a outra parte envolvida no tratado sobre a aprovação o Presidente da República assina Decreto que determina o cumprimento pelo Brasil do acordo (promulgação).

A ratificação pode ser considerada como a fase mais importante neste processo de conclusão do tratado, onde se exprime a vontade de o Estado se submeter a um tratado, sendo compreendida assim a ratificação como um ato do governo, ou seja, de competência do chefe do executivo.

> Se pode entender a ratificação como um ato internacional, e como um ato de governo. Este, o poder executivo titular que costuma ser dinâmica das relações exteriores de todo o Estado, aparece idôneo para ratificar – o que no léxico significa confirmar -, perante outras pessoas jurídicas de direito das gentes, aquilo que ele próprio, ao término da fase negocial, deixara pendente de confirmação, ou seja, o seu consentimento em obrigar-se pelo pacto. (REZEK, 2013, p. 73).

Será após a ratificação que o acordo pactuado entrara em vigor para o âmbito internacional e vigente, o que ocorrera por intermédio da promulgação e da publicação.

A promulgação será o ato jurídico interno pelo qual o governo atestara um tratado devidamente concluído (ACCIOLY, 1954, p. 220), em âmbito interno a promulgação será realizada por meio de um decreto do Presidente da República, referendado pelo Ministro das Relações Exteriores. O decreto faz jus ao princípio da publicidade, sendo o documento correto para exteriorizar a competência do chefe de estado conforme prevê o art. 84 da CFRB/88 (DALLARI, 2003, p. 99-100).

3.1 COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO NA DENÚNCIA DE TRATADOS INTERNACIONAIS NO BRASIL

Como supramencionado a denúncia é o ato pelo qual as partes envolvidas; manifestam o interesse de interromper o pacto firmado.

No que se refere a competência para se desligar de tratados, a Constituição a Republica Brasileira não traz uma disposição expressa, atualmente o chefe do poder executivo exerce unilateralmente, mesmo sem disposição essa competência, tendo como argumento o art.84 da CFRB/88, onde expressa a competência o Presidente para celebrar tratados (BRASIL, 1988, art. 84).

Parte da doutrina critica o ato e denúncia unilateral exercida pelo chefe de estado, analisando o processo legislativo necessário para a entrada em vigor de um acordo internacional, compreende-se que a denúncia deveria exigir uma consulta previa ao Congresso Nacional. Ressalta-se que um tratado devidamente votado pelo Poder Legislativo e sancionado pelo Executivo, não pode ser revogado talvez de um ato unilateral (DALLARI, 2003, p. 117).

Porém, a prática consagra o chefe do poder executivo como titular competente para denunciar acordos internacionais (DALLARI, 2003, p. 115).

Conforme supramencionado o texto constitucional não cuida do procedimento de desvinculação de tratados. Buscando entender o motivo pelo qual a denúncia é realizada unilateralmente pelo chefe de estado, com apoio do Senador Paulo Bauer e todo seu gabinete; foi enviado ao Ministério das relações exteriores questionando sobre a forma que é realizada o procedimento da Denúncia atualmente em nosso país, assim como o número de denúncias já realizada.

Em resposta, conforme o documento oficial enviado pelo Ministério das Relações Exteriores; esclareceu que a vontade Presidencial é o suficiente para desfazer o laço obrigacional no plano externo. Tal afirmação tem como fundamento um entendimento exarado após a retirada do Brasil da Liga das Nações em 1926 por vontade do então presidente Artur Bernardes, para respaldar a decisão presidencial foi solicitada um parecer do Consultor Jurídico do Ministério, na época de Clovis Bevilaqua, que defendeu a posição de que o Poder Executivo pode, sem chancela congressional, desligar o pais de tratado por ele ratificado.

Em concordância com o parecer exarado pelo Consultor Jurídico do Ministério, o Chefe do executivo pode efetuar denuncia de tratados internacionais. Tal pratica que vem sendo realizada há quase um século, o que comprova a consolidação dos costumes. De acordo com o Ministério das Relações Exteriores, considerando o período entre o advento da republica e a Constituição de 1988, foram realizadas aproximadamente 111 denúncias. Há de se enfatizar que tal condutada vem sendo praticada a quase um século, com fundamento de constituição anterior a vigente e sem nenhuma regulamentação.

Conforme o informado pelo Ministério das Relações Exteriores, sob a constituição de1988, apenas duas denúncias foram feitas pelo Presidente da República: uma via decreto nº 2.100, de 20 de dezembro de 1996, que torna pública a denúncia, pelo Brasil, no que concerne a Convenção da OIT nº 158 relativas ao Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregado (BRASIL, 1996); e outra por meio do decreto nº 8.494, de 24de julho de 2015 que torna pública a denúncia, pela República Federativa do Brasil, no que concerne ao Tratado entre a República Federativa do Brasil e a Ucrânia, sobre Cooperação de Longo Prazo na Utilização do Veículo de Lançamentos Cyclone-4 no Centro de Lançamento de Alcântara, firmado em Brasília, em 21 de outubro de 2003.(BRASIL, 2015)

3.2 A NORMA CONSTITUCIONAL E OS COSTUMES

As fontes formais do Direito, ou seja, o modo de produzir normas jurídicas, por lei se compreende na produção de normas por via de uma vontade a ela direcionada, no intuito de regular determinados comportamentos, os costumes neste viés são os comportamentos da sociedade sem valor jurídico (REZEK, 2003, p .73).

O sistema jurídico brasileiro é tradicionalmente parte da família de sistemas de Civil Law e influenciado pelo constitucionalismo português, observa-se neste sistema dentre outros elementos, a forte presença da codificação. Em países de Civil Law, a fonte suprema do direito constitucional é a constituição escrita (formal) e não o costume constitucional. (DAL RI, 2016, Constitucionalismo como elemento para a produção do Direito).

Assim, compreende-se que o intérprete da Constituição não tem o poder de reconhecê-la como de aplicação facultativa, independente do argumento que fosse apresentado. A Constituição se destina a garantir a ideia de Direito, quanto a nação soberana, regrando e ditando condições, não sendo estas revogadas por normas costumeiras (MIRANDA, 2000, p. 115).

4 POSSIBILIDADE DE O CONTROLE PARLAMENTAR INTERVIR NO ATO DE DENUNCIA DE TRATADOS INTERNACIONAIS REALIZADA PELO CHEFE DO EXECUTIVO

Muito embora a Constituição Federal Brasileira não trate especificamente do conteúdo relativo à denúncia de tratados internacionais; não significa que o Poder Legislativo não possua competência para fazê-lo, uma vez que a própria Constituição assegurou amplos poderes ao congresso para que regule os atos do Poder Executivo.

É notório que este papel não se limita a um mero procedimento de aprovação, mas também a supervisionar todo e qualquer ato do executivo (BRASIL,1988, art.49, X), assim como sustar qualquer ato realizado pelo Poder Executivo que ultrapassem o poder regulamentar ou os limites de delegação legislativa (BRASIL,1988, art.49, V).

É notório que a omissão sobre o tema da denúncia na Constituição Federal de 1988, o que comprova tal desinteresse em regulamentar o procedimento supramencionado é a Proposta de Emenda à Constituição n° 87, de 2015, apresentada pelo Senado Federal em que altera o art. 5º e o art. 49, I, da Constituição Federal. Porém desde 02 de julho de 2015 a situação em que se encontra é: aguardando designação do relator na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (BRASIL, 2015). Diante do exposto, fomenta a análise sobre os artigos 49 e 84, para que se elucide de quem pertence a competência.

Com feito no art. 49, I da CFRB/88, determina a competência exclusiva do Congresso Nacional para o ato de denúncia, uma vez que a ele cabe: “Resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional” (BRASIL,1988, art. 49, I).

Cabe-se realizar uma análise mais profunda acerca do artigo supramencionado, uma vez que resolver significa: decidir, determinar e definitivamente possui o significado de: modo definitivo, de uma forma irreversível ou que não deixa dúvidas.

Por sua vez, o art. 84, VIII, determina que dentre as competências privativas do Presidente da República encontra-se: “Celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”.

Cabe destacar que celebrar significa solenizar, prestar solenidade, por sua vez o artigo supracitado ao trazer a seguinte frase: sujeitos a refendo do Congresso, entendesse que para se celebrar um tratado, o presidente está subordinado ao referendo dos representantes do povo, por meio do Congresso Nacional.

Transcorre-se que o texto Constitucional não é explicita, com relação a competência de o Congresso Nacional participar no ato da denúncia, porém ressalta-se que também não está claro a sua possível vedação.

Partindo da premissa que a Constituição Federal possui uma solução para a incorporação de atos internacionais, em que ambos os Poderes Executivo e Legislativo participam, denotando um ato complexo derivado da vontade destes poderes. Cabendo ao Presidente da República, na qualidade de chefe de Estado celebrar tratados e promulgá-los por meio de decreto. Por sua vez ao Congresso Nacional é delegada a competência de resolver, mediante decreto legislativo, sobre atos de direito internacional que acarretem encargos ao erário.

“Ato complexo é o que se forma pela conjunção de vontades de mais de um órgão administrativo”. (MEIRELLES, 2016, p.195).

Contudo, se a incorporação de um tratado internacional configura ato complexo, por essencialmente necessitar da vontade de mais de um órgão administrativo para realizar o ato, assim deveria se proceder também na denúncia, devendo ter a manifestação do Poder Legislativo, quando o Chefe do Executivo comunicasse ao Congresso a intenção de se desligar de determinado tratado internacional.

Ressalta-se que segundo a teoria do Estado de Direito, o agente público só pode realizar o que se encontra previsto na constituição ou na lei, a ausência de previsão inviabilizaria qualquer ato. O ato realizado sem ser autorizado pela lei, por qualquer órgão da administração pública, afronta princípio da legalidade, partindo da premissa que o princípio implica subordinação completa à lei.

O Congresso Nacional é popularmente denominado a casa do povo, ou seja, onde seus interesses e direitos devem ser resguardados por seus representantes eleitos, ressalta-se que um parlamento forte, tem o sentido de que as minorias terão a oportunidade de se expressar sobre os mais diversos assuntos, por isso é de extrema importância que tanto a recepção de tratados quanto a denúncia possam ser analisadas pelo Congresso.

Partindo desta omissão o Ministério das Relações Exteriores, assim como, o Chefe de Estado fundamentam as denúncias realizadas com um parecer emitido em 1926 quando o Brasil se retirou da Liga das Nações, tal parecer antecede a Constituição vigente e é contrário aos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal Joaquim Barbosa, Teori Zavascki e Rosa Weber, já liberados na Ação Direta de Inconstitucionalidade n°165, que foi proposta em 17 de fevereiro de 1997 pela Confederação dos Trabalhadores da Agricultura –

CONTAG, com o intuito de declarar a inconstitucionalidade do Decreto 2.100 de 20 de dezembro de 1996, através da violação ao artigo 49, inciso I da Constituição Federal de 1988.

A derrogação de norma incorporadora de tratado pela vontade exclusiva do presidente da República, a meu juízo, é incompatível com o equilíbrio necessário à preservação da independência e da harmonia entre os Poderes (artigo 2º da Constituição da República), bem como com a exigência do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV), por isso, não se coaduna com o Estado Democrático de Direito. (WEBER, 2015).

Porém, atualmente o ato da denúncia unilateral vem sendo realizada pelo chefe do Poder Executivo, por mero costume, pois inexiste em nosso ordenamento jurídico delimitação precisa. Assim como ocorre no direito internacional, onde os costumes internacionais o outorgam poderes para ao chefe do estado e seus representantes, porém tal pratica diverge com o costume constitucional brasileiro.

Salienta-se que existem diversos textos constitucionais que trazem de forma expressa o procedimento adotado na denúncia e a competência do Poder Legislativo para participar do procedimento, podemos citar a Constituição da Espanha, Paraguai, Argentina, Guiné-Bissau, República do Peru, República de Portugal, República do Cabo Verde, República da Angola.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo buscou analisar a possibilidade de o Congresso Nacional intervir no ato de denúncia de tratados internacionais, com a finalidade de demonstrar a relevância do Direito Internacional, assim como o procedimento adotado em âmbito nacional, e o motivo de sua não regulamentação.

A relevância da pesquisa se justifica em função analisar a possibilidade de intervenção do Congresso Nacional no ato de denúncia de tratados internacionais; para tanto; coube elucidar os posicionamentos doutrinários e a Ação Direta De Inconstitucionalidade - ADI 1625 sobre a intervenção do poder legislativo na realização de denuncia unilateral por parte do chefe do executivo.

É notório, ao tomar conhecimento sobre o tema o desinteresse dos Poderes Executivo e Legislativo em regulamentar condutas ligadas ao Direito Internacional Constitucional, e que comprova tal afirmação é o procedimento da Denúncia, que vem sendo reiteradamente praticado unilateralmente pelo chefe de estado, este fundamenta-se em parecer emitido em 1926 pelo então Consultor Jurídico do Ministério Clovis Bevilaqua, quando o Brasil se retirou da Liga das Nações, tal parecer antecede a Constituição vigente.

O objeto da denúncia exercida unilateralmente pelo presidente da república, ganha repercussão através da Ação Direta De Inconstitucionalidade - ADI 1625, proposta em 17 de fevereiro de 1997 pela Confederação dos Trabalhadores da Agricultura – CONTAG. Trata-se da denúncia feita pelo Presidente da República Fernando Henrique Cardoso à Convenção 158 da OIT.

Deste modo, faz se uma análise aos artigos artigo 84, inciso VIII da CFRB/88, que discorre que o Chefe do executivo possui competência para celebrar tratados, convenções e atos internacionais, porém o artigo 49, incisos I e da Constituição Federal do Brasil, dispõe que é de competência exclusiva do congresso resolver definitivamente sobre tratados.

Mesmo que no Brasil, o procedimento de denúncia dos tratados internacionais seja raro; e a Constituição Federal não seja clara sobre o instituto da denúncia e inexistindo legislação que determine o procedimento a ser adotado; e o tema ainda estar pendente de análise no STF, compreende-se que o chefe do executivo realiza o ato da denúncia unilateralmente com base em parecer emitido em 1926 pelo então Consultor Jurídico do Ministério Clovis Bevilaqua, quando o Brasil se retirou da Liga das Nações e nos costumes internacionais, o qual dão competência ao chefe de estado e seus representantes para realizarem tal ato, porém salienta-se que o costume não possui norma superior a constituição.

Conclui-se que a denúncia de Tratados Internacionais realizada por ato unilateral do Poder Executivo não encontra respaldo na Constituição Federal, delegando competência ao mesmo conforme disposto do artigo 84, inciso VIII, o Chefe do executivo possui competência para celebrar tratados, convenções e atos internacionais, e não sendo contemplado pelo Artigo 49, incisos I e X da Constituição Federal do Brasil, a qual dispõe que é de competência exclusiva do congresso resolver definitivamente sobre tratados e fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo.

Assim, como a denúncia de tratados internacionais quando praticado unilateralmente pelo Poder Executivo é considerado um costume contrário à constituição, pois o procedimento de denúncia em nosso país não é habitual, não encontrando respaldo constitucional, além de inexistir legislação que determine o procedimento a ser adotado. Sendo permitido apenas pelo Costume Internacional, ferindo assim o Estado Democrático de Direito.

Visto que o ato de incorporação de tratados é um ato complexo da administração pública, e como supracitado inexiste respaldo constitucional e legislação, o Chefe de Estado ao realizar a denúncia diante da ausência de previsão inviabilizaria ato, ferindo assim o princípio da legalidade.

Deste modo, compreende-se que por mais que pertença ao chefe de estado a prerrogativa de sair de um tratado internacional, ou seja denunciá-lo, este procedimento deve ser aprovado previamente pelo Congresso Nacional, nos moldes da recepção de tratados internacionais. Pois conforme exposto, trata-se de um ato complexo sendo essencial a vontade de mais de um órgão da administração pública.

6 REFERÊNCIAS

ACCIOLY, **Parecer do Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores**, de 11 de junho de 1954. In: Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty, v. V (1952-1960).

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Curso de Direito Internacional público**7– São Paulo: Atlas, 2013.

BRASIL, **ADI 1625 - Ação Direta De Inconstitucionalidade**, processo eletrônico, petição inicial. Disponível <www.stf.jus.br>. Acesso em 25 de set de 2017.

BRASIL, **ADI 1625 - Ação Direta De Inconstitucionalidade**, Voto Ministra Rosa Weber. Disponível, <www.stf.jus.br>. Acesso em 28 de jun de 2018.

BRASIL, **ADI 1625 - Ação Direta De Inconstitucionalidade**, Voto Ministo Joaquim Barbosa. Disponível, <www.stf.jus.br>. Acesso em 28 de jun de 2018.

BRASIL, **ADI 1625 - Ação Direta De Inconstitucionalidade**, Voto Ministro Teori. Disponível, <www.stf.jus.br>. Acesso em 28 de jun de 2018.

BRASIL, **Decreto Legislativo nº 496, de 23 de maio de 2009**. Aprova o texto da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em Viena, em 23 de maio de 1969, ressalvados os arts. 25 e 66.. **Decreto Legislativo**: **Nº 496, DE 2009**. Brasília, Disponível em: <http://www2.camara.leg.br>. Acesso em: 28 jun. 2018.

BRASIL, **DECRETO Nº 19.841, DE 22 DE OUTUBRO DE 1945**, Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 28 de jun de 2018.

BRASIL, **DECRETO Nº 2.100, DE 20 DE DEZEMBRO DE 1996**. Torna pública a denúncia, pelo Brasil, da Convenção da OIT nº 158 relativas ao Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador. Disponível <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 28 de jun de 2018.

BRASIL, **DECRETO Nº 8.494, DE 24 DE JULHO DE 2015.** Torna pública a denúncia, pela República Federativa do Brasil, do Tratado entre a República Federativa do Brasil e a Ucrânia sobre Cooperação de Longo Prazo na Utilização do Veículo de Lançamentos Cyclone-4 no Centro de Lançamento de Alcântara, firmado em Brasília, em 21 de outubro de 2003. Disponível <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 28 de jun de 2018.

BRASIL, **DECRETO Nº Nº 7.030, DE 14 DE DEZEMBRO DE 2009.** Promulga A Convenção de Viena Sobre O Direito dos Tratados, Concluída em 23 de maio de 1969, Com Reserva Aos Artigos 25 e 66. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28 jun. 2018.

BRASIL, **Ministério das Relações Exteriores**, disponível em: <www.itamaraty.gov.br/perguntas-frequentes>. Acesso em 28 de jun de 2018.
BRASIL, **PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO N° 87, DE 2015**. Disponível em: <http:// www.senado.leg.br >. Acesso em: 24 jul. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Disponivel em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28 de jun de 2017.

BRASIL. **DECRETO Nº 7.030, DE 14 DE DEZEMBRO DE 2009**. Promulga A Convenção de Viena Sobre O Direito dos Tratados, Concluída em 23 de Maio de 1969**,** Brasilia, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28 jun. 2018.

BRASIL. **Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD)**, aprovado pela Resolução nº17, de 21 de setembro de 1989, com alterações posteriores, art. 139, caput. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br>. Acesso em: 28 de jun de 2018.

CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público** — 20. ed. — São Paulo : Saraiva, 2012.

DAL RI, Luciene. *Título do Artigo:*OLIVEIRA, Maurizio; ABREU, Pedro Manoel. PILAU SOBRINHO, Liton Laner. **Tomo 01:** Constitucionalismo como elemento para a produção do Direito. Itajaí; Univali, 2016.

DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. **Constituição e tratados internacionais**. São Paulo: Saraiva, 2003.

Dicionário Aurélio de Português Online. Disponível <dicionariodoaurelio.com/resolver>. Acesso em: 28 de jun de 2018.

GABSH, Rodrigo D'Araujo. **Aprovação de Tratados Internacionais pelo Brasil**: possíveis opção para acelerar o seu processo – Brasília: FUNAG. 2010.
MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos Humanos, Constituição e Tratados Internacionais.**

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Poder Executivo não pode denunciar tratados sem participação do Congresso.** Disponível <www.conjur.com.br >. Acesso em: 09 de ago de 2018.

MEDAUAR, Odete. **Parâmetros de Controle da Discricionariedade**. In: Discricionariedade administrativa/coordenador: Emerson Garcia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MEIRELLES, Helly Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro** / Helly Lopes Meirelles, JoséEmmanuel Burle Filho -42.ed / atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. – São Paulo: Malheiros, 2016.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo II, Constituição, 4° edição, revista e actualizada, Coimbra Editora, 2000.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público:** curso elementar– 15. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**: curso elementar. 14ª ed. inteiramente rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

TÁVORA, Fabiano. **Direito Internacional público** – São Pauo: Saraiva, 2016 – (Coleção Diplomata/ Coordenador Fabiano Távora).

EFICÁCIA VINCULANTE DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO SISTEMA BRASILEIRO: UMA ANÁLISE CRÍTICA AO MODELO *COMMON LAW* APLICADO AO *CIVIL LAW*

Ana Luiza Silveira Nedochetko[1]
Thiago André Marques Vieira[2]

RESUMO

Diante da maior comunicabilidade dos sistemas de *common law* e *civil law*, bem como a crescente instituição de características do primeiro no sistema judiciário brasileiro é que se faz necessária uma análise da possibilidade concreta da correta utilização de institutos como o precedente. Estes, dotados de vinculatividade e extremamente influenciadores das decisões que o sucedem, devem ser utilizados de maneira que não prejudique e desvie o sistema que o está internalizando.

Palavras-chave: *civil law*; precedentes; efeito vinculante.

1 INTRODUÇÃO

Através da análise de um prospecto histórico do cenário brasileiro, em relação ao sistema recursal e os sentidos em que foram desenvolvidos, em meio a reformas procedimentais civilistas e mediante o ordenamento brasileiro centralizado; é que se proporá um aprofundamento acerca da eficácia vinculante dos precedentes judiciais no Brasil.

Inicialmente, salienta-se a perspectiva da presente escrita incrustada na base cultural vivenciada no sistema brasileiro, bem como a tentativa da não utilização do método comparativo dos sistemas *civil law* e *common law*, tendo em vista a aceitação, *a priori*, da falta de base neutra para se proceder a uma análise comparatística de maneira cristalina[3].

Ademais, visa-se um aprofundamento do conhecimento do próprio ordenamento, para uma melhor compreensão dos demais sistemas, como meio em que se pretende desenvolver raciocínios e conclusões posteriormente tomadas. Como também, a não constatação de tipos ideais de ordenamentos, mas sim de uma análise ampla e crítica da construção dos sistemas ocidentais.

Sanado o aspecto histórico e analítico dos sistemas processuais adotados no Brasil, em perspectiva com os demais, observar-se-á a função das Cortes Superiores e a aplicação dos precedentes, através da liberdade do convencimento judicial em contraposição à fundamentação sedimentada pelo

[1] E-mail: ananedochetko@gmail.com
[2] E-mail: thiago.vieira@catolicasc.org.br. Currículo *Lattes*: http://lattes.cnpq.br/2547929426075754.
[3] TARUFFO, Michele. Aspetti Fondamentali del Processo Civile di Civil Law e di Common Law. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 36, 2001.

art. 93, IX da Carta Magna, bem como o reforço desse instituto através do Código de Processo Civil de 2015.[4]

Não obstante, as técnicas processuais advindas do neoprocessualismo e o consequente crescimento das garantias constitucionais de direitos fundamentais e de que maneira a Corte de Precedentes, entendidos aqui STF e STJ, são responsáveis pela segurança jurídica e unidade do Direito nacional. Além disso, a possibilidade da constatação de que estaria o STF habilitado a realizar controle de constitucionalidade das leis para garantia dos precedentes. E, portanto, dada a expansão da jurisdição e os crescentes julgados acerca de questões de relevância nacional e possivelmente vinculativas, é que se deve tratar do protagonismo judiciário em contraste com a função legislativa do Congresso Nacional.

Apesar da ampla discussão acerca da utilização de precedentes no sistema *civil law*, deve-se ter em mente algumas facilidades na aplicabilidade e hermenêutica das leis, bem como para o preenchimento de lacunas – o que é recorrente no ordenamento jurídico brasileiro.

Desta feita, a especulação tentará aprofundar a separação de poderes, contrapondo as funções judicial e legislativa, a possibilidade de brecha para causuísmos judiciários ou a possibilidade de avanço no sistema brasileiro, impedindo uma possível estagnação e confinamento a preceitos históricos – e talvez já ultrapassados – de sistemas jurídicos.

2 SISTEMAS TRADICIONAIS

De primeiro plano, insta salientar algumas contraposições tradicionais dos sistemas jurídicos mais amplamentes estudados nas academias brasileiras, mesmo que estas diferenças estejam superadas pelo desenvolvimento doutrinário, quais sejam o *common law* e o *civil law.*

Neste sentido, a oralidade presente essencialmente no *common law* e a escrita, do *civil law* encontraram, com o decorrer dos anos, significativas relativizações, como o processo da *equity* e a própria produção de prova oral, respectivamente.

Além disso, o processo adversarial existente nos ordenamentos de *common law*, em muito tem se aproximado da realidade do processo, em essência e historicamente, inquisitivos do *civil law*. Isto porque se tem, atualmente, a percepção de que não há processo sem contraditório, tendo em vista a ampla ocupação, em sede processual, das garantias constitucionais e dos princípios fundamentais.[5]

Também neste sentido, o processo inquisitorial, previsto ao sistema *civil law,* já se tem por bastante decaído, mesmo que nestes modelos processuais o juiz detenha papel ativo da direção do procedimento e iniciativa instrutória;

[4] CAMBI, Eduardo; MAGRAF, Alencar Frederico. Casuísmos judiciários e precedentes judiciais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n. 248, p. 311 – 330, out./2015.
[5] TARUFFO, Michele. Aspetti Fondamentali del Processo Civile di Civil Law e di Common Law. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 36, 2001.

conforme depreende da experiência do processo liberal clássico, em que se tem presente o princípio dispositivo, isto é, a total relativização do processo inquisitivo. Sendo assim, os sistemas de civil law adotam orientações diversas e propõem saídas procedimentais diversas para seus gestores de justiça, como ocorre no processo trabalhista na Itália[6].

Assim, nesta perspectiva, encontram-se os regimentos basilares de ambos os modelos amplamente relativizados e com perspectivas de mudanças, o que pode ser bastante significativo para utilização dos precedentes de maneira ampla.

Isto porque já é cediço, para ambos os sistemas, a diminuição da postura arbitrária do papel do juiz, bem como seu papel passivo, pois, atualmente, este personagem processual obtém a gestão ativa do desenvolvimento do feito. Certo, portanto, a mudança gradual e natural dos sistemas que, claramente, não se estagnariam enquanto a sociedade, como um todo, está em constante mudança. Isto é, possibilita-se a percepção de que, tendo em vista o número crescente de demandas judiciais, não há mais tempo para contrapor questões dogmáticas, paradoxais ou discussão de princípios históricos, visto que, no mundo dos fatos atuais, emergem-se todos os dias problemas diversos e em volumes sobressaltados, o que obriga os legisladores e operadores a adotarem diretrizes pragmáticas.

Em âmbito de common law, as notas tradicionais também adquirem novas faces, tais como o papel do juiz, este dotado de passividade, que já é incompatível com os moldes e direções que se tomam atualmente. Em planos históricos, na Inglaterra, esta transformação ocorreu pela Rules of Civil Procedure de 1999 inovando completamente o que seria o direito processual civil inglês não escrito, confiando diversos poderes ao juiz. [7]

Além do papel de juiz, a fase pre-trial encontra grande mudança no ordenamento commom law, isto porque, historicamente, o processo anglo-americano se constitui em audiência de debate, colhendo provas testemunhais, discutindo-se oralmente a causa e, por fim, profere-se a sentença. Porém, tendo em vista a evolução sistemática do processo, bem como o desenvolvimento social, tanto na Inglaterra, quanto nos Estados Unidos, originaram-se fases preliminares para a adequada preparação das partes para o debate (o que

---

[6] *Codici di procedura civile, LIBRO SECONDO – Del processo di cognizione, Titolo IV, Capo I, Sezione II, Articolo 421: Il giudice indica alle parti in ogni momento le irregolarità delgi atti e dei documenti che possono essere sanate assegnando un termine per provvedervi, salvo gli eventuali diritti quesiti. Può altresì disporre d'ufficio in qualsiasi momento l'ammissione di ogni mezzo di prova, anche fuori dei limiti stabiliti dal codice civile, ad eccezioni, sia scritte che orali, alle associazioni sindicali indicate dalle parti. Si osserva la disposizione del comma seso dell'articolo 420. Dispone, su istanza di parte, l'accesso sul luogo di lavoro, purché necessário al fine dell'accertamento dei fatti e dispone altresì, se ne ravvisa l'utilità l'esame dei testimoni sul luogo stesso. Il giudice, ove lo ritenga necessario, può ordinare la comparizione, per interrogarle liberamente sui fatti della causa, anche di quelle persone che siano incapaci di testimoniare a norma dell'articolo 246 o a cui sia vietato a norma dell'articolo 247.*

[7] TARUFFO, Michele. Aspetti Fondamentali del Processo Civile di Civil Law e di Common Law. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 36, 2001.

acaba, normalmente, por não ocorrer). Estas técnicas, nos Estados Unidos resultam em elevado percentual de causas cíveis que não ultrapassam a fase pre-trial e não chegam ao debate por tentativas de conciliação ou arbitragem. Assim, as consequências de processos decididos em fases pré-processuais são a perda da contraposição adversarial-inquisitivo, bem como a impossibilidade do modelo de processo common law ser formulado segundo sistema bifásico, podendo gerar graves debates entre as partes, tendo em vista a falta de um completo arcabouço probatório.[8]

O papel do júri, nas causas civis também perdeu uso no processo de *common law*, atualmente, nos raros casos em que o processo chega ao debate, este acaba sendo feito perante juiz monocrático e não ao júri. Nos Estados Unidos, embora em número pequeno, o júri encontra-se um pouco mais presente, haja vista a previsão do *jury trial* garantido pela 7ª Emenda.[9]

Já em sede nacional, esta situação encontra amparo fático na própria promulgação do novo Código de Processo Civil, em que dispõe o juiz de iniciativa probatória, além de toda carga gestora que lhe é também atribuída, como se pode verificar nos artigos 139, 191, 322 §2, 373, §1 e 370, do diploma legal retro referido.

Em se falando de evolução, os ordenamentos de *civil law* são dotados de ampla heterogeneidade, em uma análise rasa – visto que requer estudo aprofundado para salientar todos os meandros pelos quais tais ordenamentos seguiram. Isto porque, em perspectiva histórica, em vários ordenamentos processuais que utilizam como base o *civil law*, ocorreram tantas transformações que torna a exposição sintética e unitária difícil de se realizar.

O processo era extremamente fragmentário, tendo em vista a multiplicidade de jurisdições e fontes reguladoras do procedimento[10]. No entanto, verificam-se três modelos principais: o francês, o austro-alemão e o espanhol, com adaptações efetuadas nos diferentes países que os utilizavam, portanto, não há como considerar um modelo unitário de processo no sistema em questão.

É possível, inclusive, observar que há tempo, no mundo do *civil law*, manifestam-se influências dos sistemas de *common law*, por razões históricas,

---

[8] TARUFFO, Michele. Aspetti Fondamentali del Processo Civile di Civil Law e di Common Law. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 36, 2001.

[9] *In Suits at common law, where the value in controversy shall exceed twenty dollars, the right os trial by jury shall be preserved, and no fact tried by a jury, shall be otherwise reexamined in any Court of the United States, than according to the rules of the common law.*

[10] *Storicamente, se si pensa ai secoli del dritto comune, nell'Europa continentale non è mai esistito um modelo homogêneo di processo civile. La disciplina del processo era anzi estretamente famentata in funzione della diversità delle giurisdizioni e della pluralità delle fonti regolatrici della procedura, sicchè non vi era molto in comune, ad es., tra i processi disciplinati dal Code Louis, dagli statuti italiani, dalla prassi giudiziaria della Rota romana e delhi altri Grandi Tribunali, o dalle Kammergerichtsordnungen germaniche. (...) non può nascondere le grandi e profonde differenze che hanno segnato per secoli questi ordinamenti. Ancora nel '700 vi è ben poco comune tra il Codez Friedericianus Marchicus in Prussia, il codice "giuseppino" in Austria, le Constituzioni piemontesi e gli statuti e le prassi giudiziarie in vigore in una infinità di stati e staterelli in tutta Europa.* (TARUFFO, Michele. Aspetti Fondamentali del Processo Civile di Civil Law e di Common Law. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 36, 2001.

políticas e culturais; a exemplo, as formas de tutela jurisdicional dos interesses difusos (*class action*[11]*).*

Não obstante as diversas influências globais nos sistemas *civil law*, tem-se também as mudanças internas e aqui é que se pretende aprofundar nos próximos tópicos, tendo em vista que nos sistemas de *common law*, as decisões judiciais têm grande força sobre os casos futuros, dando força aos precedentes (de casos particulares se fixam normas gerais[12]), o que se tem observado no Brasil.

Por fim, salienta-se que tais descrições distintivas entre os ordenamentos não são dotadas de inutilidade, nem mesmo que tenham desaparecido as diferenças entre os sistemas processuais, porém, sua significação encontra-se situada em tempos passados e que ainda encontram respaldos e eficácia alusiva nos tempos de hoje, sendo, até mesmo, consideradas essenciais. Sendo assim, não apenas representam representações adversas da realidade, por desatualização de informações, mas permeiam o fato de que talvez tais distinções decorriam de problemas e soluções que já não encontram respaldo fático na atualidade.[13]

Verifica-se um grande intercâmbio de modelos em perspectiva das consequências jurídicas da globalização, bem como a tendência à uniformidade cultural, institutos estes ainda em evolução e pesquisa, superando-se as fronteiras nacionalísticas haja vista a grande circulação de temas de ordem geral[14]; tendo em vista a necessidade (queira ou não) da cultura jurídica acompanhar a constante evolução social, sem possibilidade de prender-se a sistemas e visões tradicionais, pois, se o fizer, certamente perderá o contato com a realidade da qual se ocupa. Isto porque se tem a cultura como rede móvel em transformação em conjunto com o social, em que valores e costumes entram constantemente em conflito, implicando em mudanças. [15]

3 PRECEDENTE E JURISPRUDÊNCIA

Os institutos do precedente e da jurisprudência tem grande importância no desempenho do Direito nos ordenamentos, como já dito anteriormente, sua utilização não se restringe ao uso do *common law*, tendo em vista a ampla utilização pelos demais ordenamentos (motivo pelo qual, relativizou-se, anteriormente, a distinção tradicional).

A presente análise, não irá verificar a possibilidade ou não da jurisprudência como fonte do direito, apenas na perspectiva de seu amplo uso

[11] GIUSSANI, **Studi sulle "class actions",** Padova, 1996.
[12] CAMBI, Eduardo; MAGRAF, Alencar Frederico. **Casuísmos judiciários e precedentes judiciais. Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n. 248, p. 311 – 330, out./2015.
[13] TARUFFO, Michele. Aspetti Fondamentali del Processo Civile di Civil Law e di Common Law. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 36, 2001.
[14] Como temas de ordem geral, entende-se, aqui, garantias constitucionais, direitos humanos, justo processo, efetividade da tutela etc.
[15] TARUFFO, Michele. **Dimensioni trransculturali**, p. 1058 ss.

nas decisões judiciais atuais, como interpretação para aplicação do direito em questão.

Em âmbito teórico, no precedente, caracteriza-se a estrutura da argumentação jurídica em relação à intepretação do direito, como regulamentação, utilizando-o em análise doutrinária ou o uso da interpretação judicial do direito[16].

O precedente como influenciador da estrutura da argumentação jurídica se deve ao fato de que o precedente molda-se a uma decisão de um caso particular, visto que a interpretação nele aplicada relaciona-se com o caso concreto, lê-se, portanto, a norma, em perspectiva da aplicação[17].

Em âmbito prático, o precedente tornou-se ferramenta cotidiana dos aplicadores do Direito, haja vista a ampla disponibilização, inclusive, pelos meios eletrônicos, de todo o acervo decisivo jurisprudencial dos tribunais estaduais e federais, inclusive conselhos de justiça.

A jurisprudência constitui, como formulado por Michele Taruffo, o *direito vivo*, visto que é usado amplamente para preencher lacunas ou para interpretações de normas gerais.

Em diferenciação, o precedente abarca as decisões de casos particulares, isto é, geralmente a decisão, tida como precedente, é singularizada, tendo poucas em sucessão para apoio. A jurisprudência, por sua vez, abrange uma pluralidade de decisões relativas a vários casos concretos[18].

Nesta perspectiva, o precedente, por ser individualizado, fornece uma regra por fazer analogia entre os fatos do caso concreto em que se originou e o que irá ser feita a decisão. E, assim, através da análise dos fatos, será o juiz do caso posterior que decidirá a existência do precedente.

Já no segundo instituto, falta a análise comparativa de fatos, haja vista a utilização de inúmeros enunciados sumulados dos Tribunais a que se possa destinar o processo. Assim, não são incluídos os fatos objetos da decisão e, portanto, a regra da decisão anterior não se baseia na analogia dos fatos, como anteriormente, mas sim a uma regra geral.

Michele Taruffo salienta, ainda, que a utilização em grande escala da jurisprudência é tão difundida no ordenamento que geralmente não se vislumbra os fatos nem mesmo quando disponível o inteiro teor da sentença e dos votos, voltando-se apenas para a ementa.

Desta maneira, utilizando-se amplamente de diversas decisões sem análise dos casos concretos, há a ocorrência de diversas incoerências e

---

[16] TARUFFO, Michele. **Precedente e giurisprudenza.** Editoriale Scientifica, 2007.

[17] (...) la decisione resa sul caso precedente può spiegare effetti in qualche modo prescrittivi o normativi sulla decisione del caso succesivo soltanto a condizione che dal precedente specifico possa derivarsi una regola applicabile anche ad altri casi, ossia – per dirla con MacCormick 0 a condizione che la decisione formulata in diritto sul caso precedente sua universalizzabile. (TARUFFO, Michele, Precedente e giurisprudenza, Editoriale Scientifica, 2007)

[18] *Ciò implica varie conseguenze, tra cui la difficoltà – spesso difficilmente superabile – di stabilire quale sia la decisione che davvero è rilevante (se ve n'È una) oppure di decidere quante decisioni occorrono perché si possa dire che esiste una giurisprudenza relativa ad un determinata interpretazione di una norma.* TARUFFO, Michele. **Precedente e giurisprudenza.** Editoriale Scientifica, 2007.

contradições entre a direção dos Tribunais Regionais – e, seria possível dizer, inclusive, entre o corpo de magistrados de cada unidade federativa – sendo uma atividade arriscada, visto que, dado o número crescente de decisões, torna-se impossível um conhecimento de toda a jurisprudência (ainda que relevante).

Para que se aprofunde sobre a força do precedente, destaca-se que a doutrina faz distinção entre *ratio decidendi* (regra de direito como fundamento da decisão do caso específico) e *obter dictum* (argumentações da motivação da sentença, para compreensão do dispositivo). Assim, apenas por meio da referência direta dos fatos é que se pode ter a razão jurídica da decisão, de maneira que o *obter dictum* não pode ser invocado como precedente nas decisões, pois não condicionam ao caso anterior; e, quando frequentemente – e indevidamente – utilizados, torna-se ainda mais difícil a aferição do que é possível fazer para fortalecimento da justificação da possível decisão posterior, pois tudo acaba "fazendo precedente"[19].

Aqui, caberia outra distinção tradicional entre os ordenamentos de *common law* e *civil law*, isto porque o precedente, utilizado no primeiro, faz-se vinculante (obrigando o juiz), já, no segundo, seria persuasivo. Devendo, portanto, quando se fala em força de precedentes, observar a intensidade com que este instituto é capaz de influenciar as decisões sucessivas.

Além disso, importante salientar a direção pela qual se opera o precedente, estabelecendo-se a relação existente entre o órgão pronunciante do precedente e o juiz do caso sucessivo; assim, tipicamente, em direção vertical, o juiz sucessivo acaba em situação judicial hierárquica inferior, tendo a força do precedente relação com a autoridade do juízo que o proferiu. Em segundo plano, o precedente horizontal pode ter alguma força persuasiva, mas esta é inferior aos precedentes advindos hierarquicamente, visto que não há, de certa forma, a diferença de autoridade[20].

O precedente se justifica em parte, pela linha que costuma tomar cada corte, sobre o mesmo assunto, isto porque, caso houvesse grande divergência decisiva de cada órgão, este, potencialmente, perderia a autoridade sobre aquele assunto (sem constar a aplicabilidade do instituto da igualdade).

Certo, porém, que por diversos motivos algumas cortes se veem compelidas a encontrar direções e orientações diversas das tradicionais já decididas em seus próprios precedentes. Isto pode ocorrer pelo caráter já

[19] TARUFFO, Michele. **Precedente e giurisprudenza.** Editoriale Scientifica, 2007.. Em complemento: *non di rado le massime contegono obiter dicta, in quanto chi formula la massima spesso estrar dal testo della sentenza qualunque enunciazione giuridica senza cerificare se essa sia la base effettiva della decisione; nella pratica giudiziaria ci si comporta non di rado nello stesso modo, richiamando qualunque parte della sentenza che pare utile invocare como precedente.*

[20] TARUFFO, Michele. **Precedente e giurisprudenza.** Editoriale Scientifica, 2007.. Em complemento: *un caso peculiare ed interessante di precedente orizzontale è rappresentato dal c.d. autoprecedente, ossia dai precedenti emanati dalla stessa corte che decide il caso sucessivo. Il problema può riguardade qualsiasi giudici ma si è posto in particolare a proposito delle corti supreme, rispetto alle quali si chiede se esse siano o debbano essere in qualche modo vincolate a loro stessi precedenti.*

ultrapassado do precedente, em questões históricas, econômicas ou sociais (que estão em constante movimento na rede de evolução social). [21]

O problema desta situação é a mudança com frequência da orientação das decisões proferidas, podendo tornar-se arbitrárias, sem sequência lógica e com grande falta de justificativa plausível, seja legal ou doutrinária. Isto pode ocorrer em demasia quando se trata de ordenamento em que não está incrustrado a força e a existência dos precedentes (como no Brasil), podendo ocorrer causuísmos judiciários constantes.

Importante distinção, também, é o precedente utilizado como exemplo, isto é, não vincula o juízo sucessivo a decidir da maneira que se mostra, mas apenas demonstrar uma diferenciação de aplicabilidade da lei em diversos casos, apenas informando e não sugerindo ou impondo uma decisão conforme. Assim, o exemplo pode ser utilizado tanto de decisões horizontais ou verticais, pois lhes faltam os requisitos básicos para serem tomados como precedentes em sentido intrínseco [22].

Por este motivo faz-se necessária a correta distinção, na jurisprudência, das situações em que é possível verificar efeitos preceptivos na decisão do caso sucessivo, ou efeitos de referência, apenas exemplificativos (que não deixa, no entanto, de desempenhar grande papel persuasivo, mesmo que não vinculante).[23]

4 EFICÁCIA VINCULANTE E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE EM ÂMBITO NACIONAL

A competência do Tribunal Constitucional, no Brasil, é vislumbrada no art. 102, *caput*, da Constituição Federal de 1998, exercendo a função de guardião da Constituição e legislador negativo[24]. No entanto, com o passar dos anos outras funções vem exercendo grande papel na corte brasileira, qual seja, a representação da soberania popular.

Assim, compete ao STF a guarda da Constituição Federal, bem como, fixar interpretações e formar *ratio decidend* "*para os temas que envolvam matéria constitucional, sendo esta vinculativa para os demais órgãos do Poder Judiciário,*

[21] TARUFFO, Michele. **Precedente e giurisprudenza.** Editoriale Scientifica, 2007., 2007.
[22] TARUFFO, Michele. **Precedente ed esempio nella decisione giudiziaria**, escrito por Uberto Scaperlli, a cura di L. Gianformaggio e M. Jori, Milano 1998, p. 783 e ss.
[23] Em complemento, atualmente já se percebe a tendência, por algumas cortes supremas e constitucionais, de buscar decisões tomadas por cortes de outros ordenamentos estrangeiros (Markensinis-Fedke em Judicial Recourse to Foreign Law. A new source of Inspiration?). Esta situação encontra-se muito vinculada com toda a situação de globalização vivenciada em vários setores sociais, inclusive o jurídico.
[24] "*O controle de constitucionalidade de uma lei por parte de um tribunal constitucional sempre significa a solução da questão sobre se a lei surgiu de maneira constitucional. Pois memso quando uma lei é inconstitucional porque tem um conteúdo inconstitucional, ela na verdade só o é por não ter sido adotada como lei que modifica a Constituição".* KELSEN. Hans. *Jurisdição constitucional.* São Paulo: Martins Fontes, 2003.

e, deve ser considerada necessariamente, como elemento para fixação dos precedentes judiciais" [25].

Como visto anteriormente, nos sistemas de *civil law* tem-se usado cada vez mais o instituto dos precedentes, ampliando esta função histórica e constitucional das Cortes, permitindo uma maior utilização e interpretação de princípios e normas. Este instituto, por sua vez, requer uma maior homogeneidade e unidade interpretativa no sistema legal, muito maior e mais delicado daquele previsto doutrinariamente pelo sistema *civil law*, dando maior abertura para uma utilização dos precedentes como especificidade da racionalidade jurídica [26].

No entanto, para que um sistema jurídico permita sua atualização, deve-se definir a realização dos precedentes e a instância que possa originá-los, devendo estabelecer e reconhecer o papel da Corte superior que irá definir – no caso, o STF.

Assim, os incisos I, II e III do art. 102 da Constituição Federal de 1988 definem os remédios processuais para processar e julgar originariamente, em recurso ordinário, ou mediante recurso extraordinário, porém esta previsão não abrange a possibilidade da ampliação da competência por meios interpretativos a fim da promoção de maior efetividade da função constitucional[27]. Ademais, como bem exemplifica Ibraim Rocha:

> Nesse sentido, quando a regra do §2º do art. 102 da CFRB declina que as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, não encerra também o tema da vinculatividade das decisões proferidas pelo STF, em processos de sua competência.[28]

Com o objetivo de efetivar todas as garantias constitucionais previstas, foi necessário, como visto, ampliar as formas de controle de constitucionalidade, porém, como não implementado – em tese – particularidades do modelo norte-americano, como o *judicial review* e o *stare decisis*, o direito brasileiro elaborou institutos como sumulas vinculantes, repercussão geral, *amicus curiae* e

[25] ROCHA, Ibraim. Caminhos para a Construção de uma Cultura de Precedentes: A função do STF no Sistema Jurídico Brasileiro e o Código de Processo Civil 2015. **Revista Forense**, 2016.
[26] ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica** – A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 258. Em complemento: "uma teoria de argumentação jurídica que deixe de levar em conta a regra dos precedentes perderia um dos mais característicos aspectos da argumentação jurídica. Atualmente, mesmo na lei continental europeia, a importância – ao menos importância de facto – dos precedentes é reconhecida por todos os lados".
[27] ROCHA, Ibraim. Caminhos para a Construção de uma Cultura de Precedentes: A função do STF no Sistema Jurídico Brasileiro e o Código de Processo Civil 2015. **Revista Forense**, 2016.
[28] Ibid.

audiências públicas para dar um caráter mais autoritário às decisões proferidas pelo STF [29].

Portanto, a constituição brasileira prevê, além da ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade (proposta diretamente ao STF) e, portanto, pode-se dizer que a Corte Superior pode declarar a constitucionalidade ao julgar improcedente a ação de inconstitucionalidade, procedente a ação de constitucionalidade e ao julgar recurso extraordinário[30] .

Assim, em se falando dos efeitos da decisão, deve-se analisar em conjunto a coisa julgada *erga omnes* e *ultra partes*, em se tratando de direitos difusos e coletivos. Isto porque a Constituição Federal, em conjunto com a Lei 9.868/99 tratam da eficácia das decisões das ações de inconstitucionalidade e de constitucionalidade, bem como de sua eficácia *erga omnes*[31]. Tendo em vista o que dispõem ambos os dispositivos legais, é possível notar a falta de referência à coisa julgada.

Entende-se que a coisa julgada não constituirá efeitos na sentença, mas sim, aquilo que se propõe em âmbito sentencial é que poderá abarcar efeitos de coisa julgada, pois esta não existe concretamente. Portanto, os efeitos de determinada decisão é que podem adquirir caráter de indiscutibilidade[32]. Isto é, os efeitos diretos da sentença que operarão *erga omnes*[33], visto que a

---

[29] CAMBI, Eduardo. Casuísmos judiciários e precedentes judiciais. **Revista do Processo**, 2015.

[30] MARINONI, Luiz Guilherme. A eficácia da decisão de constitucionalidade. Quando a sua revisão é possível?. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 2, 2016, nº3.

[31] Art. 102, §2º CF/88: “as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, produzirão eficácia contra odos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.
Art. 28, parágrafo único da lei 9.868/99: “a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, tem eficácia contra todos e efeito vinculante aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”.

[32] MARINONI, Luiz Guilherme, Eficácia vinculante: a ênfase à ratio decidendi e à força obrigatória dos precedentes. **Revista dos Tribunais**, 2010. Em complemento: “Dentre esses efeitos há aqueles que dependem de agentes externos e por isso não podem ser atingidos pela imutabilidade da coisa julgada, pois podem vir a não operar efetivamente. Assim, por exemplo, a execução não ser requerida, quando o efeito executivo da sentença condenatória não será atuado. Por outro lado, ocorrendo o pagamento voluntário, é evidente que o efeito executivo seria inibido. Mas isso, como é óbvio, não retira o selo de imutabilidade relativo à declaração contida na sentença: ou seja, ninguém poderá negar, depois de passada em julgado a sentença, aquilo que foi declarado”.

[33] Em complemento: “argumenta-se, na antiga teoria geral do processo, que a decisão de inconstitucionalidade produziria coisa julgada material erga omnes, dizendo-se que isto seria decorrência da substituição processual levada a efeito pelo autor da ação direta de inconstitucionalidade” MARINONI, Luiz Guilherme. A eficácia da decisão de constitucionalidade. Quando a sua revisão é possível?. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 2, 2016, nº3.

declaração de constitucionalidade, ou não, de uma norma não conferirá tutela a direito individual, mas sim, almejará proteger a ordem jurídica.

Como exemplo, a coisa julgada nas ações de direitos difusos, no que concerne ao art. 103, I do CDC, é *erga omnes*, tendo em vista que o próprio Código define como transindividual, indivisível e de sujeito indeterminado o direito difuso. Desta feita, a decisão que abarca direito nesta situação, deve abranger a todos.

Já o inciso II do mesmo artigo e Código citados anteriormente, trata da ação coletiva para a defesa de direitos coletivos (transindividuais, de natureza indivisível e sujeito determinado, ligados entre si), em que a coisa julgada opera *ultra partes*, visto que atinge a um determinado grupo, categoria ou classe de qual se discute o direito.

Em ambos os casos, não se tem em mente que é a coisa julgada incidindo no grupo, mas sim, a sentença, que imutável e havendo coisa julgada em seus efeitos, fará com que a situação seja indiscutível[34].

A jurisprudência do STF, depois do advento da EC 3/1993 que instituiu o efeito *erga omnes* para as decisões de inconstitucionalidade, mesmo antes da Constituição Federal de 1998, o STF entendia este efeito às decisões proferidas em controle abstrato de constitucionalidade, dispensando o Senado Federal no feito. Assim, a coisa julgada, por muito tempo, qualificou estas decisões, não se confundindo coisa julgada com a eficácia direta, visto que esta última comunica-se com a coisa julgada para que a decisão torne-se indiscutível e transite em julgado [35].

Neste diapasão, tendo em vista a importância da coisa julgada material e da eficácia da decisão, além da eficácia *erga omnes*, é que se abre a discussão da possibilidade de revisão de norma já instituída pelas Cortes Superiores como inconstitucional.

Na decisão da MC na ADIn 1896-8 o STF entendeu que, o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade independe da causa de pedir formulada na inicial, visto que a Corte deverá apreciar todos os aspectos constitucionais (e não somente aqueles abarcados pelo autor da ação). E, portanto, para instituição do precedente, devem constar “ao menos implicitamente” os fundamentos apresentados na inicial para a arguição da inconstitucionalidade[36].

Assim, a eficácia preclusiva da coisa julgada presume como deduzidos todos os fundamentos da causa de pedir. De maneira que, em se falando de causa de pedir aberta:

> significa por de lado, para não incomodar, o princípio do deduzido e do dedutível. Nesta hipótese, pouco importa se determinado fundamento poderia ter sido deduzido ou era integrante da causa petendi invocada. Como todos os fundamentos poderiam ser livremente analisados pelo

[34] MARINONI, Luiz Guilherme, Eficácia vinculante: a ênfase à ratio decidendi e à força obrigatória dos precedentes. TARUFFO, Michele. **Precedente e giurisprudenza.** Editoriale Scientifica, 2007., 2010.
[35] Ibid.
[36] STF, **MC na ADIn 1896-8**, Pleno, j. 18.02.1999, rel. Min. Sydney Sanches.

> tribunal, presume-se que todos tenham sido – ou possam ter sido – deduzidos. Porém, a ideia de causa de pedir aberta, bem vistas às coisas, liga-se à natureza especifica do controle abstrato de constitucionalidade e, assim, não deve ser vista como uma resposta à eficácia preclusiva da coisa julgada. Ou melhor, é preciso ter consciência de que o instituto da eficácia preclusiva da coisa julgada é incompatível com a ação direta de (in)constitucionalidade.[37]

Portanto, tendo em vista a causa de pedir aberta nas ações de (in)constitucionalidade, torna-se difícil a suposição da eficácia preclusiva da decisão que decorre delas libere fundamentos para dar brecha para outra ação de inconstitucionalidade, mesmo que em sentido diverso. Isto porque, em tese, todos os fundamentos constitucionais podem ser analisados pela Corte, mesmo que não abarcados em sede inicial, não sendo possível admitir a falta de dedução de determinado fundamento e, assim, gerando a incompatibilidade da preclusão da coisa julgada nas ações diretas de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, visto que a preclusão desta seria óbice para a rediscussão, não importando o fundamento que se utilize[38]. Assim, ensina Marinoni que:

> Como se percebe, a historicidade inerente à validez dos fundamentos constitucionais deixa entrever que a decisão de constitucionalidade pode ser objeto de rediscussão na medida em que os fundamentos constitucionais, bem como a sua compreensão, se alteram ao longo do tempo. É certo que esta leitura pressupõe que o controle abstrato das normas constitucionais não pode se desligar dos fatos sociais. A transformação da realidade e dos valores sócias, bem como a alteração da compreensão geral do direito, pode levar a norma a ter outro sentido, e, assim, à admissão de que uma lei antes vista coo constitucional pode passar a ser inconstitucional[39].

Assim, deve-se indagar a finalidade da rediscussão da declaração de constitucionalidade, mesmo incrustrada de coisa julgada material e como esta não seria um óbice para nova discussão específica da norma[40].

Tais motivos levam algumas cortes, como a americana, a realizar o *overruling* e o *distinguishing* de um precedente, com a finalidade de não vinculação ao precedente que não se tem interesse em seguir – mesmo que, no *common law*, o precedente seja dotado de uma obrigação de acompanhamento pelo juízo.

Desta maneira, nestas cortes o juiz poderá, através das técnicas de argumentação citadas, formular uma solução mais justa para o caso em

[37] Marinoni, op. cit.

[38] MARINONI, Luiz Guilherme. A eficácia da decisão de constitucionalidade. Quando a sua revisão é possível?. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 2, 2016, nº3

[39] Ibid.

[40] MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia vinculante: a ênfase à ratio decidendi e à força obrigatória dos precedentes. **Revista dos Tribunais**, 2010.

questão[41]; isto é, o precedente terá eficácia apenas quando o juiz da causa seguinte entender que deverá usá-lo e, em caso contrário, o precedente virá *overruled*.

Neste sentido, tendo em vista o desenvolvimento mutável do social e a necessidade de adaptabilidade do corpo jurídico, ainda que seja interessante uma análise mais flexível do julgador e tratando da revogação da decisão de inconstitucionalidade e consequente superação de um precedente – e não desconsideração da coisa julgada[42] - faz com que a coisa julgada material promova estabilidade à ordem jurídica. Bem como, esta ordem não poderá ser óbice para a renovação da ordem jurídica como interpretação do corpo social a que se destina.

Ações abstratas que abarcam a constitucionalidade não fornecem segurança ou vantagem às partes, de maneira que usufrua da tutela jurisdicional, mas sim, a coisa julgada, nestas ações, visa conferir estabilidade no âmbito jurídico e previsibilidade[43]. Ao autorizar a revisão destas decisões, autoriza-se, consequentemente, a revogação de um precedente, o que, de certa forma, permitiria uma oxigenação no desenvolvimento jurídico nacional, mesmo sendo prejudicial à previsibilidade.

Certo é que as normas devem ser compatíveis com a Constituição, no entanto, nem sempre se tem certeza sobre a receptividade ou não da norma e, neste caso, é que se deve utilizar a ação direta. Assim, quando declarada a inconstitucionalidade, esta não retroage sobre coisa julgada, limitando-se à eficácia temporal[44].

A modificação da interpretação do direito não prescinde a correção da coisa julgada material e, da mesma maneira, na visão de Marinoni, não se deve desconsiderar a coisa julgada e a garantia constitucional da segurança jurídica em função de nova compreensão do instituto constitucional em discussão.

E neste ponto é que se demonstra a maior fragilidade na utilização dos precedentes no sistema brasileiro, qual seja, a eficácia temporal dos efeitos obrigatórios dos precedentes, em detrimento da eficácia temporal da coisa julgada. Isto porque a Corte Constitucional, por mais que deva oxigenar seus entendimentos, estes não devem ser abandonados por novas interpretações discrepantes.

---

[41] BANKOESKI-MACCORMICK-MARSHALL, **Precedent in the Unites Kingdom**, in Interpreting Precedents, p. 325; SUMMERS, Precedent in the Unites States (New York State), in Interpreting Precedents, p. 369.

[42] MARINONI, op. cit., 2010.

[43] MARINONI, Luiz Guilherme, Eficácia vinculante: a ênfase à ratio decidendi e à força obrigatória dos precedentes. **Revista dos Tribunais**, 2010.

[44] MARINONI, Luiz Guilherme, Eficácia vinculante: a ênfase à ratio decidendi e à força obrigatória dos precedentes. **Revista dos Tribunais**, 2010. Em complemento: “Frisa-se que, embora atribuir efeito a uma decisão que aplicou uma lei posteriormente declarada inconstitucional não signifique o mesmo que atribuir efeito a uma lei inconstitucional – e, portanto a decisão de inconstitucionalidade não deva retroagir sobre a coisa julgada - , não há racionalidade em admitir que uma decisão continue a produzir efeitos, regulando uma relação que se desenvolve no tempo, depois de a lei por ela aplicada ter sido declarada inconstitucional pelo STF”.

A força dos precedentes garante previsibilidade aos jurisdicionados e a coisa julgada garante segurança da imutabilidade da decisão à parte e, por este motivo é que a mudança gradual de precedentes deve abarcar uma compreensão geral do tema de direito. Portanto, neste sentido, a coisa julgada material não seria afetada diretamente, quando se admite a ação de inconstitucionalidade com base em nova concepção geral. Em tese, não se estaria ferindo a garantia de segurança que a coisa julgada confere[45].

Neste sentido, a problematização toma sede na medida em que se deve averiguar se a alteração da realidade, dos valores e da concepção geral do direito podem ser capazes de viabilizar revogação de precedente judicial. Como também a percepção de que a decisão de inconstitucionalidade de norma não faz desaparecer a constitucionalidade decidida anteriormente, visto que são pautadas em tempos distintos, sendo eficazes à época em que permanecia válida, visto que se trata de simples revogação do precedente; Marinoni evidencia que não se trata de retroatividade de decisão sobre coisa julgada anterior, mas sim, a admissão da retroatividade da revogação de um precedente constitucional acerca de situações decididas em sua vigência.

Além disso, a possível exclusividade garantida ao STF para revogar precedentes relativos a ações diretas de constitucionalidade não prescinde a possibilidade de se impugnar constitucionalidade da norma por outros meios. Possível, portanto, chegar ao Supremo mediante recurso extraordinário[46].

Leva-se em consideração, também, a confiança que o jurisdicionado atribui ao precedente – e vem atribuindo ainda mais com a crescente utilização no plano prático jurídico – devendo, portanto, serem sempre respeitadas e averiguando de maneira gradual, os fatores que possam qualificar o precedente como ultrapassado ou já em desuso; fazendo-se, nesse caso, uma comunicabilidade da retroatividade da decisão com o momento temporal em que foi necessário realizar a revogação da decisão[47].

No entanto, para a averiguação concreta da prática judicial destes efeitos (eficácia geral simplesmente retroativa e eficácia geral plenamente prospectiva), deve-se analisar toda a realidade judiciária e social por qual passa o ordenamento brasileiro, bem como os rumos que se deve tomar a força vinculativa dos precedentes constitucionais, ainda que em controle difuso.

5 CONCLUSÃO

[45] MARINONI, op. cit..
[46] MARINONI, Luiz Guilherme. A eficácia da decisão de constitucionalidade. Quando a sua revisão é possível?. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 2, 2016, nº3
[47] Em complemento: “assim, a decisão proferida em recurso extraordinário, considerando inconstitucional a norma antes firmada constitucional, poderia não ter efeitos retroativos em relação à própria situação litigiosa sob julgamento, como acontece no direito do common law ao se aplicar o purê prospective overruling”. MARINONI, Luiz Guilherme. A eficácia da decisão de constitucionalidade. Quando a sua revisão é possível?. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 2, 2016, nº3

Em perspectiva histórica, buscou-se analisar os efeitos que a (relativamente) nova prática de utilização de precedentes para técnica de argumentação e influência judicial, obtém no plano brasileiro. Assim, nesta perspectiva, foi possível averiguar que há grande aproximação entre os sistemas de *common law* e *civil law*, não sendo mais usual a antiga análise comparativa.

Assim, a utilização do precedente, entendido apartado da jurisprudência e vinculados às peculiaridades dos casos examinados pelas Cortes Superiores, serve para assegurar o ordenamento e o entendimento jurídico de determinados temas. Dessa maneira, os magistrados devem seguir as decisões de maneira a não surpreender os jurisdicionados. No entanto, na realidade brasileira a força vinculante do instituto do precedente é relativizada sendo muitas vezes meramente persuasivos, pois as próprias cortes superiores deixam de aplica-las sem fazer uma análise sociológica temporal da necessidade de mudança do precedente.

E, neste âmbito, apesar de toda doutrina que abarca o precedente e a possibilidade de livremente, a jurisdição brasileira se comunicar com as demais, a utilização deste instituto ainda é aberto para casuísmos judiciários; e, entende-se aqui não a necessidade de se fechar princípios e tornar mais rigorosa a possibilidade de interpretação e oxigenação do ordenamento, mas sim, de deixar as decisões judiciárias não tomarem tanto a forma de consciência do julgador do caso, sendo extremamente prejudicial para o Estado Democrático de Direito.

Por este motivo que se percebe, cada vez mais, a grande utilização da jurisprudência ao invés da análise de um precedente e de seus fundamentos (*ratio decidendi*). Certamente se terá grande facilidade em encontrar decisões conformes à necessidade da causa, haja vista a quantidade de julgamentos nas cortes brasileiras, sendo possível formar uma jurisprudência majoritária; no entanto, essa utilização desenfreada sem a correta interiorização do instituto do precedente faz com que seja incoerente e até mesmo contraditória.

Assim, a construção de um efetivo ordenamento que tenha como base a utilização do precedente (e ainda mais sua devida renovação quanto à evolução constante social) deve ser realizada de maneira gradual, atenta e exige estudo tanto dos aplicadores do direito, quanto daqueles que o estudam, interpretam e julgam, não bastando a reprodução mecânica desenfreada de julgados a fim de obter o resultado que se deseja. Para tanto, deve-se evoluir a cultura jurídica se se almeja instituir a utilização dos precedentes, atribuir uma eficácia vinculante que os efetive e saber distinguir a *ratio decidendi* da *obter dictum*, aprofundando a cognição fática e jurídica que os embasam.

6 REFERÊNCIAS

7ª Emenda à Constituição Estadunidense.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 258.

BANKOESKI-MACCORMICK-MARSHALL, **Precedent in the Unites Kingdom**, in Interpreting Precedents.

CAMBI, Eduardo; MAGRAF, Alencar Frederico. Casuísmos judiciários e precedentes judiciais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n. 248, p. 311 – 330, out./2015.

Codici di Procedura Civile dell'Italia.

Constituição Federal Brasileira de 1998.

GIUSSANI, **Studi sulle "class actions"**, Padova, 1996.

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

MARINONI, Luiz Guilherme, Eficácia vinculante: a ênfase à ratio decidendi e à força obrigatória dos precedentes. **Revista dos Tribunais**, 2010.
MARINONI, Luiz Guilherme. A eficácia da decisão de constitucionalidade. Quando a sua revisão é possível?. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 2, 2016, nº3.

ROCHA, Ibraim. Caminhos para a Construção de uma Cultura de Precedentes: A função do STF no Sistema Jurídico Brasileiro e o Código de Processo Civil 2015. **Revista Forense**, 2016.

SUMMERS, **Precedent in the Unites States (New York State)**, in Interpreting Precedents.

TARUFFO, Michele, Aspetti Fondamentali del Processo Civile di Civil Law e di Common Law, **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 36, 2001;

TARUFFO, Michele, **Dimensioni transculturali**.

TARUFFO, Michele, **Precedente e giurisprudenza**, Editoriale Scientifica, 2007.

TARUFFO, Michele, **Precedente ed esempio nella decisione giudiziaria**, escrito por Uberto Scaperlli, a cura di L. Gianformaggio e M. Jori, Milano, 1998.

ESTRUTURALISMO ARGUMENTATIVO DE HUMBERTO ÁVILA: TEORIA DAS NORMAS JURÍDICAS (PRINCÍPIOS E REGRAS) E O RELATIVISMO AXIOLÓGICO

Indalécio Robson Paulo Pereira Alves da Rocha[1]

1 INTRODUÇÃO

No atual contexto de pensamento pós-positivista[2], diversos autores realizaram estudos sobre teoria das normas jurídicas, argumentação, discursos, neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e democracia. Ávila é um desses autores, brasileiro, com a proposta de uma teoria discursiva que considera todos esses elementos, direta ou indiretamente, em perspectiva estrutural. Por ter uma visão singular especialmente sobre as espécies normativas (regras, princípios e postulados)[3] e sua operacionalização, a sua proposta é bastante interessante, principalmente sob a ótica da problemática do relativismo axiológico. O objeto de estudo deste artigo são os fundamentos dessa proposta, bem como a apresentação conceitual de regras e princípios visando sua integração no estruturalismo argumentativo de Ávila, utilizando para tanto um viés metodológico analítico dedutivo.

A obra de Ávila[4] possui nítida preocupação linguística pragmática (BARCELOS, 2013, p. 37) e com foco em aspectos institucionais, comportamentais e de valoração de sujeitos em interação no mundo jurídico (intersubjetividade). Foge de uma concepção estritamente semântica de Direito (objeto), para buscar uma conjugação com a dimensão de atividade argumentativa. O Direito é uma atividade de natureza prática e concreta (ÁVILA, 2012, p. 226), discursiva, permeado por métodos e teorias, visando não somente descrever sentidos, mas criar, adscrever e recriar significados a partir de significados mínimos.

Ao considerar um conceito de Direito nesse contexto acima, as teorias de Ávila apresentam operacionalidade de constrição e heterolimitação da atividade interpretativa, sobretudo quanto ao postulado da ponderação (uma das temáticas focais do pós-positivismo). A ponderação para Ávila é mais ampla do que em autores como Dworkin (1999) e Alexy (2015), permitindo aplicação inclusive às regras jurídicas, pois em última instância a nota distintiva dos princípios não é o modo de aplicação ou colisão, e sim sua indeterminação

[1] Currículo *Lattes*: http://lattes.cnpq.br/3528752089430859.
[2] Para fins deste artigo, considera-se o pós-positivismo como uma corrente filosófica jurídica de convergência entre o positivismo jurídico, em especial o kelseniano, e o jusnaturalismo (SIMIONI, 2014; BOBBIO, 1994).
[3] Por estratégia metodológica, este artigo não aborda em específico os postulados, normas que Ávila considera de segundo grau em relação às regras e princípios, de primeiro grau. Os postulados estão em nível normativo distinto das regras e princípios, servindo como base para aplicação de normas de primeiro grau e, por isso, métodos para aplicação de tais normas. Ponderação e proporcionalidade são tipos de postulados abordados na proposta de Ávila.
[4] As duas obras consideradas como principais para esse artigo são a *Teoria dos Princípios* (ÁVILA, 2016) e *Teoria da Segurança Jurídica* (ÁVILA, 2014).

estrutural. Por considerar essa a característica que diferencia os princípios, a concepção relativista destes tipos de normas perde um pouco de força na obra de Ávila, o que é interessante sob a perspectiva de países em desenvolvimento como o Brasil, de baixa prestação de direitos fundamentais, principalmente sociais, em que se flexibiliza a entrega de tais direitos sob o manto da ponderação e proporcionalidade (SIMIONI, 2014, p. 320-321).

A proposta de Ávila visa criar legitimidade através de procedimentos discursivos estruturados que permitam gerar racionalidade em um Direito considerado objeto-atividade. A sua proposta de teoria das normas apresenta três espécies normativas (regras, princípios e postulados)[5] e, ainda que concebida com autonomia, possui íntima conexão com a teoria da argumentação jurídica e teoria dos sistemas, convergindo assim para o estruturalismo argumentativo proposto pelo autor. Sob esse aspecto que é importante buscar a visão holística das relações das teorias de Ávila, bem como observar que tais propostas teóricas se dão em sentido heurístico metodológico, em que se parte de um conhecimento inicial para criação final do produto argumentativo somente após passar pelo processo interpretativo de conexões axiológicas.

2 NORMA: PRODUTO DE RECONSTRUÇÃO DE SENTIDOS A PARTIR DE SENTIDOS MÍNIMOS

Um dos problemas que a proposta de uma teoria das normas que permita controle intersubjetivo pretende evitar é o denominado relativismo axiológico (ÁVILA, 2016, p. 151). Ao identificar os princípios com o modo de aplicação ou de colisão de tais normas, sendo necessariamente ponderáveis e restringíveis, se permite maior flexibilidade para que quem decida possa relativizar as decisões em prol de seus próprios valores (ÁVILA, 2016). Isso representa um problema tanto semântico (de sentido), quanto sintático (de operacionalização) e pode ser exemplificado no fato de que princípios que antes eram fundamentais (Estado de Direito, por exemplo), começaram a ser relativizados, gerando assim um problema pragmático (ÁVILA, 2016). Tendo em vista essa problemática, se torna mais compreensível os fundamentos iniciais utilizados aqui para apresentar a teoria de Ávila.

Um primeiro componente considerável na teoria de Ávila é a distinção entre texto (dispositivo normativo) e norma. Norma é o resultado do processo de interpretação de textos, ao passo que textos são o suporte para essa realização. Dessa distinção deve-se observar que não existe relação única (unívoca) entre texto e norma, mas sim a possibilidade de diversas relações (pluralidade). Com isso a noção clássica da Ciência do Direito de que o ato mecanicista descreveria “o” único sentido com “objetividade semântica” (ÁVILA, 2012, p. 232) cai por terra, pois os significados dependem de seu uso e interpretação, tanto no tempo quanto no espaço e não estão dados de maneira que caiba ao jurista somente os desvelar (ÁVILA, 2016).

Um ponto de atenção é que o interprete não atribui o sentido que quiser aos textos legais, mas sim recria ou constrói esses sentidos a partir de sentidos mínimos. Ávila lembra que tanto Wittgenstein (jogos de linguagem), quanto Heiddegger (enquanto hermenêutico) e Reale (1977) (*apriori* cultural) já

[5] Essa classificação das espécies de normas jurídicas também é um ponto focal que o distingue, em questão doutrinária, de autores como Alexy e Dworkin.

chamaram atenção para a existência de estruturas ou condições mínimas para que algo possa ser interpretado, inclusive para o uso comunitário da linguagem (e consequentemente da aplicação do Direito) (ÁVILA, 2016). Trata-se dos significados mínimos intersubjetivados (núcleos de sentidos).

3 EFICÁCIA *PRO TANTO* E INDETERMINAÇÃO ESTRUTURAL DOS PRINCÍPIOS

Uma das questões mais importantes dos debates jurídicos atuais é a diferenciação classificatória entre regras e princípios em virtude do modo de aplicação (subsunção e ponderação) e antinomia (colisão ou conflito) de tais normas (Alexy e Dworkin). Ávila considera que ambas as questões suscitadas são elementos importantes sobre tais normas, porém, não é o que definitivamente as classificam como sendo dessa ou daquela espécie.

Ao considerar que os princípios são normas que necessariamente precisam de sopesamento, a nota característica da classificação de tais normas se dá por meio da sua defectibilidade (característica de ser afastada), o que compromete a força normativa de tal norma. Para Ávila, a defectibilidade é uma característica geral das normas e não é a marca definitiva dos princípios, mas sim contingente (ÁVILA, 2016, p. 151). [6] Por isso que em sua teoria os princípios não são classificados com base no modo de aplicação e colisão, mas sim em decorrência da estrutura indeterminada que essas normas possuem (com isso quer se referir especificamente a comportamentos e fatos não previstos em tais normas).

Disso também é possível verificar que nem todos os princípios possuem a mesma relação[7], pois a ponderação necessita que se tenha uma colisão horizontal de princípios. Se os princípios não possuem necessariamente relação de colisão, então aplicar a ponderação, que é método para lidar com a colisão, pode gerar resultados prejudiciais ou não tão satisfatórios. Daí Ávila concluir que essa forma de identificar princípios não é a mais eficaz.

Essas diversas relações, funções e eficácias que os princípios podem assumir são decorrentes da propriedade que possuem (indeterminação estrutural). Em alguns momentos eles podem ser igualados e sofrer colisão horizontal, porém, em outros não, como são os casos dos princípios estruturantes[8] (por exemplo: Princípio Federativo, Estado de Direito, Separação dos Poderes) (ÁVILA, 2016, p. 153). Esses princípios não podem sofrer restrições ou receber pesos nas aplicações do dia a dia. Sua resistência é única, não podendo ser afastada por razões contrárias ou de maior peso, por exemplo. Dessa perspectiva que se muda a ideia da força *prima facie* para a força *pro tanto* (ÁVILA, 2016, p. 150). Os princípios estruturais não podem ser sopesados

[6] Nesse contexto o elemento ou característica de "ponderação" não seria o item substancial para definição desse tipo de norma. Silva (2003, p. 143) discorda dessa concepção, defendendo a tese de Alexy. Por outro lado, Guastini (2001, p. 43) possui percepção similar a de Ávila.

[7] Muitas vezes os princípios não entram em colisão horizontal, conforme o sentido da ponderação em Alexy (2015), mas acabam possuindo convergência, que é algo distinto de colisão ou concorrência. Pode-se falar em relação de complementaridade, de subordinação, de eficácia interpretativa, integrativa ou mesmo bloqueadora.

[8] Nesse sentido é interessante lembrar da obra de Nozick (2011), sobre a "condição estrutural" da atuação da organização estatal, que é o que Ávila trás em seu livro.

ou afastados conforme o caso concreto e, ainda que possam ser conformados diferentemente, tais princípios sempre devem ser contraponto para as decisões jurídicas. Trata-se de condições estruturais para utilização do monopólio da força estatal.

Evidente que existem princípios passíveis de sopesamentos e restrições, como da propriedade e liberdade. Porém, isso não é por causa de uma eventual característica de defectibilidade dos princípios, mas sim por causa de sua indeterminação estrutural (que não é a mesma coisa que a indeterminação linguística ou vagueza, inerente a toda formulação linguística) (ÁVILA, 2016, p. 158). Essa indeterminação estrutural ocorre simplesmente pelo fato de que tais normas não preveem de maneira direta fatos ou comportamentos específicos para alcançar determinado fim (o que ocorre nas regras, por exemplo).

Assim como as regras jurídicas, os princípios miram em fins, mais especificamente em estados ideais que devem ser alcançados, mas não apresentam quais comportamentos deve-se adotar para que se chegue lá. Por isso é que os princípios não são necessariamente carentes de ponderação, pois eles devem ser aplicados em sua integralidade, em todo o seu dever ser. Impor que os princípios são necessariamente ponderáveis é o mesmo que afirmar que quando aplicados, a realização desse dever ser poderá ser restringida, mesmo que seja necessário cumpri-la integralmente. Desse modo de operacionalização é que os princípios podem ser encarados como “conselhos”, ficando sua aplicação totalmente a critério dos valores do julgador.

Repara-se que o foco que Ávila dá aos princípios, bem como a distinção que faz e a nova percepção de força normativa, são distintos em relação a teses muito discutidas sobre o tema, como de Alexy e Dworkin. Isso porque a forma que Ávila apresenta a definição de princípios legitima esse tipo de norma não como meramente válida ou relativamente axiológica, mas antes dá a conotação elementar de dever ser: “o essencial é que, mesmo no caso dos princípios, o que for necessário para promover o fim é devido” (ÁVILA, 2016, p. 158). Para Ávila um princípio não se cumpre na “máxima medida”, mas sim na medida necessária (PECZENIK, 2001).

O que define os princípios não são a ponderação e a eficácia provisória, mas sim a “prescrição de fins a serem atingidos” e a aspiração a “fundamento para a aplicação de outras normas” (ÁVILA, 2016, p. 151). O foco sai da carência de ponderação para a qualificação de normas fundamentais e genéricas que demandam complementação por outras, o que demanda uma série de elementos discursivos próprios na aplicação de tais normas.

4 PROCESSO DISCURSIVO

As regras e os princípios estão sujeitos a procedimentos discursivos distintos, ainda que ambas possam ser sopesadas e ponderadas (em sentido amplo da teoria de Ávila). O processo discursivo para realização de regras e princípios serve como formas de controle semântico-argumentativo (conceito de Direito como objeto-atividade) e de heterolimitação ao intérprete, permitindo assim gerar intersubjetividade (ÁVILA, 2016; 2014). Trata-se de processo para realização e concretização de regras, princípios e postulados, visando determinação de sentido, que perpassa por elementos objetivos e subjetivos que

em seu trato deverão ser intersubjetivados de maneira concreta, em um movimento do abstrato e geral para o concreto e específico.

Por isso que somente descrever significados, um dos postulados do positivismo jurídico clássico, não é suficiente no Direito. As atividades dos juristas são diversas, desde descrever sentidos, até adscrever e recriar e nessas atividades, o controle é feito por meio de justificações racionais determináveis, sejam elas internas ou externas às premissas utilizadas. Trata-se de razões justificativas ou objetivas (objetividade discursiva), que permitem ao jurista maior operacionalidade das espécies normativas para a busca de legitimidade. Para auxiliar nessa atividade, Ávila propõe classificações de argumentos, classificando os argumentos jurídicos em institucionais e não institucionais e também seu direcionamento – multidirecional ou unidirecional (ÁVILA, 2010).

5 ESTRUTURALISMO ARGUMENTATIVO E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Ao exercer diversas atividades e considerando que a realização do Direito depende de processos discursivos claros e operacionais, Ávila afirma então ser necessário desenvolver uma tese que permita a estruturação clara da "qualificação de formas justificativas (teoria das normas)", da "contextualização dos conteúdos normativos (teoria dos sistemas)", da "descrição, decisão, reconstrução, e criação de significados (teoria da interpretação)" e da "identificação, classificação e valoração dos argumentos (teoria jurídica da argumentação)" (AVILA, 2013, p. 181 – 204). Para isso é necessária utilização de argumentos, critérios e métodos que devem ser racionalmente estruturados, ou seja, separados, definidos e sopesados, demonstrando-se de forma clara a inter-relação dos elementos normativos, principalmente as diversas espécies de argumentos (ÁVILA, 2014). A argumentação jurídica possui papel fundamental nessa proposta.

Os argumentos institucionais são aqueles que estão intimamente ligados aos atos institucionais de poder (legislativo, executivo e judiciário), por isso possuem maior objetivação. Os argumentos não institucionais não possuem essa relação, mas buscam trabalhar a ideia de justiça, opera sobre os modos institucionais do Direito, por isso sob um viés bastante prático, notoriamente econômico, político e ético. Por isso, possuem menor objetivação, mas que podem ser boas razões reflexivas sobre as consequências danosas de uma decisão e da necessidade se buscar outros planos de governo (ÁVILA, 2010).

Os argumentos institucionais podem ser imanentes ou transcendentes em relação ao ordenamento jurídico. Os imanentes são os argumentos decorrentes de aspectos textuais, contextuais, valorativos e estruturais do ordenamento, ao passo que os transcendentes operam na formação e no sentido do ordenamento. Justamente por serem mais próximos do ordenamento jurídico, possuem maior potencial de objetivação (ÁVILA, 2010).

Os argumentos imanentes podem ser linguísticos, operando o aspecto prescritivo normativo, ou sistemático, operando sobre a estrutura normativa e sobre os elementos da aplicação normativa do ordenamento (opera na lógica dos binômios todo/parte e geral/individual). Os linguísticos em específico podem trabalhar em aspecto sintático (estrutura linguística) ou semântico (significados). O aspecto semântico da argumentação linguística se dirige a dois tipos de discursos: o da linguagem ordinária (geralmente associada ao uso comum

prático) e o da linguagem técnica (associado ao aspecto teorético legal ou doutrinário) (ÁVILA, 2010).

Por sua vez, os argumentos sistemáticos podem ser contextuais, na medida em que opera lógica ou teleologicamente sobre o ordenamento, ou jurisprudenciais, na medida em que trabalha com precedentes (com referência direta as normas objeto de interpretação) (ÁVILA, 2010).

Os argumentos transcendentes podem ser históricos ou genéticos. Os primeiros operam sobre a comparação de textos normativos antigos com os atuais e, em certa medida, na argumentação prática da "natureza das coisas". Os segundos operam na seara de textos não normativos (sessões legislativas, pareceres, exposição de motivos etc.) com observação da formação de dispositivos e com intima relação com a vontade do legislador (ÁVILA, 2010).

Essa classificação não esgota todas as possibilidades de se classificarem os argumentos e também não mede uma potência definitiva de cada um, principalmente quando se considera a interação entre eles. Por isso que Ávila chama atenção para que tal classificação seja um projeto móvel, dependendo do próprio problema posto à prova, onde a operacionalização de tais argumentos é de recondução. Essa recondução ocorre pelo fato de que os argumentos não estão isolados entre si, mas sim possuem interação de reciprocidade de limitações e estabelecimento do produto da interpretação (ÁVILA, 2010).

Contextualizando os argumentos de várias dimensões (linguísticos, sistemáticos, genéticos, históricos, pragmáticos etc.) a equação do problema perante o caso concreto deve ser solucionada na reconstrução normativa pautada em um horizonte constritor e heterolimitador (ÁVILA, 2014). A principal regra de prevalência de argumentos reside na recondução aos princípios do Estado de Direito e Democrático (constitucionais), privilegiando-se os linguísticos e sistemáticos. Por isso é necessário entender a teoria de Ávila de maneira holística, pois a proposta é um método metadiscursivo e aplicativo de controlabilidade semântico-argumentativa, com controles de legitimação, determinação, argumentação e fundamentação de métodos e resultados normativos; busca-se uma conjugação baseada no equilíbrio entre os diversos elementos. Por isso não se trata, efetivamente, de conceber a argumentação jurídica isolada, mas sim em um estruturalismo argumentativo (ÁVILA, 2010).

Interessante notar que Ávila explicita que a interação dos argumentos não é somente unidirecional (em um sentido); ao contrário: em sua maior parte, são multidirecionais (em vários sentidos). Dessa forma pode ser que diversos argumentos possam convergir de forma única, o que alivia certo ônus de argumentação, entretanto, é possível (e o mais provável) que diversos argumentos pertinentes a um caso tenham múltiplas direções (tanto a favor de uma premissa, quanto contra). Sobre essa amplitude uni e multidirecional Ávila também propõe uma classificação (ÁVILA, 2010).

Os argumentos em multidireções podem gerar conflitos ou imbricamentos. Quando ocorrerem conflitos entre argumentos que aparentemente tinham sua justificação clara, pode ser que sob outro ângulo ocorra o esvaziamento da força justificativa das premissas ("sem força justificativa"). Ou ainda, pode ser que aparentemente determinados argumentos possam ter sua justificação clara, mas que na consideração de outros argumentos tenha essa justificativa refutada ("força justificativa refutada") (ÁVILA, 2010).

No imbricamento (entrecruzamento) dos argumentos (e não conflito) é necessário criar regras de prevalência. Estes podem decorrer de regras do sistema em geral ("força justificativa relativa regrada"), como a jurisprudência ou disposição constitucional, por exemplo, o que pode gerar a convergência de argumentos e ampliar a força deles. Entretanto, pode ser que isso não ocorra, questão em que implicará na necessária atribuição de dimensão de peso a determinados elementos do caso ("força justificativa relativa a regrar") (ÁVILA, 2010).

Os argumentos em unidireção podem convergir de forma coincidente ou cumulativa. Como os argumentos dificilmente são empregados de forma separada no discurso pode ser que os argumentos sejam dispostos de forma que seus grupos os façam convergir unidirecionalmente ("força justificativa reforçada"). Normalmente essa força decorre de argumentos suportados por princípios no qual os argumentos são coerentemente postos em relação com tais normas. Quanto mais intensa for a relação dos argumentos com o menor número de princípios (um tipo de zona de convergência) então maior será a justificação de uma interpretação (ÁVILA, 2010).

Nesse aspecto que se verifica que os argumentos transcendentes passam a ter importância na medida em que o próprio ordenamento, de forma imanente, não proporciona uma justificação plena para interpretação. A determinação progressiva de sentido segue certo escalonamento, no qual os argumentos linguísticos e sistemáticos prevalecem sobre os históricos, genéticos e práticos (ÁVILA, 2010).

A proposta holística (e heurística) de Ávila denota a consideração de que somente no processo de interpretação que poderá se verificar a recondução e reciprocidade entre os argumentos. A questão então é superar um modelo de etapas "sucessivas" e "subsidiárias" de interpretação no qual parte da ideia de autonomia dos argumentos para um modelo que privilegia sua "interação" e a "valoração dos argumentos" (ÁVILA, 2010). Isso pelo fato de que o Direito não é um conhecimento dado (objeto ou essência) pré-concebido ao homem ou uma projeção estrita da subjetividade humana, mas é produto de uma interação de subjetividades e objetividades que se performa na medida do avanço do procedimento de valoração do intérprete.

Por isso a mera menção de dispositivos ou argumentos não satisfaz a necessidade de fundamentação (principalmente em um Estado Democrático de Direito), fatos esses que geralmente escondem a subjetividade do aplicador. Dai também a necessidade da justificação interna (indicação da estrutura do raciocínio) e externa (indicação dos argumentos utilizados) em um procedimento discursivo. Sem isso, não se pode falar em fundamentação intersubjetivamente controlável do ponto de vista objetivo-argumentativo (ÁVILA, 2010).

Apesar de tudo, subsiste ainda o problema sobre como valorar se um argumento é mais adequado em face de outro. Segundo Ávila, isso é notoriamente um problema de valoração no qual os valores constitucionalmente instituídos e princípios constitucionais, primordialmente o do Estado de Direito, o Democrático e da Separação dos Poderes (Princípio do Estado Democrático de Direito) devem ser horizonte do intérprete. O processo de interpretação de recondução é recíproco, e longe de se considerar dados essenciais, devem-se observar as exigências da atividade do Estado submetidas ao Direito; da representatividade democrática responsável, bem como a participação do

cidadão via Legislativo e garantia do exercício harmônico dos poderes (ÁVILA, 2010).

Assim Ávila propõe três regras *prima facie* de interpretação: 1) argumentos institucionais prevalecem sobre os não institucionais; 2) os argumentos linguísticos e sistemáticos possuem preferência sobre os genéticos e históricos; 3) a justificação de valoração deve ocorrer com base em princípios imanentes ao ordenamento jurídico, de forma coerente com os princípios axiologicamente sobrejacentes a norma interpretada (ÁVILA, 2010, p. 30 - 31).

De sua proposta deve-se observar a busca de acesso às subjetividades, transformando o subjetivo em intersubjetivo, dando a objetividade discursiva na medida da controlabilidade semântico-argumentativa (concepção objeto-argumentativa de Direito) (ÁVILA, 2014). Com isso não se quer afirmar que existem fases subjetivas ou objetivas no processo discursivo, mas que existe uma "insuplantável dialética entre objetividade e subjetividade". Sua proposta é justamente trabalhar na argumentação jurídica de forma racional visando um "subjetivo que se pode ver", sob "controle crítico" (ÁVILA, 2010 p. 30 – 31).

6 FUNDAMENTOS E CRITÉRIOS DE DISSOCIAÇÃO ENTRE AS NORMAS

Tradicionalmente a distinção entre regras e princípios ocorre com base em três critérios: hipotético condicional, modo final de aplicação e conflito normativo. Ávila (1999) investiga esses critérios de maneira crítica demonstrando que não são os mais adequados para classificação de tais normas, pois acabam mais gerando problemas de operacionalização do que o contrário (ÁVILA, 2016). Em virtude disso, muda o foco e trabalha com quatro fundamentos de dissociação: a) justificante; b) abstrata; c) heurística; d) em alternativas inclusivas e três critérios específicos de dissociação: a) da natureza do comportamento prescrito; b) da natureza da justificação exigida; c) da medida de contribuição para a decisão (ÁVILA, 2016).

Afirma-se que os princípios remetem a valores e que esses são subjetivos e geralmente associados a um problema de gostos (ÁVILA, 2016). Sem deixar de lado a importância de se observar essa característica subjetiva dos princípios, afirmar sua impossibilidade de positivação e aplicação racional também é um erro. A dissociação justificante é justamente a observação fundamental na qual se afirma a possibilidade de trabalhar com princípios, os quais institucionalizam valores de forma racional (ÁVILA, 2016).

Geralmente os princípios sob essa ótica podem ser investigados como fundamentos ou alicerces de um ordenamento jurídico, exaltando esse aspecto axiológico onde é possível a fundamentação controlável da sua aplicação. De outro modo pode-se trabalhar com a estrutura do princípio, observando de maneira exaltada o procedimento racional de fundamentação na aplicação, privilegiando a realização de valores e a busca de comportamentos necessários a sua realização. Essa é a proposta do fundamento de dissociação justificante de Ávila (ÁVILA, 2016). A questão se torna: como legitimar os critérios que permitam a aplicação de valores de forma racional?

Duas funções essenciais podem ser atribuídas à distinção entre as espécies normativas. A primeira é antecipar algumas características normativas das espécies para, em um segundo momento (e justamente por isso), possa aliviar o ônus argumentativo necessário à justificação. Uma questão importante

sob esse aspecto é aquela característica de distinção baseada no plano abstrato – ou *prima facie* (ÁVILA, 2016).

Os critérios "hipotético-condicional", "do modo de aplicação" e do "conflito normativo" tentam dissociar princípios de regras de forma a demonstrar questões em abstrato que muitas vezes só podem ser verificadas na aplicação concreta da norma (dissociação abstrata). Por isso Ávila (2016) passa do plano *prima facie* estritamente ao do plano normalmente denominado de "*all things considered*", onde se pode inclusive desconsiderar a aplicação da consequência normativa de uma regra (não é porque a hipótese de uma regra é preenchida que sua consequência normativa deve ser implementada). [9] Nesse sentido, a dissociação que visa facilitar o uso e a operacionalização das espécies normativas acaba mais por dificultar a construção de sentido das normas (principalmente as regras) e por isso outra forma de dissociação deve ser apresentada (ÁVILA, 2016).

Nisto reside um dos fundamentos da proposta de dissociação entre princípios e regras de Ávila: a dissociação heurística. Se for verdade que não existem sentidos definidos nos dispositivos; que esses servem como pontos de partidas mínimos não existindo antecipação de sentido em absoluto; que por conexões axiológicas (SOUZA, 2011, p.11 – 35) a determinação de sentido ocorre no processo de interpretação, então o valor heurístico privilegia o caráter provisório da dissociação normativa. Serve de "modelo" para uma "posterior reconstrução de conteúdos normativos, sem, no entanto, assegurar qualquer procedimento estritamente dedutivo de fundamentação ou de decisão a respeito desses conteúdos" (ÁVILA, 2016, p. 110).

Desse fundamento de dissociação decorre então a dissociação em alternativas inclusivas de Ávila, admitindo a coexistência normativa das espécies em um mesmo dispositivo. Por isso designar-se em alternativas "inclusivas" (tanto para regras, quanto princípios e postulados) ao invés de alternativas "exclusivas". O que Ávila (2016, p. 117) propõe é a superação de propostas de dissociação que excluem possibilidades para um enfoque no "caráter pluridimensional dos enunciados normativos". Justamente por isso que Ávila, ao contrário de Alexy e Dworkin, não trabalha somente com o modelo dual de regras/princípios, mas sim com um modelo tripartite: regras, princípios e postulados. Esses últimos se encontrando em outro nível normativo: o metódico, que serve de base para aplicação de regras e princípios (ÁVILA, 2016).

Seguindo essa linha, Ávila dá outro foco para poder realmente distinguir princípios de regras. Põe de lado os critérios tradicionais de distinção para se basear no critério do processo de justificação, com base e funcionalidade heurísticas, fundada no caráter preliminar da prescrição, da justificação e da contribuição do intérprete para a decisão. Para Ávila, devem-se distinguir os princípios pelos seguintes critérios: a) natureza da prescrição normativa da espécie normativa; b) natureza da justificação de aplicação da norma; c) natureza da contribuição do intérprete para a interpretação (ÁVILA, 2016).

[9] Streck (2011) critica esse modo de encarar a ponderação (inclusive com referência à Ávila), afirmando que definitivamente esse tipo de ponderação não é encontrado em Alexy. Streck critica sobre a falta de sentido prático na ponderação de regras e a filiação da ponderação ao esquema sujeito-objeto e a dependência da discricionariedade e também a dependência de novos tipos de positivismos (axiologista, normativista ou pragmaticista).

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS: DISSOCIAÇÃO DE REGRAS E PRINCÍPIOS

Feitas as explanações até então, principalmente sob a perspectiva dos elementos de composição de um estruturalismo argumentativo elencados, é possível apresentar a classificação conceitual de Ávila, objeto principal deste artigo. Todos esses três itens supracitados possuem relação com a estrutura indeterminada dos princípios, bem como o estado ideal de coisas a serem promovidas por esse tipo de norma.

O primeiro (a), que dá atenção à descrição das normas firma que as regras descrevem condutas não permitidas, obrigatórias ou permitidas, ao passo que os princípios descrevem estados ideais a serem promovidos ou conservados. O segundo (b) diz respeito à forma de justificação da aplicação da norma. As regras, para atender a finalidade precípua de sua estrutura normativa em sua justificação exigem correspondência conceitual entre a "descrição da norma" e a descrição conceitual dos "atos e fatos praticados ou ocorridos" (ÁVILA, 2016, p. 106).

Os princípios, por sua vez, exigem análise de avaliação entre os efeitos que surgirão entre a conduta adotada e o estado ideal de coisas que os princípios devem promover. Ávila esclarece que se trata de "avaliação da correlação positiva entre os efeitos da conduta adotada e o estado de coisas que deve ser promovido" (ÁVILA, 2016, p. 106).

O terceiro (c) diz respeito à natureza da contribuição da espécie da norma para a decisão/interpretação. De que forma as regras e os princípios contribuem para a decisão a ser tomada? Segundo Ávila (2016, p. 107), "as regras têm pretensão de decidibilidade, pois visam a dar uma solução provisória para um problema conhecido". Daí a ideia de que a estrutura normativa das regras já possuem uma quase antecipação do resultado jurídico de um ato ou fato (se A é, B deve ser). Por outro lado, os princípios não possuem essa mesma pretensão, ainda que possam manter a estrutura deontológica. Para Ávila (2016, p. 107) a pretensão dos princípios é de complementaridade, "pois servem de razões a serem conjugadas com outras para a solução de um problema".

De tal exposição compreende-se necessário transcrever literalmente a proposta conceitual de Ávila, tanto das regras quanto dos princípios:

> As regras são normas imediamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos (ÁVILA, 2016, p. 106).
>
> Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção (AVILA, 2016. p. 106).

A necessidade de se buscar critérios que permitam uma dissociação mais clara possuem exigências semânticas e sintáticas que se encontram de fundo da construção do estruturalismo argumentativo que, em ultima instância, apresenta soluções pragmáticas. Muitas vezes se diz que uma norma é um princípio, querendo se referir a uma regra e vice e versa o que permite, de forma errônea, aplicar características ditas de “princípios” as “regras” e vice e versa. O perigo reside justamente na possibilidade de atribuição da característica de defectibilidade, que é concebida ao modo de Dworkin e Alexy, a uma regra, que com toda sua força, não poderia simplesmente ser afastada.

Por outro modo, existe a crença infundada de que regras não podem ser superadas, o que pode gerar outro problema: a injustiça. A justificativa de obediências às regras reside na sua pretensão de previsibilidade e inibidora de arbitrariedade, inclusive afastando a ideia de que é pior violar um princípio do que uma regra. Pior violar aquilo que previamente já se tinha conhecimento (pretensão das regras) do que aquilo que ainda não é determinado quanto ao conteúdo (princípios). Nesse sentido é que Ávila (2016) afirma que as regras devem ser obedecidas porque é bom obedecê-las (exaltando o caráter moral das regras). Entretanto, isso não afasta a possibilidade também de superação das regras.

Os princípios exprimem uma orientação prática. Trabalham de maneira mais imediata com a ideia de fins e meios e institucionalizam a promoção de um estado de coisas ideal na qual sem um meio não se atinge um fim. Tais comportamentos, como aponta Ávila (2016), são necessidades práticas, observáveis na medida necessária e, pode-se ter incerteza quanto ao seu conteúdo (que deve ser determinado no processo de interpretação), porém, existe certeza quanto a sua espécie. O que for necessário para promover o fim é devido, ao contrário dos valores que estão no plano axiológico, os princípios estão no plano deontológico, de dever ser.

Como pode se depreender de todos os apontamentos feitos até aqui, uma teoria das normas é importante para se apresentar um raciocínio jurídico operacional dentro de uma perspectiva de controle intersubjetivo estrutural, em especial na perspectiva da operacionalização de direitos fundamentais (normas exaltada e manifesta carga axiológica). Tanto a conceituação clara de regras e princípios, quanto seu uso estruturado racionalmente é substancial para que se possa criar legitimidade na interpretação e decisão. Entretanto, a classificação tradicional das normas apresenta um modelo bipartite, trabalhando regras ou princípios, possibilitando assim de maneira mais aberta o relativismo axiológico e, ainda que sua contribuição para o conhecimento jurídico tenha sido muito importante em termos de avanços científicos, tal compreensão pode ser aperfeiçoada (CANARIS, 1989).

8 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5ª ed. alemã. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2015.

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. Sobre princípios e regras. **PANÓPTICA - Direito, Sociedade e Cultura**, [S.l.], v. 4, n. 3, p. 49-68, dez. 2009. ISSN 1980-7775. 2009, p 55. Disponível em:

<http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_4.3_2009_49-68/93>. Acesso em: 19 Abr. 2017.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**. 215:151-179. Rio de Janeiro, 1999.

ÁVILA, Humberto. A doutrina e o Direito Tributário. In: **Fundamentos do Direito Tributário**. Organizador Humberto Ávila. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

ÁVILA, Humberto. Argumentação Jurídica e a Imunidade do Livro Eletrônico. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE).** Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 21, janeiro/fevereiro/março de 2010, p. 2. Disponível na Internetl: http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-21-JANEIRO-2010-HUMBERTO-AVILA.pdf. Acesso em: 20 de abril de 2017.

ÁVILA, Humberto. Ciência do Direito Tributário e Discussão Crítica. **Revista Direito Tributário atual**. nº 32. ISSN 1415-8124. São Paulo: IBDT/Dialética. 2014.

ÁVILA, Humberto. Conteúdo, limites e intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e da excessividade das leis. **Revista de Direito Administrativo**. 236: 369-384. Abr./Jun. Rio de Janeiro, 2014.

ÁVILA, Humberto. Função da Ciência do Direito Tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo. **Revista Direito Tributário atual**. nº 29. ISSN 1415-8124. São Paulo: IBDT/Dialética. 2013.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 3ª Ed. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2014.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 17ª Edição revista e atualizada. São Paulo, SP: Malheiros, 2016.

ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARCELOS, Renato de Abreu. Maleabilidade deontológica? Uma crítica à teoria dos princípios de Humberto Ávila. **Revista TCEMG**. jul. ago. set. 2013 DOUTRINA. 2013, p. 37.

BOBBIO, Norbert. Giusnaturalismo e giuspositivismo. **Enciclopedia Delle Scienze Sociali**. Roma, 1994. Disponível em: http://www.treccani.it/enciclopedia/giusnaturalismo-e-giuspositivismo_%28Enciclopedia-delle-scienze-sociali%29/. Acesso em: 20. mai. 2018.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

DA SILVA, Virgílio Afonso. Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. 1 (2003): 607-640. 2003.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GUASTINI, Riccardo. **Estudios de Teoría Constitucional**. 1ª ed. México, D.F: Doctrina Jurídica Contemporânea, 2001.

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Tradução de Fernando Santos; revisão técnica Alonso Reis Freire; revisão de tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

PECZENIK, Aleksander. Los principio jurídicos según Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero. **Edición digital a partir de Doxa:** Cuadernos de Filosofia del Derecho, núm, 12. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2001.

REALE, Miguel. **Experiência e cultura para a fundação de uma teoria geral da experiência.** São Paulo, SP: Edusp, 1977.

SALDANHA, Luciana Blazejuk. **Estudo da Teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy e sua aplicação em casos concretos**. 2008. Mestrado Área de Concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas. Santa Cruz do Sul, RS: Universidade de Santa Cruz do Sul, 2008.

SIMIONI, Rafael Lazzaroto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea:** do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014.

SOUZA, Rodrigo Telles de. A distinção entre regas e princípios e a derrotabilidade das normas e direitos fundamentais. **Boletim Científico ESMPU**. a. 10 – n.34, p. 11 – 35 – jan.jun. Brasília, 2011.

STRECK, Lênio Luiz. Contra o neoconstitucionalismo. n. 4, jan – jun. p. 9 – 27. **Constituição, Economia e Desenvolvimento:** Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2011, p. 17, 18 e 19.

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: UMA ANÁLISE NA REALIDADE BRASILEIRA

Carla Simon[1]

RESUMO

Este artigo tem por objetivo trazer algumas considerações acerca da Judicialização da Política, tema de suma relevância no cenário atual, uma vez que busca coibir decisões políticas abusivas, as quais, muitas vezes, infringem até mesmo a Constituição Federal. Nesse sentido, será abordada a parte conceitual, os requisitos caracterizadores da Judicialização da Política, bem como a análise do referido fenômeno na realidade brasileira.

Palavras-Chave: Judicialização da Política; Condições; Judicialização no Brasil.

1 INTRODUÇÃO

A Judicialização da política, a dependência dos tribunais e dos meios judiciais para abordar as dificuldades fundamentalmente morais, as questões de política pública e as controvérsias políticas é indiscutivelmente um dos fenômenos mais significativos dos governos atuais (TATE; VALLINDER, 1995, p. 27). A expansão do poder judicial é um fenômeno que tomou conta do final do século passado. A grande maioria dos países ocidentais democráticos adotou o Tribunal Constitucional como mecanismo de controle dos demais poderes (CARVALHO, 2004, p. 115).

Nas últimas décadas, o Brasil e o mundo vêm experimentando a transferência de parte do poder político para esses tribunais. Em certa medida, pode-se dizer que esse poder tem saído da esfera de representação parlamentar para o âmbito do Poder Judiciário. A ideia de supremacia constitucional (TATE; VALLINDER, 1995, p. 13), foi adotada na maioria das democracias modernas especialmente após a segunda metade do século XX, quando se inicia uma preocupação mundial em torno dos direitos humanos.

Armados com procedimentos de revisão judicial recentemente adquiridos, as estâncias superiores dos tribunais, mais especificamente o Supremo Tribunal Federal, são frequentemente solicitados a resolver uma série de questões sobre o alcance das liberdades, da privacidade, da propriedade, proteção ambiental e saúde, ou seja, questões centrais para a sociedade, redesenhando assim os próprios papeis dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário (QUEIROZ; KOZIC, 2012).

Este artigo pretende analisar se o Brasil possui as condições necessárias para caracterizar a judicialização da sua política. Para tanto se faz necessário ter uma adequada compreensão do que corresponde o termo judicialização da política e quais os seus requisitos.

[1] E-mail: crlasimon@gmail.com. Currículo *Lattes*: http://lattes.cnpq.br/2251450947990814.

2 O QUE É A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA?

Apesar de ser um termo em evidência, amplamente utilizado no cenário jurídico, acadêmico e até, por assim dizer, no mundo jornalístico, há poucos periódicos, livros e produção acadêmica sobre o assunto. A literatura que se ocupa dessa questão adotou a definição dada por Tate e Vallinder (1995, p. 13),: "judicialização é a reação do Judiciário frente à provocação de um terceiro e tem por finalidade revisar a decisão de um poder político tomando como base a Constituição".

Para Tate e Vallinder esse comportamento institucional é resultado de várias características que foram se desenvolvendo com a modernização ou evolução histórica das instituições internacionais e de renovação conceitual do direito.

Como já dito anteriormente, a maioria dos países democráticos elevou a constituição ao ápice da sua pirâmide normativa. Deste modo, os governos tiveram que, além de negociar o seu plano político de governo com o congresso, também que se preocupar em não infringir as normas constitucionais. Como no caso do Brasil, em que o constituinte confiou ao Supremo Tribunal Federal o controle abstrato da constitucionalidade das leis, mediante provocação de seus legitimados (VIANNA, 1999, p. 47). Essa seria de maneira simplista, a equação política que hospedou o sistema político democrático e seus novos guardiões: a constituição e os magistrados (CARVALHO, 2004, p. 115).

Com essa nova arquitetura institucional criou-se o ambiente político que possibilitou ao judiciário participar e revisar muitas das decisões políticas. Apesar da simetria constitucional dada aos três poderes, o Judiciário por ser o guardião da constituição, vem ocupando lugar estratégico no controle dos demais órgãos, principalmente do Executivo (CARVALHO, 2004, p. 115).

Ao fazer essa revisão, o Judiciário estaria ampliando seu poder com relação aos demais poderes. Para a caracterização desse fenômeno, dois fatores fundamentais devem estar presentes segundo Tate e Vallinder (1995, p. 13):

> 1) a expansão da área de atuação das cortes judiciais ou dos juízes na seara dos políticos e/ou administradores, isto é, a transferência de direitos de decisão da legislatura, do gabinete ou da administração pública às cortes judiciais, ou, ao menos, 2) a externalização do modus operandi ou dos métodos judiciais de se obter uma decisão para fora das cortes de direito propriamente ditas.

Neste contexto, o primeiro resultaria da ampliação das áreas de atuação dos tribunais pela via do poder de revisão judicial de ações legislativas e executivas, baseado na constitucionalização de direitos e dos mecanismos de *checks and balances*[2]. O segundo contexto (CARVALHO, 2004, p. 121), mais difuso, seria constituído pela introdução ou expansão de *staff*[3] judicial ou utilização do aparato judicial na administração pública; portanto, juntamente com

[2] "sistema de pesos e contrapesos". **Dicionário inglês-português e buscador de traduções**. Disponível em <https://www.linguee.com.br/>. Acesso em: 20 dez. 2017.
[3] "pessoal, funcionários". **Dicionário inglês-português e buscador de traduções**. Disponível em: https://www.linguee.com.br/. Acesso em: 20 dez. 2017.

os juízes vão os métodos e procedimentos judiciais que são incorporados pelas instituições administrativas que eles ocupam. Essas duas formas de judicialização são denominadas pelos autores estrangeiros como respectivamente, “from without”[4] e “from within” (TATE; VALLINDER, 1995).

Ampliando a problemática da judicialização, saindo daquilo que se enquadra no conceito mínimo de judicialização, que corresponde a um aumento por si só da demanda judicial em revisar atos do executivo e legislativo, do seu caráter quantitativo e procedimental para uma efetiva intervenção do Judiciário, na mudança da decisão tomada pelos poderes.[5]

Deste modo, existe também um hipodimensionamento do caráter substancial, isto é, os juízes modificam as leis ou atos dos demais poderes? Ou mesmo, até que ponto essas decisões interferem na aplicação de políticas públicas? Ou há somente um aumento da demanda, mas que os atores judiciais não interferem na direção da decisão tomada anteriormente? (CARVALHO, 2004, p. 121).

> Se na ideia da política judicializada estão em evidência modelos diferenciados de decisão, a noção de politização da justiça destaca os valores e preferências políticas dos atores judiciais como condição e efeito da expansão do poder das Cortes. A judicialização da política requer que operadores da lei prefiram participar da policy-making[6] a deixá-la a critérios de políticos e administradores e, em sua dinâmica, ela própria implicaria papel político mais positivo da decisão judicial do que aquele envolvido em uma não decisão. Daí que a ideia de judicialização envolve tanto a dimensão procedimental quanto substantiva do exercício das funções judiciais (MACIEL; KOERNER, 2002, p. 114).

Para o professor Ran Hirschl (2013), a judicialização da política é frequentemente usada indiscriminadamente para se referir ao que de fato são vários fenômenos distintos: estes vão desde a jurisprudência judicial até os debates sobre as nomeações judiciais e a politização do judiciário, que neste último caso é o inevitável reverso da judicialização.

Para Luiz Werneck Vianna (1999, p. 47) a judicialização no Brasil resulta da adoção do modelo de controle abstrato da constitucionalidade das leis com a intermediação de uma comunidade de interpretes.

Para os autores americanos o termo judicialização se refere à obrigação legal de que um determinado tema seja apreciado pelo poder judiciário. A judicialização ocorre porque os tribunais são chamados a se manifestar onde o funcionamento do Legislativo e do Executivo deveria ter sido realizado e não foi, portanto, mostrou-se falho ou insuficiente (TATE; VALLINDER, 1995, p. 15). Mas que isso não é necessariamente prejudicial a democracia.

Já para Ernani Rodrigues de Carvalho (2004, p. 122) não só o aumento das demandas judiciais seria suficiente para caracterizar tal fenômeno: “O aumento da demanda judicial não diz se o Judiciário está ou não intervindo”. Para ele há um argumento tautológico por trás da definição e caracterização da judicialização da política.

---

[4] para esta pesquisa vamos nos ater a esta primeira forma
[5] Por não ser este o foco principal deste artigo, far-se-á apenas uma breve introdução ao tema.
[6] “decisões políticas, elaboração de políticas”. **Dicionário inglês-português e buscador de traduções**. Disponível em <https://www.linguee.com.br/>. Acesso em: 20 dez. 2017.

Neste contexto, justifica-se a pesquisa, por força da importância em se compreender adequadamente o fenômeno a fim de identificar as condições políticas e os fatores necessários para o surgimento da judicialização. Para que, em seguida, seja analisado o sistema jurídico brasileiro a luz desses critérios.

3 REQUISITOS PARA CONFIGURAÇÃO DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Ran Hirschl explica que semelhante a qualquer outra transformação desse alcance e magnitude, a judicialização da política não é derivada de uma única causa. Em vez disso, é necessária uma confluência de fatores institucionais, societários e políticos para criar e sustentar a judicialização.

Destes fatores, três se destacam como cruciais: a existência de um quadro constitucional que promova a judicialização da política; um judiciário relativamente autônomo que é facilmente atraído para mergulhar em águas políticas profundas; e acima de tudo, um ambiente político favorável à judicialização da política.

No mesmo sentindo Neal Tate (1995, p. 28) clarifica que as duas formas de judicialização da política, anteriormente citadas, emergem sob algumas condições em comum. Mas parece não haver uma razão teórica ou prática para esperar que as duas formas se desenvolvam juntas. Tate pesquisou nas condições **políticas e institucionais** alguns dos motivos da judicialização, seguindo seu modelo são necessárias as seguintes condições:

3.1 CONDIÇÕES POLÍTICAS

3.1.1 Democracia e pluralismo político

Muitas discussões sobre a judicialização da política consideram uma ameaça para características tão democráticas como a regra da maioria e a responsabilidade popular. Apesar disso, parece muito improvável que se encontre a judicialização da política fora das políticas democráticas (TATE; VALLINDER, 1995, p. 28). É difícil imaginar que um ditador, independentemente do seu uniforme ou ideologia, possa convidar ou até mesmo permitir juízes independentes a aumentar a sua participação na criação das políticas públicas.

No Brasil, o processo de redemocratização que ocorreu após a ditadura militar, a partir de 1985, produziu um enorme impacto no poder Judiciário. De um lado, a demanda por justiça, em grande parte represada nos anos de autoritarismo, inundou o Poder Judiciário com o fim dos constrangimentos impostos pelo regime militar ao seu livre funcionamento do judiciário. Por outro lado, a adoção de um Estado Democrático de Direito gerou a “necessidade de juízes e árbitros legítimos” virem a decidir sobre conflitos entre sociedade e governo e entre os poderes do próprio Estado. Esse papel foi atribuído em grande medida ao Poder Judiciário (QUEIROZ; KOZIC, 2012, p. 62).

Nesse mesmo sentido, assevera Brandão (2013, p. 189), partindo da premissa que a democracia aumenta a incerteza eleitoral, de modo que não se pode ter certeza absoluta de quem vai ganhar as eleições, assim sendo, os grupos políticos temerosos de perder as próximas eleições, terão fortes razões para estimular a constitucionalização das normas, para que sejam impostos

limites ao grupo vencedor, evitando assim, que o sistema eleitoral vire um jogo de quem vence “ganha tudo”.

3.1.2 Federalismo e Separação dos Poderes

As teorias funcionalistas[7] sustentam, que a divisão vertical (federalismo) e horizontal (separação dos poderes) do poder político gera maior fracionamento em seu exercício, daí decorrendo frequentes conflitos de atribuições entre entes federativos e Poderes do Estado, que, em regra, se convertem em conflitos constitucionais dirimidos pelo Judiciário normalmente pelo seu órgão de cúpula, no caso brasileiro o STF (BRANDÃO, 2013, p. 183).

Conforme Tate e Vallinder (1995, p. 29), deve-se lembrar que, nos sistemas políticos onde há separação de poderes, o dever formal atribuído aos juízes é sempre interpretar e não fazer as leis. Deixar de lado a dificuldade de distinguir a interpretação de fazer as leis, uma dificuldade que é bem reconhecida pelos juízes e advogados praticantes, bem como por estudiosos socioeconômicos. Um sistema de separação de poderes pode assim facilitar a ocorrência de uma judicialização da política.

No Brasil, a separação dos poderes é princípio constitucional. A Carta Magna de 1988 estabelece competências exclusivas para cada um dos poderes. E eis que a partir do novo texto constitucional deve se dar um novo papel ao judiciário brasileiro.

Tanto a separação de poderes como o federalismo ao promover o fracionamento do exercício do poder político podendo ocasionar problemas de sincronia, harmonia entre os poderes, problemas estes que acabam por serem encaminhados há uma solução pelo Poder Judiciário. Esses problemas de coordenação podem ser tanto conflitos positivos, quando dois ou mais entes públicos se julgam competentes para a prática de um ato, ou conflitos negativos, neste caso, quando dois ou mais entes públicos, por sua vez, não se entendem competentes para a prática de um determinado ato.

3.1.3 Inefetividade das instituições majoritárias e fortes esperanças depositadas no Judiciário

As constituições contemporâneas atribuem ao Estado múltiplas atividades. São as chamadas Constituições analíticas. Várias delas possuem normas programáticas de eficácia limitada, ou seja, normas abertas que precisam de leis complementares para que possam atingir a plena eficácia.[8] Com isso as instituições majoritárias são conseguem realizar todas as atividades que são impostas ao Estado de forma efetiva e adequada à luz da visão da

[7] Segundo a teoria funcionalista a “judicialização” decorre de uma questão estrutural do sistema jurídico, como a existência dos múltiplos pontos de veto (veto points) em um sistema político fortemente descentralizado. Assim, o federalismo e mecanismos rígidos de separação de poderes, como o presidencialismo, fomentam a expansão do Judiciário, tendo em vista que este “Poder” terá de agir como terceiro imparcial na resolução de conflitos entre os demais “Poderes” ou entre os Estados-membros e a União. BRANDÃO, Rodrigo. **A Judicialização da Política: teorias, condições e o caso brasileiro.** Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php /rda/article/view/10648. Acesso em 05 jan. 2018. p. 183.

[8] Constitucional normas de eficácia limitada

Sociedade e dos grupos de interesses (exemplo disso são os partidos políticos). Há então um direito reconhecido, mas sem um caminho estabelecido para alcançá-lo. Com isso, há uma tendência natural de que os cidadãos e os denominados grupos de interesse provoquem o judiciário para a realização de sua agenda privada, social ou política.

Neste mesmo sentido Rogério Bastos Arantes (1999, p. 118) colaciona que o reconhecimento legal de certos direitos difusos e coletivos possuem a possibilidade de judicialização de conflitos políticos. A maioria destes direitos estão relacionados a políticas públicas e, portanto, ficam na dependência da ação governamental para serem efetivados.

Em síntese, a ineficiência das instituições majoritárias, tratada por Tate, refere-se à incapacidade dessas instituições em dar provimento às demandas sociais. Toda demanda social que não envolva interesse político suficiente ou que tenha um alto custo certamente encontrará dificuldade para ser realizada. Algumas cortes, ao serem provocadas, diante da inércia dos políticos e da impossibilidade de abster-se de uma decisão, são obrigados a pôr um fim em conflitos que deveriam ser resolvidos no âmbito político.

3.2 AS CONDIÇÕES INSTITUCIONAIS

3.2.1 Rol de Direitos

Uma condição muito relevante para a judicialização da política é a presença de direitos políticos formalmente reconhecidos, como vários analistas ressaltam (TATE; VALLINDER, 1995, p. 29), tal política é mais propensa a se desenvolver se estiver positivada e cujas Constituições contenham um rol de direitos, sobretudo quando a sua superioridade em face das leis for garantida pelo controle de constitucionalidade. “Assim, há uma tendência de que, quanto mais amplas for a Carta de Direitos e as garantias da sua eficácia, maior será a sua judicialização” (BRANDÃO, 2013, p. 193).

O caráter aberto e abstrato das normas constitucionais faz com que não se possa apontar previamente qual o direito aplicado ao caso, cabendo ao Judiciário mensurar e dar significado a esses direitos, conforme o contexto histórico, social, político, moral e jurídico que a sociedade vive naquele momento. A norma, portanto, não existe no texto, mas apenas no caso concreto (QUEIROZ; KOZIC, 2012, p. 63).

Todavia, a existência de uma lei formal, uma carta constitucional, que assegure direitos fundamentais é facilitadora, mas não necessária, para a judicialização da política (TATE; VALLINDER, 1995, p. 29).

No caso do Brasil, tem-se um extenso rol de direitos reconhecidos constitucionalmente, incluindo-se os direitos políticos: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 1988). Logo de início verifica-se, portanto, a forma ativa, em que o povo exerce o seu direito ao voto e a forma passiva dos direitos políticos, que se refere aos direitos de ser votado, condição de elegibilidade.

3.2.2 Acesso e uso das Cortes por grupos de interesse e por partidos políticos de oposição

Seria um engano pensar que a judicialização da política se desenvolve isoladamente dos interesses sociais e econômicos centrais, e estes por sua vez, estruturam o sistema político. Na verdade, a expansão do desenvolvimento de uma política de direitos pode, muitas vezes, ser visto mais adequadamente como obra de pressões e reivindicações das organizações sociais, sejam elas movimentos sociais ou grupos de interesse, do que como o produto da devoção dos atores políticos para uma visão elevada dos direitos humanos (TATE; VALLINDER, 1995, p. 30).

O sistema de controle de constitucionalidade misto, adotado pelo Brasil, tem no controle difuso a possibilidade de minorias politicas exercitarem o seu poder de veto contra leis e atos administrativos editados pelos Poderes Legislativo e Executivo, invocando a Constituição de 1988, podendo-se afirmar que o controle de constitucionalidade é um dos maiores recursos disponíveis para as minorias políticas contra as decisões políticas majoritárias.

Ernani Rodrigues de Carvalho (2004) ampara essa afirmativa, ao constatar que “os grupos de interesse passam a considerar e/ou utilizar a possibilidade de veto dos tribunais na realização de seus objetivos”.

Noutra volta, pode-se verificar que o Supremo Tribunal Federal, foi chamado a se manifestar sobre questões políticas no que diz respeito à fidelização partidária, políticas públicas de saúde, desarmamento, pesquisa em células-tronco e até mesmo no caso mensalão, por meio de ações perpetradas por partidos políticos ou por grupos de interesse. Que utilizam as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADINS) como principal instrumento de acesso à corte.

Os partidos políticos especificamente não conseguindo realizar suas vontades ou até mesmo não podendo barrar as iniciativas ou alterações realizadas pela maioria, utilizam-se da suprema corte do país para tentar barrar, dificultar ou até mesmo inviabilizar a efetivação das decisões tomadas em sede do poder Legislativo e Executivo. ADIN é um recurso disponível no sistema jurídico brasileiro e é utilizado com muita frequência quer seja pelos partidos políticos, quer seja pelas associações representativas de direitos de minorias.

Partindo das condições expostas acima, verifica-se na pesquisa de dados a respeito da impetração de ADINS no STF, até a data de 26 de junho de 2013 foram impetradas 2813 ADINS. Das quais 740 foram assinadas por entidades de classe ou confederações sindicais, e 590 foram propostas por partidos políticos (CARVALHO, 2004, p. 118-119).

Apesar do STF não diferenciar os partidos que postulam as demandas, Werneck Vianna e Carvalho afirmam que a maioria dessas ações foram propostas por partidos políticos de oposição. Das 338 ações postuladas em uma década, de 1988 a 1998, 250 foram impetradas por partidos de esquerda, ou seja, 74% do total (VIANNA, 1999, p. 97).

Portanto, como se viu até aqui, tem-se várias justificativas para a caracterização do fenômeno da judicialização da política. E que, muitas das vezes, as questões políticas são alçadas as cortes pelos partidos políticos e/ou grupos de interesses, logo isso não deve ser visto como um fenômeno jurídico ou de usurpação de funções de um poder sobre o outro, mas sim um fenômeno político (QUEIROZ; KOZIC, 2012, p. 65).

4 JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS A LUZ DO SISTEMA BRASILEIRO. O BRASIL PREENCHE OS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA?

A Constituição federal de 1988 é sem dúvida um marco no sistema jurídico e político brasileiro, a partir da redemocratização do Estado brasileiro passamos a vivenciar um Estado democrático de direito, que, embora ainda esteja em processo de solidificação, vem avançando substancialmente.

No que diz respeito ao desenho institucional político, a Constituição de 1988 elegeu princípios como sistema de governo presidencialista, o sistema eleitoral proporcional com lista aberta para os Legislativos federal, estadual e municipal (com exceção do Senado, no qual se aplica o sistema majoritário), e o sistema de federalismo, que foi fortalecido pelo aumento das capacidades administrativa e fiscal das subunidades da federação (BRANDÃO, 2013, p. 202).

Tais mecanismos, como já dito e discutido alhures, têm a tendência de promover a fragmentação do poder político, mas que no caso do Brasil com o aumento da participação do presidente da República no processo legislativo, veja-se a notável gama de matérias sujeitas à sua iniciativa privativa que vai desde assuntos administrativos, financeiros a orçamentários.[9]

Brandão (2013, p. 204) sintetiza com clareza o funcionamento do sistema político nacional "o Executivo brasileiro, além de controlar, em boa medida, a agenda do Congresso Nacional, é o principal legislador do país, ditando, através do apoio sistemático e disciplinado de uma coalizão partidária, o que é votado e aprovado no Congresso Nacional".

Daí se vê que o sistema político brasileiro possui condições favoráveis à expansão do judiciário e com isso a judicialização da política.

Quanto as condições institucionais, a promulgação da carta magna de 1988 trouxe o mais generoso rol de direitos da nossa história constitucional. Elegeu a dignidade da pessoa como fundamento da República (art.1º, III), os direitos humanos como regentes das relações internacionais (art. 4º, II). Além disso, a Constituição Cidadã incluiu um titilo exclusivo de direitos e garantias fundamentais[10], garantindo-lhe eficácia imediata (art. 5º, § 1º), status de cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV) e hierarquia supralegal aos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos (art. 5º, § 3º, redação EC n. 45/2003).

O Brasil adotou o sistema misto de controle de constitucionalidade, com a combinação das modalidades incidental e difusa, concentrada e abstrata. Ampliou notavelmente o rol dos legitimados[11] para a propositura da Ação Direta

[9] Vide artigo 60, §1°, c/c artigo 165 da CF/1988.
[10] Só o art. 5º deste título conta com 78 incisos.
[11] Art. 103, da CRFB/88: "Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004): I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional". BRASIL. **Constituição da República Federativa do**

de Inconstitucionalidade e com isso viabilizou o acesso ao controle abstrato de constitucionalidade por grupos de interesse e por partidos de oposição (BRANDÃO, 2013, p. 206).

Como demonstrado no item V[12], a ampliação dos legitimados para a propositura de ADI teve um grande impacto em nosso modelo de controle de constitucionalidade, na medida em que produziu uma grande elevação no número de ações propostas indicando assim, nas palavras de Vianna, Burgos e Salles (2007, p. 46), "a consolidação dessa via de judicialização".

Sob outra ótica é possível constatar que no Brasil a Justiça se aproximou da população por meio de Juizados de pequenas causas (nos quais o acesso independe de representação por advogado). Além disso, legislações especiais de proteção de minorias, como Código de Defesa do Consumidor, Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto do Idoso e Lei Maria da Penha, levaram a um processo de substituição do Estado pelo Judiciário, tornando o juiz protagonista nas decisões sobre questões sociais, inclusive as que envolvem políticas públicas (VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007, p. 41).

Aliado a isso, vale lembrar que o sistema de controle de constitucionalidade misto tem no controle difuso a possibilidade de minorias políticas exercitarem seu poder de veto contra leis e atos administrativos editados pelos Poderes Legislativo e Executivo, invocando a Carta Magna. Assim, é possível afirmar que o controle de constitucionalidade é um dos maiores recursos disponíveis para as minorias políticas contra as decisões políticas majoritárias (ARANTES, 2006, p. 241).

Antonio Moreira Maués e Anelice Belém Leitão ao analisarem as ADIs dos Partidos Políticos no Supremo Tribunal Federal, concluem que estas "são mais bem interpretadas como ações em defesa da Constituição" do que efetivamente tentativas de desrespeito à regra da maioria. Em outras palavras, à Jurisdição Constitucional possibilita limitar possíveis violações da Constituição cometidas pela maioria política (MAUÉS; LEITÃO, 2004, p. 48).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da redemocratização ocorrida no mundo e da prevalência e/ou elevação dos direitos humanos à direitos fundamentais o Judiciário passou a decidir questões de grande relevância política recebendo cada vez mais ações, quer seja por partidos políticos, grupos de interesse ou até mesmo pelo cidadão de forma privada.

Percebeu-se que o conceito mínimo da judicialização da política significa a transferência de decisões do campo parlamentar ou executivo para o campo judicial. Alargando esse conceito tem-se além do aumento da demanda judicial, a necessidade da chamada policy-making, ou seja, a efetiva participação dos operadores do direito na elaboração, modificação das controvérsias tanto na dimensão procedimental quanto substantiva do exercício das funções judiciais.

Importante retomar que, para que se caracterize, há basicamente, dois tipos de condições facilitadoras desse processo: as condições políticas e as

Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 09 jan. 2018.

[12] Acesso e uso das cortes por grupos de interesse e por partidos políticos de oposição.

condições institucionais. Dentre as condições políticas se destaca: 1) A democracia, regime no qual há um grande fracionamento do poder, surgindo problemas de organização que tendem a ser solucionados pelo Judiciário; 2) Pluralismo Político: nas democracias organizadas há alternância no poder, de modo que o risco constante de derrota eleitoral tende a estimular a constitucionalização de matérias, para evitar que o grupo vencedor possa, por maioria simples, alterar completamente a ordem jurídica; 3) Federalismo e Separação dos Poderes: são importantes condições políticas para a judicialização, pois promovem maior fracionamento do poder político em seu exercício, criando assim, frequentes conflitos de atribuições que o Judiciário é chamado a resolver.

Já as condições institucionais, por sua vez, consistem na existência e efetiva aplicação do Rol de Direitos fundamentais, acesso e uso das Cortes por grupos de interesse e por partidos políticos de oposição, por uma amplitude do controle de constitucionalidade, por meio das ADINS, uma maior abrangência e o relevo político das competências do Supremo Tribunal Federal.

Fato é que a Constituição analítica de 1988 aumentou sensivelmente o catálogo de direitos fundamentais. Com isso, ampliou o número de matérias amparadas constitucionalmente e consequentemente houve uma elevação substancial na quantidade de ações alçadas a suprema corte brasileira.

Noutra volta, em sede de controle de constitucionalidade, houve sensível aumento no rol de legitimados ativos para a propositura das ADINS, a criação da ADPF e da ADC, ampliação dos atos impugnáveis, possibilitando com isso que minorias políticas ou grupos de interesse exercitem o seu poder de veto contra leis e atos administrativos editados pelos Poderes Legislativo e Executivo, ou seja, as decisões políticas majoritárias.

Percebeu-se, assim, a presença atual no cenário político-jurídico brasileiro a conjunção de todos os fatores favoráveis à expansão do papel político do Poder Judiciário. O principal elemento facilitador deste fenômeno foi a consolidação da democracia brasileira.

Todavia, o tema merece inúmeros outros estudos, pois está repleto de outras nuances, tais como o ativismo judicial, a separação dos poderes diante das decisões políticas proferidas do judiciário, decisões jurídicas equivocadas e suas reações políticas, as quais serão abordadas futuramente.

6 REFERÊNCIAS

ARANTES, Rogério Bastos. **Direito e política:** o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. Rev. Bras. Ci. Soc. São Paulo, v. 14, n. 39, Feb. 1999. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v14n39/1723>.

BARBOSA, Claudia Maria; POLEWKA, Gabriele. **Juristocracia no Brasil a Perspectiva de Ran Hirschl sobre o Empoderamento Judicial**. Disponível em <http://www.indexlaw.org/index.php/revistapoliticiajudiciaria/article/view/257/258>.

BRANDÃO, Rodrigo. **A Judicialização da Política:** teorias, condições e o caso brasileiro. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/10648>.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. **Em busca da Judicialização da Política no Brasil**: apontamentos para uma nova abordagem. Rev. Sociol. Polit. 2004, n.23. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-447820040002000 11&script =sci_abstract&tlng=pt>.

Dicionário inglês-português e buscador de traduções. Disponível em <https://www.linguee.com.br/>.

HIRSCHL, Ran. **Oxford Handbooks Online**. Disponível em <http://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199604456.001 .0 001/oxfordhb-9780199604456-e-013.>.

LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5ºed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. **Sentidos da Judicialização da política**: duas análises. Lua Nova, n. 67, 2002.

MAUÉS, Antonio G. Moreira; LEITÃO, Anelice F. Belém. **Dimensões da judicialização da política no Brasil:** As ADIns dos partidos políticos. Revista de Informação Legislativa, a. 41, n. 163, 2004.

QUEIROZ, Estefânia Maria; KOZIC, Katya. **Judicialização da Política e Controle Judicial de Políticas Públicas**. Rev. direito GV vol. 8 n. 1. São Paulo Jan./June 2012. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v8n1/v8n1a03.pdf>.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. 10 ed. Florianópolis: OAB-SC editora, 2007.

TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjorn. **The Global Expansion of Judicial Power:** The Judicialization of Politics**.** New York: New York University, 1995.

UNGER, Roberto Mangabeira. **O Direito na Sociedade Moderna:** contribuição à crítica da teoria social. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.

VALLINDER, T. & TATE, C. Neal. 1995. **The Global Expansion of Judicial Power:** The Judicialization of Politics. New York: New York University, 1995.

VERBICARO, Loiane Prado. **Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil**. Revista Direito GV, n. 4. 2008.

VIANNA, Luiz Werneck. **A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Renavan, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. **Dezessete anos de judicialização da política**. Tempo Social, revista de sociologia da USP. v. 19. n. 2. 2007. Disponível em <www.scielo.br/pdf/ts/v19n2/a02v19n2.pdf>.

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 25

Luiz Nunes Pegoraro[1]
Carolina Menck de Oliveira Cegarra[2]

RESUMO

O presente estudo possui como precípuo escopo analisar a sistemática do controle de constitucionalidade brasileiro, principalmente no que toca à ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Através do método analítico-dedutivo, o presente artigo fará uma análise crítica da virada paradigmática envolvendo a ADO-25, onde o Supremo Tribunal Federal impôs certo prazo para o legislador editar a norma faltante e determinou uma consequência ao descumprimento deste prazo, envolvendo a figura do Tribunal de Contas da União. Sendo assim, serão analisados pontos cruciais da sistemática do controle de constitucionalidade abstrato para que se possa concluir acerca da validade de tal decisão da Corte Suprema de nosso país.

Palavras-chave: Constituição Federal, Controle de Constitucionalidade, Tribunal de Contas da União.

1 INTRODUÇÃO

O entendimento do tema no que versa à omissão inconstitucional demanda a assimilação prévia da existência de duas categorias de controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro: o controle concentrado ou abstrato e o controle difuso ou concreto.

Tais sistemas se fazem presentes devido à notória hierarquia normativa entre as normas constitucionais e as demais normas, além da pressuposta rigidez constitucional e supremacia formal da nossa Constituição. Sendo assim, se a Constituição Federal encontra-se em nível superior no ordenamento, todas as demais normas lhe devem obediência, necessitando estar afinadas a seus ditames, de modo que toda e qualquer dissintonia possa ser detectada em favor da Lei Maior. Desse modo, o instituto dessa fiscalização é o que obsta que o ideal de supremacia constitucional torne-se mera retórica.

Após a verificação da teoria normativa do controle de constitucionalidade e apresentação das principais ações que compõem o controle abstrato, as atenções se voltarão para uma ação em específico: a que versa sobre a inconstitucionalidade por omissão. Através dela, será interpretado, de modo crítico, o julgamento da ADO-25, datada de novembro de 2016 e que inovou o ordenamento jurídico constitucional, sendo considerada uma alteração paradigmática no modo de se interpretar a Constituição Federal.

[1] Endereço eletrônico: professor@pegoraros.com.br.
[2] Endereço eletrônico: carolmenck_@hotmail.com. Currículo *Lattes*: http://lattes.cnpq.br/7212208997339192

Finalmente, far-se-á o seguinte questionamento: poderia o Supremo Tribunal Federal agir de tal forma, considerando o princípio da separação dos poderes, bem como o ativismo judicial? A resposta para tal indagação será desenvolvida ao longo do texto.

2 NOÇÕES ACERCA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO E CONCENTRADO

O fenômeno conhecido como controle de constitucionalidade compreende a verificação de compatibilidade material e formal das leis e atos normativos, embasando-se na Constituição Federal. Para tanto, é necessário frisar que tanto a rigidez constitucional quanto sua supremacia são aspectos cruciais que impõem que o mecanismo de controle seja verificado.

Sobre esta última característica, vale ressaltar que, nas palavras de Luís Roberto Barroso (2010, p. 84) "é o postulado sobre o qual se assenta o próprio Direito Constitucional contemporâneo, tendo sua origem na experiência americana". Nesse sistema, sobressaltam-se as supremacias formal e material. A primeira pode ser definida como o respeito ao processo legislativo formalizado pela Constituição, onde o não acatamento gera inconstitucionalidade formal ou nomodinâmica. Já a incompatibilidade material ou nomoestática verifica-se no momento em que o conteúdo das demais leis e atos normativos não se coadunam com os ditames constitucionais.

Nos ordenamentos que possuem uma Constituição Federal do tipo rígida, ou seja, onde as próprias normas constitucionais possuem um mecanismo de alteração mais inflexível em relação às outras normas, institui-se aquele documento no ápice do sistema normativo, fazendo com que as demais sigam seus vetores. Nas palavras de Araujo e Nunes Júnior (2016, p. 58), "a existência de uma Constituição rígida cria uma relação piramidal entre estas e as demais normas [...], que com ela devem guardar relação de necessária lealdade". Junta-se a tais características o raciocínio preponderante de Hans Kelsen (2000, p. 242) onde "a Constituição representa o escalão do direito positivo mais elevado".

Também vale fazer alusão às espécies preventiva e repressiva de inconstitucionalidade, que se relacionam ao momento de verificação da incompatibilidade. Enquanto o controle preventivo ocorre antes da edição da lei, a repressiva ocorre *a posteriori*. Na presente classificação, chama atenção o fato de o controle preventivo ser realizado em regra pelo Poder Legislativo, podendo-se citar como exemplo a atuação das Comissões de Constituição e Justiça quando da análise de um projeto de lei.

Entrementes, tanto o Poder Executivo quanto o Poder Judicante podem também atuar da mesma forma. No que tange ao primeiro, o chefe do Executivo Federal poderá realizar o veto jurídico[3] de um projeto de lei, quando entender pela inconstitucionalidade deste. Já o controle *a priori* realizado pelo Judiciário possui um único exemplo: a impetração de Mandado de Segurança[4], analisado pelo Supremo Tribunal Federal, por parlamentar que considere o projeto de lei

[3] O veto político realizado pelo Presidente da República, que tem vez quando o projeto de lei for contrário ao interesse público, não caracteriza controle preventivo.
[4] Cf. MS 34530-DF, de relatoria Do Ministro Luiz Fux e impetrado pelo Deputado Eduardo Bolsonaro.

inconstitucional. Muito embora se trate de hipótese polêmica, os membros do Congresso Nacional possuem direito a participar de uma tramitação legislativa hígida.

De outra banda, o controle repressivo de constitucionalidade encontra morada no momento em que a lei ou o ato normativo já ingressou no ordenamento jurídico. Sobressalta-se que, em regra, no Brasil, esse mecanismo é realizado pelo Poder Judiciário, segundo artigos 97 e 102, I, a do Texto Maior.

Entrementes, assim como o controle preventivo, o repressivo também apresenta iguais exceções: os demais Poderes também podem realizá-lo. No que concerne ao Poder Legislativo, dois exemplos podem ser compartilhados: a rejeição de Medida Provisória considerada inconstitucional e a suspensão de lei delegada ou Decreto do Poder Executivo. Já no que tange ao controle *a posteriori* realizado pelos chefes do Executivo federal, estadual, municipal ou distrital, ensina Martins (2018, p. 614) que tais pessoas:

> [...] podem descumprir uma lei que considerem inconstitucional, determinando que seus subordinados também o façam. Tal possibilidade, que num primeiro momento aparenta ferir o princípio da presunção de constitucionalidade das leis e da segurança jurídica, pode ser, no caso concreto, a única saída viável para salvaguardar o interesse da administração pública, o que justificaria essa atitude extrema de "estado de necessidade administrativo".

Por derradeiro, uma última classificação do controle de constitucionalidade há de ser rememorada: a sistemática difusa ou concreta e a concentrada ou abstrata. Sobre a primeira delas, inicialmente, há de se constatar que o sua origem relaciona-se aos Estados Unidos, quando do julgamento do famoso caso "*Marbury v Madison*" (1803), onde se negou a aplicação de uma lei tida como inconstitucional. No Brasil, o Decreto de nº 848, de 11/10/1890, que instituiu a Justiça Federal e o Supremo Tribunal Federal já delineava o princípio difuso de fiscalização de constitucionalidade.

Controle difuso é aquele onde qualquer pessoa em seu direito de ação possui a possibilidade de, perante qualquer juiz ou Tribunal, tendo por objeto qualquer norma jurídica federal, estadual, municipal ou distrital, postular a incompatibilidade diante de um caso concreto, cuidando-se, então, de uma via bastante democrática, no bojo de um processo subjetivo. Tal pleito será um incidente resolvido nos autos do processo antes do mérito e apresentará efeitos *inter partes*[5], atingindo somente as partes envolvidas, e *ex-tunc*[6], visto que o sistema nacional adota a teoria da nulidade, em regra. Sobre o efeito *inter partes*, Araújo e Nunes Júnior (2016, p. 62) lecionam que "por tal razão, [essa decisão] é conhecida como via de exceção, porque excepciona o interessado (dentre toda a comunidade) do cumprimento da regra".

Além do sistema difuso, faz-se presente o mecanismo concentrado de constitucionalidade, também conhecido como abstrato ou como via de ação. Possuindo como principal expoente o austríaco Hans Kelsen. No Brasil, o

[5] O artigo 52,X, CF excepcionaliza o efeito *inter partes* no controle difuso: Se o STF decidir pela inconstitucionalidade da norma, deve comunicar ao Senado Federal que poderá editar uma Resolução ampliando os efeitos da decisão.

[6] Poderá ocorrer modulação temporal no controle difuso no momento em que, por segurança jurídica, 2/3 dos Ministros do STF decidirem pela inconstitucionalidade da norma, segundo artigo 27 da Lei nº 9.868/99 e que se aplica ao controle concreto de maneira analógica.

mecanismo é exercido através de quatro diferentes ações que serão apreciadas somente pelo Supremo Tribunal Federal, a saber: Ação Direta de Inconstitucionalidade, na sigla ADI, Ação Declaratória de Constitucionalidade, mais conhecida como ADC, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão ou ADO e, por derradeiro, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF. Diferentemente do controle difuso, tais ações possuem um rol específico de legitimados, encontrado no artigo 103 da Constituição. Observe-se:

> Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:
> I - o Presidente da República;
> II - a Mesa do Senado Federal;
> III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
> IV a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
> V o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
> VI - o Procurador-Geral da República;
> VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
> VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
> IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Em que pese o *caput* da legislação versar somente sobre ADI e ADC, ressalta-se que os legitimados são os mesmos para as quatro ações. Dentre tais sujeitos, a Suprema Corte fracionou-os em dois grandes grupos: os que necessitam e aqueles que não necessitam demonstrar pertinência temática, que pode ser definida como interesse de agir. Dentre os que precisam demonstrar tal obrigação, listam-se o Governador do Estado e do Distrito Federal, Assembleia Legislativa do Estado ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, a entidade de classe de âmbito nacional e a confederação sindical. Estes são denominados legitimados especiais ou interessados, conquanto que os demais são conhecidos como universais ou neutros. Nas palavras de Martins (2018, p. 664),

> Trata-se de um interesse especial no objeto da ação, que deve ser provado pelo autor [...] Dessa maneira, o Governador do Estado (ou do DF) e a Mesa da Assembleia Legislativa dos Estados (ou Câmara Legislativa do DF) só poderão ajuizar [as ações] sobre os temas que forem de interesse de seus respectivos Estados.

Sobressalta-se que os legitimados especiais ou interessados devem demonstrar a pertinência temática, sob pena das ações do controle concentrado não serem conhecidas por ausência de legitimidade.

Ainda sobre os legitimados, o Supremo Tribunal Federal também os classifica como os detentores ou não de capacidade postulatória. Segundo tal construção jurisprudencial, os partidos políticos representados no Congresso Nacional (bastando, para isso, haver somente um representante na Câmara dos Deputados ou no Senado Federal), a entidade de classe de âmbito nacional e a confederação sindical deverão se fazer representar por meio de advogado.

As ações do controle concentrado serão analisadas somente pelo Supremo Tribunal Federal e possuem, em regra, efeitos *erga omnes*, já que a situação se desenrola no bojo de um processo objetivo, *ex tunc* e vinculante ao Poder Judiciário e à administração pública.

Após análise preliminar do controle concentrado, passa-se, no presente momento, ao estudo das quatro ações de modo concreto, iniciando com a ADI. Seu campo material engloba leis ou atos normativos federais e estaduais, conforme dispõe o artigo 102, I, "a" da Constituição Federal. Clève (1993, p. 133) pondera que "para o controle não há necessidade de vigência, mas tão somente da promulgação e da publicação da norma em questão". Trata-se a ADI da ação que mais tem vez na Corte: conforme se pode averiguar no próprio endereço eletrônico do Supremo, até o mês de Julho de 2018 tramitaram 1.993 ADIs.[7] Pontua-se que descabe tal ação em face de Súmula Vinculante, haja vista que as mesmas possuem um procedimento específico de revisão e cancelamento. Igualmente, a ADI não recai em face de lei revogada, dado a ausência de objeto, bem como sobre seu ajuizamento não recai prescrição nem decadência, pois a inconstitucionalidade não se convalida com o tempo. Frisa-se a possibilidade de tutela de urgência e *amicus curiae*[8] em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Passa-se, agora, ao estudo da ADC, novidade introduzida através da Emenda Constitucional nº 3/93. De modo diametralmente oposto a ADI, a ação tem vez para declarar a constitucionalidade de uma lei. Fato interessante e digno de nota sobre o instituto é que a ADC-1-DF versou exatamente sobre a constitucionalidade da própria Emenda nº 3.

De início, poderia se questionar qual sua validade dentro do sistema, já que as normas possuem presunção de constitucionalidade. Contudo, ao se afirmar que tal presunção é relativa e não absoluta, a presença da ADC torna-se mais clara. Tal ação deve ser manejada tendo por objetos leis e atos normativos que gerem grave incerteza e estado de intranquilidade. Logo, segundo lecionam Araújo e Nunes Júnior (2016, p. 88),

> Para o ajuizamento da ação declaratória de constitucionalidade, há que se demonstrar uma controvérsia jurisprudencial a ensejar o pleito perante o Supremo Tribunal Federal. Por essa razão, o art. 14, III, da Lei nº 9.868/99 pede que a petição inicial indique a existência de controvérsia judicial relevante sobre aplicação da disposição objeto da ação declaratória.

No que tange ao objeto, o artigo 102, I, "a", parte final da Constituição é claro ao abarcar tão somente as leis e demais atos normativos federais. Sobre o parâmetro, ressalta-se que apenas normas pós-constitucionais podem ter sua compatibilidade discutida em face de ADC. Por fim, afirma-se a possibilidade, tal qual a ADI, de ocorrência de medida cautelar e de participação de *amicus curiae*.

No presente momento, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) será analisada. Cuida-se de mais uma ação do controle abstrato que, em que pese possuir regulamentação própria (Lei nº 9.882/99), aplicam-se, de maneira analógica, as regras atinentes às ações diretas previstas na Lei nº 9.868/99. Possui a ADPF parâmetro mais restrito, haja vista que tutela somente direitos fundamentais, expressão que alcança, segundo José Afonso da Silva (2014, p. 562) "aquelas prescrições que dão o sentido básico do regime

[7] Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 19 Jul 2018.
[8] *Amicus curiae* ou amigo da corte é um terceiro, que não os litigantes, com "profundo interesse em uma questão jurídica levada à discussão junto ao Poder Judiciário". Disponível em: https://jus.com.br/artigos/7739/amicus-curiae. Acesso em: 20 Jul 2018.

constitucional, como são, por exemplo, as que apontam para a autonomia dos Estados, do Distrito Federal e especialmente as de designativas de direitos fundamentais". Nesse sentir, não há como negar o título de direitos fundamentais aos princípios constitucionais sensíveis, às cláusulas pétreas, o direito à saúde e ao meio ambiente (estes dois últimos firmados através da ADPF 101-DF, relatada pela Ministra Carmen Lúcia).

Nos termos do artigo 4º, §1º, da Lei nº 9.882/99, sobre a ADPF recai o princípio da subsidiariedade: seu manejo é supletivo, tendo vez somente diante da inexistência de outro meio (leia-se, de outra ação do controle concentrado) apto a sanar a lesividade. O estudo de tal princípio leva a determinações que envolvem o objeto possível da ADPF, sendo ele: direito pré-constitucional, direito municipal em face da Constituição Federal e direito pós constitucional já revogado.

Alisadas as três ações, parte-se agora para o estudo da ADO ou ADIn por omissão, foco principal deste artigo científico. Após, será observado e interpretado um julgamento específico e polêmico deste tipo de ação.

3 A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDE POR OMISSÃO

Inspirado pelo direito português[9], a ADO foi implementada pelo direito brasileiro pela Constituição de 1988, em seu artigo 102, §2º, sendo destinada a combater a omissão legislativa. Se, por um lado, a verificação de constitucionalidade por ação tem vez para examinar leis ou atos normativos existentes, a verificação de incompatibilidade por omissão se faz presente para analisar normas constitucionais pendentes de regulamentação, denominadas normas de eficácia limitada. É exatamente tal ausência de complemento normativo que leva à omissão inconstitucional.

As normas constitucionais de eficácia limitada são fracionadas em dois grandes grupos: as de princípio programático e as de princípio institutivo. José Afonso da Silva (2014, p. 135) define as primeiras onde o constituinte, "em vez de regular [...] imediatamente determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos [...] visando à realização do fim social do Estado".

Já as de princípio institutivo são elucidadas pelo mesmo autor como aquelas onde o legislador igualmente limita-se a traçar esquemas gerais sobre o assunto, "[...] incumbindo ao legislador ordinário a complementação de que foi iniciado, segundo a forma, os critérios [...] presentes na mesma norma [...]". Para o estudo da ADO, a preocupação recai sobre as normas de eficácia limitada de princípio institutivo, que geram para o Poder Público um dever de legislar. Esse

[9] O conteúdo é encontrado no artigo 283 da Constituição da República portuguesa (CRP), onde o Tribunal Constitucional "aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais". Ainda, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo lusitano, a falta de regulamentação normativa do Estado impõe a este o dever de indenizar, conforme interpretação direta do artigo 22 da CRP: "o Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem".

non facere, objeto da ADO, trará como resultado uma inconstitucionalidade que pode ser total, quando nenhuma providência é adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público[10]. Como exemplo desse tipo de norma constitucional, cite-se o artigo 37, VII, onde "o direito de greve será exercido nos termos e nos limites estabelecidos por lei específica". Aqui, verifica-se que tal direito assegurado não poderá ser amplamente exercido até que uma legislação infraconstitucional amplie seu alcance.

Ainda sobre o objeto desta ação, evidencia-se que se no curso da ADO a lei regulamentadora for elaborada, a ação do controle concentrado será extinta sem julgamento de mérito por ausência de objeto, dado que a omissão não mais se faz presente. De outra banda, a ADO será necessária mesmo se o projeto de lei estiver sendo discutido no Congresso Nacional. [11]

Sobre seus efeitos, verificada a omissão, conforme dispõe o artigo 103, §2º, da Constituição Federal, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. Quanto à comunicação feita ao Poder Legislativo, Martins (2018, p. 725) reflete que inexiste possibilidade "[...] de fixação de prazo para legislar, muito menos prevê a possibilidade de sanções caso a omissão persista". Tal entendimento ocorre devido ao princípio da separação dos poderes (artigo 60, §4º, III, da Constituição Federal), princípio que nos é muito valioso e que impede que o Poder Judicante atue como legislador positivo.

Por esse motivo, em suas recentes expressões, o Supremo Tribunal Federal parece ter adotado o remédio constitucional denominado Mandado de Injunção para sanar o problema da omissão inconstitucional. Tal posicionamento pode ser explicado devido ao fato de a Lei nº 13.300/16, que regulamenta tal tema, prever efeitos menos tímidos do que os da ADO. Segundo o artigo 8º da citada legislação, o Judiciário determinará prazo razoável para que o impetrado promova a edição de norma regulamentadora e, descumprindo tal prazo, poderá estabelecer as condições em que se dará o exercício desse direito. Desta forma, adotou-se a denominada posição concretista intermediária, onde, além de se reconhecer a mora, a Corte fixa prazo para o Legislativo agir.

No presente momento, faz-se necessário distinguir tal teoria das demais que a antecederam. Até o ano de 2007, o Supremo Tribunal Federal adotava a posição não concretista, onde a decisão do Judiciário era apenas declaratória no sentido da omissão, não fixando prazo algum. Logo, eram poucos os efeitos práticos.

A teoria concretista individual[12] foi firmada quando a Corte abordou o art. 40, §4º, da CF, que trata da aposentadoria especial do servidor público que trabalha com atividades de risco, como policiais. A Constituição Federal prevê aposentadoria especial, cujos requisitos seriam definidos por Lei Complementar, que não foi editada. Vários servidores ajuizaram Mandados de Injunção individuais. O Supremo decidiu determinar, com efeito *inter partes*, a lei geral da previdência para suprir a falha do legislador enquanto não sobreviesse lei específica.

[10] Cf. ADI 1.458 MC, relatoria do Ministro Celso de Mello.
[11] Cf. ADO 3.682, voto do Ministro Gilmar Mendes.
[12] cf. Mandados de Injunção nº 721 e 758.

A teoria concretista geral[13] foi adotada quando, em 2007, a Corte reuniu três Mandados de Injunção coletivos que tratavam sobre direito de greve de servidor público. Decidiu o Supremo que, enquanto não fosse editada lei regulamentando tal direito de greve, deveria ser aplicada analogicamente a lei de greve de iniciativa privada. É chamada de concretista geral porque os efeitos são *erga omnes*.

Reitera-se que, após edição da Lei 13.300/16, o STF parece ter firmado entendimento central pela teoria concretista intermediária.

E quais seriam, então, as demais diferenças entre a ação do controle concentrado e o citado remédio constitucional? Além dos legitimados ativos (reitera-se que os da ADO encontram-se no artigo 103 da Constituição Federal, conquanto os do Mandado de Injunção estão dispostos no artigo 3º, da Lei nº 13.300/16), a ADO recai em favor de qualquer norma constitucional de eficácia limitada de princípio institutivo, conquanto o remédio constitucional cabe quanto às normas constitucionais definidoras de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Muito embora ambas as ações ataquem a inconstitucionalidade por omissão, combatendo a síndrome da não efetividade das normas constitucionais, as diferenças existentes entre ambas permitem concluir que não se confundem.

A partir de todo arcabouço teórico ventilado até o momento, no tópico seguinte será enfrentada a ADO-25, julgamento emblemático e que significou uma verdadeira reviravolta jurisprudencial da Corte.

4 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 25: ANÁLISE CRÍTICA

Em 30 de Novembro de 2016, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a ADO-25[14], de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, ajuizada pelo Estado do Pará e com a participação de outros quinze Estados. O caso em questão envolvia os repasses de recursos da União para os Estados e o Distrito Federal em decorrência da desoneração das exportações do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) através da Lei Complementar nº 87/96, conhecida como “Lei Kandir”. A solução encontrada para o problema foi a União repassar os recursos de forma a mitigar a perda de arrecadação dos Estados, baseando-se nos termos do artigo 91, do ADCT, Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Uma compensação de valores chegou a ser feita, mas, no ano de 2004, com a edição da Lei Complementar nº 115, tal quantia deixou de ser fixa, forçando o diálogo anual entre os Estados e a União no que tange a essa negociação.

Como se percebe, os antecedentes históricos legislativos eram bastante tímidos, fazendo surgir a necessidade de um complemento normativo que delineasse a situação de modo claro e satisfatório, já que a situação de instabilidade persistia.

Na decisão que ocorreu em Plenário, o Ministro Relator, Gilmar Mendes, através de um voto revolucionário, fixou prazo de doze meses para que o

[13] cf. Mandados de Injunção nº 670, 708 e 712.
[14] Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=25&classe=ADO&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 23 Jul 2018.

Congresso Nacional editasse lei complementar para regularizar a situação. Ainda, caso não fosse criada tal lei dentro do prazo, caberia ao Tribunal de Contas da União (TCU) fixar regras de repasse e calcular as cotas de cada um dos interessados, observando novamente os critérios do artigo 91, do ADCT. O entendimento foi seguido pela Corte, com alguns sopesamentos.

Acompanhando parcialmente o relator, a ministra Carmen Lúcia ressaltou que a demarcação temporal para que o Poder Legislativo supra a omissão é um passo adiante na natureza recomendatória que se tinha no julgamento das ADOs. Contudo, a Ministra discordou quanto a delegar ao TCU a função de fixar regras, caso a lei não fosse aprovada em doze meses.

No mesmo sentido, o Ministro Marco Aurélio Mello admitiu a letargia legislativa, de aproximadamente treze anos. Todavia, opinou que no que tange à mora, a Constituição Federal não autoriza a Corte a estabelecer prazos para sua atuação.

A partir da interpretação desse julgado, é possível de se perceber que a técnica do Mandado de Injunção está sendo utilizada no que tange à vinculação à teoria concretista intermediária. Todavia, questiona-se: teria o TCU competência para definir os parâmetros de repasse nesse caso concreto?

Em que pese ser denominado “Tribunal”, o TCU não integra a estrutura do Poder Judiciário. Conforme dispositivo do artigo 71, da Constituição Federal, é possível perceber que tal órgão auxilia o Congresso Nacional no que tange ao controle externo. Já o art. 161, parágrafo único, da Constituição Federal, confere ao Tribunal de Contas da União o papel de calcular as quotas atinentes aos fundos de participação dos Estados e Municípios. No mesmo sentido, a Lei orgânica do TCU, nº 8.443/92, em seu artigo 1º, VI. Nesse sentir, o Ministro Relator Gilmar Mendes afirmou em seu voto que:

> Da mesma forma, também é este [TCU] o órgão eleito pelo legislador para o cálculo da participação de cada estado ou do Distrito Federal na repartição da receita tributária a que se refere o art. 159, II, da Constituição Federal (IPI-Exportação). Por todas essas razões, vejo que é este o órgão mais habilitado, do ponto de vista técnico e institucional, a cumprir o encargo que ora se define.

No presente estudo, acredita-se que, em verdade, a opção pelo TCU como alternativa à manutenção da mora do Poder Legislativo não se trata de ativismo judicial, mas sim de uma interlocução entre os Poderes, no sentido de dar efetividade à decisão. Nas palavras de Luís Roberto Barroso (2010, p. 19), sob uma perspectiva garantista, o ativismo pode significar um passo no desenvolvimento dos Direitos Fundamentais no Brasil, dado que “o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer em nome dos Direitos Fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face de outros poderes”. Dessa forma, o Poder Judicante pensou numa solução para enfrentar situação que se desgastava há, reitera-se, aproximadamente treze anos.

Ainda, há que se sopesar que a separação dos poderes não é um valor absoluto. No presente caso da ADO-25, o Judiciário não atuou como legislador positivo, tão somente fixou prazo para sanar a omissão inconstitucional, bem como dispôs que caberia a um órgão externo definir os parâmetros de repasse, numa tentativa de sanar a crise do federalismo fiscal brasileiro. Sendo assim, a atuação do TCU é meramente excepcional e precária.

Ainda, a prática utilizada pelo Supremo Tribunal Federal mostra-se como uma indispensabilidade institucional. Ora, se o Poder Legislativo não atua como deveria, o Poder Judicante mostra-se como indispensável na efetivação do direito.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, conclui-se que a ADO, ação do controle concentrado de constitucionalidade, tem vez para sanar a síndrome da não efetividade das normas constitucionais. Além de versar sobre o mesmo problema, qual seja, o vácuo normativo, não há confusão entre tal ação e o remédio constitucional denominado Mandado de Injunção. Este possui resultados mais efetivos, decorrentes da posição concretista intermediária adotada pelo Supremo Tribunal Federal a partir da edição da Lei nº 13.300/16.

Tal efetividade parece ter adentrado à Corte quando do julgamento em Plenário da ADO-25[15], explanada anteriormente. A partir dela, a alta cúpula do Poder Judiciário decidiu estabelecer prazo para o poder competente atuar e, mais que isso, fixou alternativa caso essa atuação não ocorra. Através dessa alteração paradigmática, o Supremo parece adotar a teoria concretista intermediária, característica até então presente somente no Mandado de Injunção.

Reitera-se que tal posicionamento não interfere no princípio da separação dos poderes, bem como não significa um posicionamento ativista. Pelo contrário, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal mostra-se necessário para combater a mora legislativa, a fim de evitar que a própria sociedade venha a sofrer irreversíveis danos.

Ora, se todo o poder emana do povo, não parece lógico que o próprio povo venha a sofrer consequências devido à falta de regulamentação de uma norma de eficácia limitada, cenário que se arrastava por um período, reitera-se, desgastante e muito longo.

Desta forma, a atuação da Corte no emblemático caso envolvendo a ADO-25 se desenvolve no sentido de, além de aproximar os efeitos de tal ação com o Mandado de Injunção, sugerir uma nova era, ressignificando o conteúdo da omissão inconstitucional e conferindo efeitos práticos a uma ação que, até então, estava em desuso.

6 REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES Júnior, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. – Verbatin: São Paulo, 2016.

[15] Até a finalização deste artigo científico, uma comissão mista especial aprovou em 15/05/2018 "relatório com minuta de projeto de lei complementar que define os critérios a serem adotados pela União no repasse de compensação aos estados pela não incidência do ICMS sobre a exportação de produtos primários. O texto será apensado a projeto similar elaborado por comissão especial da Câmara. As proposições precisam ainda ser votadas nos Plenários das duas Casas legislativas". Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/05/15/comissao-fixa-em-r-39-bi-a-compensacao-anual-a-estados-por-prejuizos-da-lei-kandir. Acesso em: 24 Jul 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Direito constitucional**. – 16. ed. – São Paulo: Atlas, 2004. São Paulo: Saraiva, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993

CLEVE, Clemerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

KELSEN, HANS. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder. **Tratado de direito constitucional** – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

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

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEI DE MIGRAÇÃO: DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS INCOERENCIAS DA NORMA REGULAMENTADORA

Camila Bertelli Kodric[1]
Luciene Dal Ri[2]

1 INTRODUÇÃO

A migração é um fenômeno recorrente na história configurando-se, como elemento qualificador, o deslocamento de pessoas de um lugar para outro. Segundo o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR)[3] (2010), os migrantes são todas as pessoas que deixam seus países de origem com o objetivo de se estabelecer em outro, de forma temporal ou permanente. Os migrantes têm, em geral, motivações sociais e econômicas, pois fogem da pobreza ou do desemprego e buscam melhores condições de vida, como melhor acesso a trabalho, saúde e educação.

O direito internacional entra com o foco na proteção e ampliação dos direitos dos migrantes, visando garantir que sua vida, dignidade e livre-arbítrio não sejam violados, assim como o direito de livre-circulação.

O grande desafio atualmente está, exatamente em como promover a proteção dos direitos humanos em uma sociedade marcada por conflitos e como garantir que o conteúdo promulgado nas leis, sendo elas nacionais ou internacionais, sejam efetivamente garantidos e cumpridos.

Com esse artigo, objetiva-se demonstrar alguns dos direitos garantidos ao migrante, assim como equivalência das legislações nacionais quando versam sobre direito internacional em ordem hierárquica baseando-se na Emenda Constitucional 45/2004. Para tanto, foi utilizado o método de pesquisa bibliográfica, legislação, livros e artigos acerca do tema.

O presente artigo será divido em: uma breve explicação sobre a direitos fundamentais juntamente com o conceito de constitucionalismo. Em seguida, serão apresentados o direito internacional no âmbito das migrações, assim como serão trazidos alguns dos direitos concretizados por eles e por fim, uma breve analise da lei de migração juntamente com o decreto que a regulamenta, visando averiguar se o decreto está de acordo com o previsto na lei de migração tal como o controle hierárquico baseado em Kelsen.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são resultado de um movimento de constitucionalização iniciado no século XVIII , incorporado a legislação e

[1] E-mail: camila.kodric@catolicasc.org.br. Currículo *Lattes*: http://lattes.cnpq.br/5296604699302690
[2] E-mail: e-mail: lucienedalri@yahoo.com.br. Currículo *Lattes*: http://lattes.cnpq.br/8279143644831303
[3] ACNUR**. Direitos e deveres dos solicitantes de refúgio no Brasil.** Brasil, 2010.

reconhecido internacionalmente a partir da Declaração de Direitos Humanos em 1948.

Segundo Canotilho (2003, p. 51 e 245-246), constitucionalismo é a teoria que ergue o princípio do governo limitado indispensável a garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político social de uma comunidade. Para ele, a lei constitucional não é apenas uma simples lei incluída no sistema, trata-se de uma verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de supremacia. O doutrinador português baseia-se na teoria de Kelsen (1998, p. 388), sobre a hierarquização do ordenamento jurídico, em que a relação entre um escalão superior e um escalão inferior da ordem jurídica, é uma relação de determinação ou vinculação: a norma do escalão superior regula o ato através do qual é produzida a norma do escalão inferior, ou o ato de execução.

Com base na doutrina de Kelsen (1998, p. 388), a relação entre um escalão superior e um escalão inferior da ordem jurídica, é uma relação de determinação ou vinculação: a norma do escalão superior regula o ato através do qual é produzida a norma do escalão inferior, ou o ato de execução.

A Constituição de 1988 trouxe a aplicação desse princípio de Kelsen, onde a norma de escalão superior regula e explicita o que as normas de escalão inferior podem legislar. Para exemplificar essa realidade no tocante a legislação Brasileira, a norma constitucional é a norma de escalão superior, que regula e institui os métodos que deverão ser utilizados na norma inferior, na qual as demais leis devem se basear.

Abreu (2006) argumenta que para tornar mais efetivo a proteção judicial dos direitos individuais e coletivos, a Constituição Federal positivou e institucionalizou a legislação ordinária no tocante aos direitos fundamentais, uma vez que o direito é influenciado direta e constantemente pelos preceitos constitucionais. Com viés voltado para a proteção de garantias individuais e aos direitos fundamentais, o princípio da dignidade da pessoa humana presente na lei maior é a maior aspiração que o atual Estado de direito visa proteger.

Abreu (2006) defende também que os direitos são os privilégios concedidos aos individuais e as garantias são os preceitos que viabilizam tais direitos. Portanto, positiva-los na legislação maior é de suma importância para demonstrar a validade dos direitos fundamentais e sua aplicabilidade seja no direito interno ou internacional.

A positivação dos direitos fundamentais significa incorpora-los a ordem jurídica positiva dos direitos considerados naturais e inalienáveis do indivíduo, ou seja, dar a dimensão de *Fundamental Rights* nas normas constitucionais (CANOTILHO, 2003, p. 377).

Conforme afirma Mendes e Branco (2012), os direitos fundamentais são absolutos pois se situam no patamar máximo de hierarquia jurídica e por não tolerarem qualquer restrição ou diminuição.

Nesse sentido, Bulos (2001) também traduz esse conceito:

> Por isso é que eles são, além de fundamentais, inatos, absolutos, invioláveis, intransferíveis, irrenunciáveis e imprescritíveis, porque participam de um contexto histórico, perfeitamente delimitado. Não surgiram à margem da história, porém, em decorrência dela, ou melhor, em decorrência dos reclamos da igualdade, fraternidade e liberdade entre os homens. Homens não no sentido de sexo masculino, mas no sentido de pessoas humanas. Os direitos fundamentais do homem, nascem, morrem e extinguem-se. Não são obra da natureza, mas das

necessidades humanas, ampliando-se ou limitando-se a depender do influxo do fato social cambiante.

A Constituição de 1988 foi publicada sob a visão de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundamentada na dignidade humana, que dentre os objetivos, está: promover o bem de todos sem preconceitos de origem raça, sexo, cor, idade, ou quaisquer outras formas de discriminação.

A proteção aos direitos fundamentais está sendo ampliada tanto no âmbito interno como no âmbito externo. Com a promulgação da CF/88 e a emenda 45º, os tratados e convenções internacionais que versassem sobre direitos humanos, desde que aprovados por três quintos dos votos em dois turnos em cada casa do Congresso, seriam equivalentes a emendas constitucionais. Com esse reconhecimento dos direitos fundamentais, pode-se perceber que o Estado está vinculado diretamente a proteção do homem, não no sentido masculino da palavra, mas sim no tocante a sociedade como um todo.

Direito Internacional e Migrações

A proteção dos direitos dos migrantes é um sistema internacional de proteção que conta com mecanismos globais, regionais e do direito interno dos Estados. Tais mecanismos atuam de maneira conjunta e complementar visando amenizar as violações dos seres humanos que se encontrem nessa condição.

De acordo com a ACNUR (2012), o posicionamento internacional do país nos últimos anos também tem demonstrado uma maior maturidade da sua política de direitos humanos. Dá-se, então, uma combinação entre a conhecida hospitalidade brasileira, a tradicional política pacífica do país e a adequação destas aos tempos atuais de globalização. O comportamento jurídico do país aponta uma sensibilidade no tocante aos direitos humanos, inclusive aos migrantes, refugiados e apátridas.

O avanço das relações entre Estados soberanos e a ampliação dos problemas populacionais e de criminalidade afirmam a necessidade de cooperação internacional no combate ao crime, tornando-se inaceitável a proteção do Estado a criminosos comuns estrangeiros, explica Barreto (2010).

O sistema internacional de migrações é composto por acordos e tratados que dispõem sobre a livre circulação de pessoas, ao asilo, a não discriminação, ao direito de ter uma nacionalidade, o racismo, dentre outros.

Dos direitos juridicamente previstos aos migrantes, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) evidencia que:

> Art.13 1.Toda a pessoa tem o direito de livremente circular e escolher a sua residência no interior de um Estado. 2.Toda a pessoa tem o direito de abandonar o país em que se encontra, incluindo o seu, e o direito de regressar ao seu país."
> "Art.14 1.Toda a pessoa sujeita a perseguição tem o direito de procurar e de beneficiar de asilo em outros países. 2.Este direito não pode, porém, ser invocado no caso de processo realmente existente por crime de direito comum ou por atividades contrárias aos fins e aos princípios das Nações Unidas.

Assim como a Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Conexa expõe:

> 1. Reconhecemos que racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata ocorrem com base na raça, cor, descendência, origem nacional ou étnica e que as vítimas podem sofrer múltiplas ou agravadas formas de discriminação calcadas em outros aspectos correlatos como sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outro tipo, origem social, propriedade, nascimento e outros.

A proteção ao migrante tem se tornado tema das mais amplas reuniões internacionais, visto que o atual contexto em que o mundo se encontra assim como o grande fluxo migratório seja ele para fugir da fome ou da guerra aumenta, a legislação a favor desses seres humanos deve caminhar em consonância para protege-los e dar maior segurança jurídica.

2.2 INCOERÊNCIAS DA NORMA COM O DECRETO REGULAMENTADOR

A lei de migração (Lei nº13.445/17)[4] sancionada em maio de 2017, revogou expressamente o Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6815/80)[5], sendo que este foi concebido numa época de ditadura militar onde a proteção da segurança nacional era o principal foco da legislação vigente à época. Com a queda do regime militar e a construção de uma Constituição com os ideais libertários e igualitários, o Estatuto começou a ficar defasado por ser incoerente com o texto constitucional.

Com o aumento do fluxo migratório e a falta de inclusão do estrangeiro visando a garantia dos direitos humanos declarados na Constituição/88, tornou-se necessário criar uma nova lei que viesse a sanar essas lacunas, suprir os interesses dos migrantes e que caminhasse de acordo com a lei nacional e internacional vigente no país. Por conta dessas necessidades, criou-se a lei de migração que reformulou completamente a visão que se tinha do estrangeiro. Sob essa perspectiva, abandona-se a figura do estrangeiro (indesejável) e promove a figura do migrante, um ser humano com direitos e garantias inalienáveis.

A lei de migração trouxe como principal ponto de inovação o foco no tema migração considerando o imigrante e emigrante com base na dignidade da pessoa humana e do desenvolvimento econômico e social, em consonância com as diretrizes de proteção internacional de direitos humanos e direitos dos migrantes e os princípios constitucionais trazidos com a CF/88. Para materializar esse conceito, o art. 3 da referida lei ressalta que a política migratória brasileira deverá ser regida com base nos princípios de universalidade, indivisibilidade e interdependência assim como o repúdio a todo e qualquer forma de racismo.

> Art. 3º. A política migratória brasileira rege-se pelos seguintes princípios e diretrizes: I - universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos; II - repúdio e prevenção à xenofobia, ao racismo e a quaisquer formas de discriminação; III - não criminalização da migração;

[4] Planalto. **LEI DE MIGRAÇÃO**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm
[5] Planalto. **ESTATUTO DO ESTRANGEIRO**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6815.htm

No entanto, a lei de migração trouxe em seu art. 120 que o poder executivo poderá realizar, por meio de atos executivos, traçar objetivos, estratégias para a política nacional de migrações, assim como planos e instrumentos para a efetivação dos objetivos da lei. Para tanto foi firmado o Decreto 9.199/2017[6] que visivelmente não reflete os interesses e princípios que baseiam a lei de migração, pois com o decreto, notou-se uma tendência a burocratização do poder executivo, e a discricionariedade no uso de conceitos vagos e amplos[7].

Dentre muitas das incoerências presentes no decreto, eis que o decreto abriu a possibilidade de prisão para migrantes em situação irregular por solicitação da Polícia Federal (Art. 211 que dispõe: " O delegado da Polícia Federal poderá representar perante o juízo federal pela prisão ou por outra medida cautelar, observado o disposto no Título IX do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal), sendo medida totalmente contrária ao que diz o artigo 123 da própria Lei de Migração onde: "Ninguém será privado de sua liberdade por razões migratórias, exceto nos casos previstos nesta Lei."

Verifica-se, pois, a regulamentação presente em uma norma inferior ser mais "cruel" que o disposto em lei maior, o que resulta em subversão da ordem hierárquica constitucional vigente no país.

As discricionariedades presentes na Lei de Migração juntamente com as incoerências trazidas pelo Decreto 9.199/17 representam uma incerteza jurídica assim como dificultam a aplicação e efetivação dos direitos previstos em lei aos estrangeiros recém-chegados ao Brasil.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As normas que tangem os direitos fundamentais, analisada no viés de regras e princípios, quando incorporadas no ordenamento jurídico, concretizam os direitos inalienados do indivíduo, que não toleram nenhuma restrição ou diminuição.

Por constitucionalismo em sentido lato, temos um regime político onde o poder executivo é limitado por uma constituição, interpretando e sistematizando os princípios e normas fundamentais do Estado.

Com a vinda da Constituição de 1988 e a Emenda Constitucional 45/04, ampliou-se o rol de direitos fundamentais ao aceitar incluir, mediante aprovação no Congresso, as normas presentes nos tratados internacionais sobre direitos humanos e direitos fundamentais básicos.

As leis internacionais, como um todo, que versam sobre direitos humanos são instituídas para garantir os direitos mais básicos como a vida, igualdade e a liberdade individual. Garantir a dignidade da pessoa humana nos tempos atuais são essenciais para o ser humano ter o mínimo necessário de uma vida digna.

---

6 Planalto. **Decreto 9199/17**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9199.htm

7 Ver artigo *produzido por André de Carvalho Ramos, Aurelio Rios, Clèmerson Clève, Deisy Ventura, João Guilherme Granja, José Luis Bolzan de Morais, Paulo Abrão Pires Jr., Pedro B. de Abreu Dallari, Rossana Rocha Reis, Tarciso Dal Maso Jardim e Vanessa Berner.* OPINIÃO **Regulamento da nova Lei de Migração é contra *legem* e *praeter legem.*** *Disponível em* https://www.conjur.com.br/2017-nov-23/opiniao-regulamento-lei-migracao-praetem-legem. Acesso em 06/07/2018.

Com a aprovação da Lei nº 13.445/2017 (Lei de Migração) legitimou-se o que já vem sendo discutido no âmbito internacional quando se trata de direitos humanos, desde meados da Segunda Guerra Mundial.

A lei reforçou a ideia que o migrante é digno de direitos e garantias fundamentais como direito a vida, a liberdade, a saúde, a educação, a trabalho dentre outros. Assim como também modificou a política migratória brasileira para um viés com base nos princípios universalidade, indivisibilidade e interdependência.

Contudo, a lei de migração trouxe a previsão que o poder executivo poderia realizar, por meio de atos executivos, planos e instrumentos para a efetivação dos objetivos da lei. Para tal fim, foi aprovado o Decreto lei 9.1999/2017. Verifica-se que com o decreto, a incoerência entre a norma e o decreto, pois a lei trouxe uma perspectiva de aplicação e efetivação dos direitos, em contrapartida, o decreto dificultou esse panorama para os recém-chegados ao Brasil.

4 REFERENCIAS

ABREU, Neide Maria Carvalho. **Os direitos fundamentais na constituição federal de 1988.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/055.pdf>. Acesso em: 03/07/2018.

ACNUR**. Lei 9474/97 e Coletânea de Instrumentos de Proteção Internacional de Refugiados e Apátridas**. 4ª ed. Brasília. 2012.

ACNUR. **Refúgio no Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas** / BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira, organizador. 1. ed. Brasília.2010.

ACNUR**. Direitos e deveres dos solicitantes de refúgio no Brasil.** Brasil, 2010.

BULUS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 2ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

CANOTIHO, J.J.Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7ª ed. Pág. 51 e págs. 245-246 Almedina. 2003.

FERRI, Carlos Alberto. **Direitos Humanos Fundamentais**. Jundiaí, Paco Editorial. 2015.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Pág 388. 6ª ed. - São Paulo : Martins Fontes, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL**. 7ª ed. pág.162. São Paulo, Saraiva. 2012.

Planalto. **Decreto 9199/17**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9199.htm>. Acesso em: 15/07/2018

Planalto. **ESTATUTO DO ESTRANGEIRO**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6815.htm>. Acesso em: 15/07/2018.

Planalto. **LEI DE MIGRAÇÃO**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm>. Acesso em: 15/07/2018.

RAMOS, André de Carvalho. VENTURA, Deisy. **Regulamento da nova Lei de Migração é contra legem *e* praeter legem.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-nov-23/opiniao-regulamento-lei-migracao-praetem-legem>. Acesso em 06/07/2018.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO DO EMPREGADO NAS REDES SOCIAIS

Tássia Regina Lara Fettback[1]

1 INTRODUÇÃO

A falta de dispositivos legais no ordenamento jurídico brasileiro sobre a liberdade de expressão dos empregados que versem nas relações de trabalho, sobretudo a manifestação de pensamentos nas redes virtuais e suas consequências no âmbito laboral foram os principais propulsores para a complexa discussão enfrentada sobre o tema em questão.

A inconstante aceleração dos costumes e dos hábitos, no processo da comunicação encontra-se em eterna modificação e desenvolvimento. A era da informática, da *internet* e das redes sociais influenciam e incorporam à vida de milhões de pessoas mundialmente, trazendo inúmeros benefícios, facilidades, trânsito de acessos e compartilhamentos de informações. A liberdade de expressão no direito de trabalho e os seus reflexos no contrato de trabalho por meio das redes sociais trouxeram para a modernidade, contudo, o crescimento demasiado gerando instabilidades em diversos âmbitos, certa vulnerabilidade, e colisões com os diversos interesses dos direitos fundamentais, como a liberdade de expressão, e o direito do trabalho, em relação à preservação do direto à imagem e à honra, bem como, o poder diretivo do empregador, direito da privacidade e direito de intimidade. Tal velocidade propiciaram diversos impactos e estão afetando diretamente a área jurídica, então, observa-se diante desses avanços o frequente descompasso entre a ordem jurídica e as transformações sociais, principalmente no que tange as normas; os progressos na área da comunicação e na área social, na maioria das vezes não acompanham a legislação ocasionando a ausência de normativos que verse sobre determinados assunto. Neste caso, a liberdade nas relações de trabalho, apresentando-se apenas um tratamento assimétrico adotado pelos Tribunais, normalmente benéfico à imagem e à honra do empregador.

Dessa forma, a estrutura do presente artigo visa analisar o uso das redes sociais para o exercício da liberdade de expressão e a sua repercussão com outros direitos tutelados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88. Sendo, necessário compreender essas relações nas diversas áreas da ciência jurídicas pluralista, voltadas especificamente ao direito trabalhista correlacionando de forma axiológica com os direitos fundamentais e as demais áreas do direito de forma subsidiária; tais abordagens foram desenvolvidas no decorrer deste artigo, tendo como caracterização básica de metodologia de pesquisa científica utilizada o método indutivo. Assim, partindo da premissa que para existir um Estado Democrático é indispensável à interpretação constitucional; a conexão entre a liberdade de expressão, o Estado Democrático de Direito e a dignidade da pessoa humana, denota-se cautela para se desenvolver um raciocínio que não demonstre a democracia como forma de suprir conflitos, mas sim, como fonte de emersão das divergências e respeito constitucional.

[1] E-mail: tassia.fettback@catolicasc.org.br. Currículo *Lattes*: http://lattes.cnpq.br/0715555186187427

2 *INTERNET* X REDES SOCIAIS

É imensurável como a comunicação influencia diretamente o cotidiano e a vida das pessoas, em suas diversas formas, positivas ou negativamente. Em especial os avanços tecnológicos relacionados à informática, tornou o uso da *internet* uma ferramenta quase indispensável na atualidade.

Tais avanços são tão céleres que ao referenciar alguns meios de comunicação esses soam muitas vezes de modo arcaicos e quase fantasiosos, principalmente ao relatar o início da comunicação dos homens por meio de gestos e balbuciações, posteriormente por meio de registros relacionados aos desenhos encontrados em cavernas, grutas, paredes de pedras, entre outros, designadas de artes rupestres que retratavam o cotidiano dos primórdios daquela época, até chegar à comunicação verbal, onde a comunicação oral retrata e transmite os conhecimentos e as tradições até avançarmos à comunicação escrita. Observa-se que independentemente do período histórico, as tecnologias de informação e comunicação em toda época tem como objetivo desenvolver técnicas que facilitem a vida em sociedade. É notório que tais mudanças surgiram e foram motivas conforme a necessidade do indivíduo.

Com a origem da *internet* na década de 90, a comunicação entre as pessoas tornou-se mais fácil. Nessa linha de raciocínio os autores Del Re Filippo e Sztajnberg (1996, p. 3) ousam em comentar que esta nova forma de comunicação veio para complementar e até mesmo substituir outros mecanismos tradicionais, tais como correspondências físicas (cartas), telefonia, secretárias eletrônicas, entre outros, pois possibilitam ao usuário novos serviços de informação, com custo baixo, sendo que muitas vezes o valor cobrado é exclusivamente o custo do próprio acesso à rede. Dessa forma, os autores acima referenciados (1996, p. 3) observam como o Brasil vem reagindo mediante essa nova tecnologia: “[...] testemunhado pela frequência com que aparecem naturalmente na imprensa escrita e televisionada e até na embalagem de produtos endereços de correio eletrônico ou da World-Wide Web (WWW).”

Assim, a tecnologia da informação é considerada um paraíso de informações, o seu rápido crescimento, aliado ao fato dessa ferramenta oferecer uma comunicação rápida e propulsora, conectam e facilitam ainda mais pessoas a troca de ideias. Essa conexão, logo gerou um aprimoramento desta tecnologia da informação, possibilitando socialmente o acoplamento das pessoas, por meio das redes sociais. Sobre essa estrutura Adami (2016, p. 1) descreve:

> Rede Social é uma estrutura que inter-relaciona empresas ou pessoas, que estão conectadas pelas mais diversas relações. Cada qual se relaciona de acordo com as suas preferências e particularidades. Trata-se de uma ligação social e conexão entre pessoas.

Em regra, a rede social é constituída por indivíduos ou até mesmo organizações, vinculados em rede virtual por um ou vários tipos de relações, que compartilham informações, ideias, valores e objetivos comuns. O autor Gabardo (2015, p. 17) em particular vem acompanhando o considerável crescimento das redes sociais principalmente após a adoção dos novos meios e dispositivos móveis conectados à *internet*. E nesse aspecto, Gabardo (2015, p. 17) indica que:

> Em 2015, a soma de usuários das redes sociais deve ultrapassar os dois bilhões, o que corresponde a quase um terço da população mundial. Muitas empresas descobriram o grande apelo comercial que existe na força das redes sociais, anunciando produtos e serviços e desenvolvendo campanhas de marketing e propaganda online.

Logo, tal informação vem reafirmar que a *internet* até hoje está realizando transformações importantes e profundas em vários âmbitos do cotidiano humano, seja como uma ferramenta de lazer, por meio da manifestação de pensamentos, compartilhamento de ideias ou exposições pessoais, bem como, nas relações de trabalho, inclusive como fim comercial. Tais mudanças consequentemente abrangeram vários âmbitos do direito, em suas diversas áreas, sejam essas conexas a constitucional, administrativa, civil, penal, tributária, ou trabalhista, entre outras, afinal a *internet* é uma ferramenta que possibilita as pessoas interagirem em seus diversos meios como é o caso das redes sociais.

Conforme dados disponíveis na *internet* por uma empresa americana denominada como "*The Social Media Hat*" que busca fornecer aos empresários e a demais pessoas interessadas, notícias e informações sobre mídia social; *Blogging,* aspectos relacionados a *blog; Marketing* na *Internet; Search Engine Optimization* – SEO, trata-se de uma ferramenta de otimização de uma página, entre outros meios tecnológicos, com o intuito de ajudar a promover e a expandir os negócios dos seus potencias clientes, por meio de acompanhamento de tendências e informações virtuais. Dessa forma, essa empresa mantêm os dados atualizados e o número mensal de usuários ativos no mundo nas principais redes sociais, sendo possível extrair e laborar um quadro com informações atualizadas em 21 de junho de 2016, conforme dados disponíveis no *site* dessa empresa de mídia social, sendo possível elaborar o seguinte quadro com as informações disponibilizadas.

Quadro 1 – Número de usuários aproximado das principais redes sociais entre 2013-2016

Rede social	Número de usuários	Data da informação	Serviço criado em
Facebook	1,65 bilhão	Março/2016	Fevereiro/2004
YouTube	1 bilhão	Março/2013	Maio/2005
Google+	540 milhões	Outubro/2013	Junho/2011
Instagram	500 milhões	Junho/2016	Outubro/2010
Twitter	310 milhões	Junho/2016	Março/2006
Vine	200 milhões	Setembro/2015	Janeiro/2013
LinkedIn	106 milhões	Abril/2016	Maio/2003
Pinterest	100 milhões	Setembro/2015	Março/2010

Fonte: https://www.thesocialmediahat.com/active-users, 2016. (tradução da autora)

Dentro desse panorama, observa-se o que a informatização e a globalização contribuíram para a expansão de adeptos para essa conexão de pessoas, bem como, a crescente criação e uso dessas ferramentas sociais, afinal essas já representam mais de um terço da população mundial de usuários, comparado com as expectativas previstas no ano de 2015, ou seja, superando as expectativas de um ano atrás. Todavia, pode-se certificar que o dinamismo digital, já representa um endosso de aceitação social cada vez mais considerável, especialmente se ponderar o crescente número de usuários e a disseminação das principais redes sociais pesquisadas. É importante ressaltar

que para muitos autores, em especial para Gabardo (2015, p. 21), considera redes sociais outros meios, expondo:

> Redes sociais podem se formar implicitamente, como por exemplo, em redes de telecomunicações em que exista troca de mensagens SMS ou de voz, por meio de cartas e cartões enviados por correio postal ou, ainda, por meio de sistemas de mensagens espontâneas, como WhatsApp, Skype, Messenger etc.

A ideia, portanto, é não restringir o conceito sobre redes sociais somente àquelas formadas por meio da *internet*, pois isso significaria uma limitação. As redes sociais podem ser mapeadas mesmo sem *softwares*, mas isso significa a remoção da subjetividade em relação a dados estatísticos. Em suma, o que se pretende ratificar e esclarecer que essa integração entre as pessoas reflete em um número muito maior de usuários nas redes sociais, afinal cada vez mais são criadas ferramentas para se comunicar, expressar e interagir. A necessidade de se expressar e de se relacionar com os demais indivíduos, desde primórdios dos tempos, é indiscutível, ou seja, sua necessidade de interagir e de expressar sempre existiram, contudo, com o passar dos anos essas ferramentas e esses meios foram se delineando de formas e aspectos diferentes desde seu aparecimento.

Outrossim, as redes sociais referem-se ao relacionamento entre os indivíduos ou organizações, logo, algumas relações complementam-se ou se entendem, ou ainda, como é o caso das relações de trabalho ou emprego, que possuem uma forma totalmente delimitada e diferente. As novas tecnologias da informação e da comunicação e, em especial a *internet* e consequentemente as redes sociais, diminuíram as distâncias entre as pessoas, propiciaram a ruptura de fronteiras, construindo uma nova acessibilidade para uma sociedade baseada na informação.

Embora essas significativas mudanças sejam o centro de muitas discussões e estudos; as propulsões desses avanços no ambiente digital impactaram diretamente a sociedade, que inclusive sofre com o não acompanhamento de medidas legais. Isso significa dizer que, normalmente um fato surge e, por conseguinte, a legislação vem regulá-lo. Desse modo, os aspectos jurídicos muitas vezes ficam defasados e não acompanham com a devida celeridade da realidade social, prejudicando a eficiência e eficácia, como por exemplo, nas relações trabalhistas.

3 RELAÇÃO DE TRABALHO

Tendo como base histórica que o trabalho é tão antigo quanto o homem e que de forma geral, todo o seu progresso está relacionado à cooperação; observa-se que no primeiro momento, o homem trabalhava a princípio para o seu próprio sustento, assim nota-se que, “as relações que os homens estabelecem em sociedade são eminentemente concretas” conforme Russomano, citado por Unger (2012, p. 67). Nesse sentindo histórico, existe um consenso entre vários autores quanto à formação da relação trabalhista devido ao dinamismo da questão social. Tanto que para as autoras Marques e Abud (2013, p. 3), defendem que o fundamento e a formação histórica do direito

trabalhista advêm das relações sociais, especialmente entre o conflito do capital e do trabalho.

No Brasil, após grande pressão internacional e da real necessidade interna de regulamentar as relações de trabalho, essas mudanças só foram sentidas a partir de 1934, com a implantação da Constituição da República Federativa do Brasil e consequentemente de todas as outras Constituições brasileiras posteriores, inclusive emendadas para inserirem outras normas. Nesse particular, Cramacon (2016, p. 675) trata a evolução histórica no Brasil em relação ao direito do trabalho individual e coletivo a partir da Revolução de 1930, quando se deu o início a Era Vargas, momento em que foram instituídas as políticas de modernização no país, nos aspectos trabalhistas, criando o Ministério do Trabalho e a Lei da Sindicalização.

Assim, Cramacon (2016) destaca que entre 1930-1945, Vargas pretendia ganhar o apoio popular e trouxe grandes avanços na legislação trabalhistas dos quais o maior foi o estabelecimento da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT e a criação do salário mínimo. Dentro do direito, peculiarmente nas relações de trabalho existem restrições que ainda não estão regulamentados, ou, colidem com a atual legislação, ou, ainda se quer foram analisadas, ou, se quer estão inseridas no ordenamento jurídico, ou ainda geram dúvidas sobre a primazia do uso e das limitações nesses vínculos de trabalhos. De fato, o que se verifica é um dinamismo e uma velocidade absurda em relação aos avanços e progressos da sociedade moderna, por meio de novos fatos e/ou ações que motivam situações inovadoras no cotidiano; ocasionando um verdadeiro descompasso no ritmo do progresso das situações jurídicas.

Esse desacerto e essa inércia das situações rotineiras *versus* as normas regulamentadoras, como é o caso do Direito Digital, interferem diariamente várias vertentes; pois, possuem temas incertos e obscuros ou até mesmo não tratados no ordenamento jurídico, como é o caso sobre as delimitações da liberdade de expressão do empregado nas redes sociais.

Acontece que, embora o direito à crítica esteja previsto na Constituição da República Federativa do Brasil vigente, não existe nada explicitamente aplicado para as relações de trabalho de forma específica, atualmente existem duas leis que significam verdadeiros marco civil digital, a Lei nº 12.965/14 que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da *Internet* no Brasil e a Lei nº 13.188/15, que dispõe sobre o direito de resposta ou retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social.

É nesse contexto, que se questiona sobre essa lacuna, até onde se deve prevalecer o direito à honra e à imagem do empregador e até onde o empregado está sujeito a tais restrições? Discutir sobre tais limitações não seria restringir o próprio direito sobra a liberdade? Até onde se deve prevalecer a ponderação dos interesses envolvidos, e até onde está o cerceamento da própria fala do indivíduo? Tentar compreender esses questionamentos inerentes da liberdade expressão e como equilibrar a interpretação do ordenamento jurídico tutelado num Estado Democrático de Direito e voltado às relações laborais são um dos atuais desafios dos operadores do direito.

4 DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO: DO CONCEITO E SUAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

O debate sobre as liberdades possui grande relevância devido aos efeitos em relação ao nível de consistência da democracia de um Estado. Assim, cabe esclarecer que o conceito de liberdade de forma ampla tem diversas opiniões e inúmeras respostas, em suas mais variadas formas inclusive, conforme a sua aplicabilidade em contextos múltiplos. Diante do exposto, o autor Barretto (2009, p. 534) afirma que:

> O conceito de liberdade possui diversas acepções e sua utilização pode assumir inúmeros significados na história [...] entre os quais: autodomínio ausência de coação externa, possibilidade de participação na vida pública, vontade livre, livre-arbítrio e capacidade de autodeterminação.

De forma geral, Barreto (2009) coloca ainda que a liberdade possui diversas acepções e utilidades, podendo assumir inúmeros significados dependendo da época histórica. Isso ocorre devido ao próprio dinamismo e evolução dos seres humanos e os seus ambientes, ou seja, o contexto e a necessidades que estejam inseridos influenciarão no desenvolvimento ou criação de novas fontes do dinamismo. Sendo assim, Descartes (*apud* Japiassú e Marcondes, 1991, p. 163) esclarece que:

> A liberdade consiste unicamente em que, ao afirmar ou negar, realizar ou enviar o que o entendimento nos prescreve, agimos de modo a sentir que, em nenhum momento, qualquer outra força exterior nos constrange.

Para expor tal amplitude a respeito dos tipos de liberdade previstos no atual ordenamento jurídico como direito, observam-se os incisos do art. 5° da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, (BRASIL, 1988): autodeterminação (inc. II); pensamento (inc. IV); religião (incs. VI, VII e VIII); expressão (inc. IX); profissional (inc. XIII); informação (incs. XIV e XXXIII); locomoção (incs. XV, LIV e LXI); reunião (inc. XVI) e associação (incs. XVII, XVIII e XX). Ainda, o art. 220 da mesma da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 traz que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição (...)”. Dentro do descrito acima, é importante advertir o cenário em que a Constituição Federal Brasileira foi homologada, pois os contextos históricos influenciaram na supressão de direitos individuais em que o país se encontrava durante a época da ditatura militar e consequentemente a sua representação na liberdade de expressão.

Em que pese às formas de liberdades previstas e protegidas na Carta Magna, considerando que o assunto em debate se refere à liberdade de expressão, é razoável concluir que a liberdade de crítica possui uma pluralidade de formas, contudo, essa serve como instrumento inclusive para o exercício das demais liberdades, devido à necessidade de troca de ideias e opiniões. Nessa linha de raciocínio, vale ressaltar que existem diversos diplomas internacionais concernentes ao assunto, bem como, trazendo em seu bojo a liberdade de

expressão. De modo que o Decreto n° 592, de 6 de julho de 1992, (BRASIL, 1992), que declarou o país sobre os atos internacionais, em relação ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, em seu art. 19, parágrafo segundo, do diploma recepcionado, prevê que:

> Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.

Bem como, o Decreto n° 678, de 6 de novembro de 1992, (BRASIL, 1992) que promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969, e que foi devidamente ratificada pelo Estado brasileiro, que prevê no seu art. 13, que:

> Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

Em busca do desenvolvimento das suas aptidões, no seu percurso existencial o homem passou por diversas transformações, mas é por meio do direito da liberdade de expressão que este consegue externar seus aspectos da personalidade, da moralidade, da intelectualidade, entre outros. Sousa e Nuno, (*apud* Almeida, 2016, p. 1) destacam que:

> A liberdade de expressão consiste no direito à livre comunicação espiritual, no direito de fazer conhecer aos outros o próprio pensamento (na fórmula do art. 11° da Declaração francesa dos direitos do homem de 1989: a livre comunicação de pensamentos e opiniões). Não se trata de proteger o homem isolado, mas as relações interindividuais (‘divulgar’). Abrange-se todas as expressões que influenciam a formação de opiniões: não só a própria opinião, de caráter mais ou menos crítico, referida ou não a aspectos de verdade, mas também a comunicação de factos (informações).

Além disso, Mello (2015, p. 65) divide a liberdade de expressão em duas dimensões, em subjetiva e em objetiva, sendo:

> Na sua dimensão subjetiva, a liberdade de expressão abrangente a ideia de possibilidade de exteriorização pelo indivíduo de sua opinião, que decorre de uma autonomia de valoração subjetiva e da liberdade do pensamento (art. 5°, inc. IV, da Constituição Federal).
>
> Na dimensão objetiva, por sua vez, tem uma função estrutural e cultural para sociedade, garantindo um pluralismo de ideias, uma diversidade de opiniões, para fins de reflexão e transformação pacífica da sociedade e da própria autonomia subjetiva do indivíduo, tendo uma função estruturante e constitutiva nas sociedades democráticas.

O objetivo de apresentar essas dimensões está justamente em consentir o diálogo e as suas exposições favoráveis ou contrárias, proporcionando uma equipolência entre as partes, no sentindo que todos possam se manifestar

igualitariamente em todos os meios em que o homem esteja inserido na sociedade, compreendendo os vínculos laborais. Logo, essa reciprocidade pode ser considerada como ideal em qualquer relação de igual liberdade, assim se conclui que a norma alusiva à liberdade de expressão não tem apenas o Estado como destinatário, mas sim, todo o indivíduo participante da comunidade democrática. Desse modo, a violação injustificada à liberdade de crítica representa uma afronta à dignidade da pessoa humana, ao princípio da igualdade e, sobretudo ao princípio democrático.

5 NA SOCIEDADE

Partindo da premissa que os direitos da liberdade de expressão, bem como, da personalidade são reconhecidos pela Constituição da República Federativa do Brasil como direitos fundamentais de primeira dimensão ou geração, e que abrangem os da segunda e os da terceira geração também; e que esse ordenamento jurídico constitucional representa a máxima efetividade do direito na sociedade existem muitos questionamentos sobre quais direitos devem prevalecer. Diante do exposto, indaga-se como encontrar um equilíbrio entre a liberdade de opinião, boa-fé e a lealdade, assim sendo, convêm destacar que Sarlet (2007, p. 75) aparta ainda duas características dos direitos da personalidade, a primeira o autor destaca que esses direitos são atribuídos a todo ser humano, sendo oponível a toda a coletividade e também ao Estado.

Já a segunda característica consiste em que nem sempre sua violação produz um prejuízo que tenha repercussões econômicas e patrimoniais, o que ensejará várias formas de reparação. Com base nesses aspectos, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 apresenta em seu art. 5º, inciso X que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação". (BRASIL, 1988). Tércio Sampaio Ferraz (*apud*, Mendes, 2008, p. 378) define ainda o direito à privacidade, nos seguintes termos:

> Um direito subjetivo fundamental, cujo titular é toda pessoa física ou jurídica, brasileira ou estrangeira, residente ou em trânsito no país; cujo conteúdo é a faculdade de constranger os outros ao respeito e de resistir à violação do que lhe é próprio, isto é, das situações vitais que, por só a ele lhe dizerem respeito, deseja manter para si ao abrigo de sua única discricionária decisão; e cujo objeto é a integridade moral do titular.

Assim posto, ressaltam-se a liberdade e a privacidade entre os direitos de personalidade, em remate, nas relações de trabalho, esses direitos confrontam com os direitos constitucionais da livre inciativa, e que no âmbito trabalhista são reconhecidos como os poderes diretivos dos empregadores. Segundo Nascimento (2011) o poder de direção trata-se da outorga ao empregador de qual forma a atividade do empregado deve ser exercida em decorrência do contrato de trabalho. O fato é que um dos aspectos mais interessantes com o advento das novas tecnologias de informação, a *internet* e as redes sociais, foi o seu desencadeamento à sociedade por meio dos seus efeitos no contrato de trabalho. Tudo isso porque se pode garantir a existência de duas dimensões: a real e a virtual. Em razão disso Moro (2012, p. 88) coloca que:

> [...], considerando a concupiscência, a curiosidade e o desafio aos limites como características próprias da humanidade, bem como o sistema de relações econômicas que giza a apropriação do trabalho humano, natural decorresse das novidades em que se desdobra o mundo virtual o mundo virtual de uma série de abusos, tanto dos empregadores quando de empregados, pela dificuldade de compreensão dos seus respectivos limites quanto a utilização desses novos instrumentos.

Vale relembrar que a história e a estruturação do Direito Trabalhista condizem com a evolução das aposições dos limites às condutas dos empregadores, ou seja, pela imposição do não, devido na ausência de normas que estabeleciam qualquer tipo de limitação, contudo, se por um lado essas conquistas dos trabalhadores representam verdadeiras conquistas ao Direito do Trabalho, esse feito reverso corresponde a vedações de comportamentos patronais. Em síntese, a disseminação do uso desse meio de comunicação, por intermédio das redes sociais, desencadeia na área trabalhista a criação de novas formas de relacionamento humano e novos desafios sobre a construção da cultura do Direito e da utilização desses meios eletrônicos.

6 CONFLITO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO, HONRA E IMAGEM DO EMPREGADOR E EMPREGADO

Talvez um dos maiores desafios sobre o tema seja justamente tentar entender quais são os reais conflitos pertinentes envolvidos, bem como, os limites lícitos para o exercício da liberdade de expressão, especialmente a manifestação nas redes sociais. É claro que em situações onde é incontestável a consumação de crimes previstos no ordenamento jurídico, como é o caso da calúnia, difamação e injúria; a princípio não haveria dilemas sobre a ilicitude, porém, mesmo assim, em algumas situações torna-se difícil a demonstração em fase a sua concretização e evidência.

Dependendo da crítica prevalece a dificuldade de discernimento quanto ao abuso ou à própria intenção da sua manifestação. O fato é que o direito de opinião deve ser visto como uma manifestação qualificada, ou seja, como uma crítica de instrumento de contraposições de ideias racionais, e que faz parte do poder de convencimento ou argumentação individualizado.

Logo, pode-se observar que a liberdade de expressão, justifica a exteriorização de uma crítica ou até mesmo a de uma defesa; mas para que essa seja admitida dentro dos princípios da razoabilidade, esses pensamentos, ideias ou opiniões não devem conter afirmações vexativas, insultos ou ilícitas. Em suma, essa é a maneira de se garantir um direito legitimado de crítica e em conformidade com os princípios supralegais, pois ao contrário do exposto, o excesso será objeto da antijuridicidade e possivelmente estarão sujeito as sanções.

Segue exemplo concernente à aplicabilidade de uma sanção, Processo n. 0002024-48.2010.5.02.0461, a parte reclamante, neste caso, a empresa, alegou que a sua ex-empregada realizou publicações ofensivas e depreciativas, em uma das redes sociais. Na ação a ex-empregada, reclamada, havia criado uma comunidade, no *Orkut*, e referiu a empresa como “manicômio” e “a mais porcaria do Brasil”. Nesse julgado realizado em 2013 o Regional limitou-se a afirmar que:

"a conduta da ré causou ofensa à imagem e honra objetiva da autora e, por conseguinte, danos de ordem moral. E, não obstante a recorrente seja pessoa jurídica, hodiernamente não mais se discute a possibilidade de ser vítima de lesão à imagem e à honra objetiva e, por conseguinte, de dano moral." Segue ementa:

> DANO MORAL CONTRA A PESSOA JURÍDICA – PUBLICAÇÃO EM REDE SOCIAL, POR EX EMPREGADA, DENEGRINDO A IMAGEM DA EX EMPREGADORA – POSSÍBILIDADE – SÚMULA Nº 227, DO C.STJ . É cabível a indenização por danos morais, em favor de pessoa jurídica, por ato atentatório à sua imagem, praticado por ex empregada, em decorrência de publicações ofensivas e depreciativas em rede social - Orkut.

No caso em análise é inegável que a ex-empregada gerou ofensa à imagem da empresa, causando um ânimo de difamação e um possível dano presumido, ou seja, possíveis prejuízos vinculados aos aspectos econômicos; mas não houve nenhuma ponderação de interesses em conflito, em relação à menção à liberdade de expressão. Assim, convém advertir que conforme apresentado nesse trabalho, e previsto na Constituição da República Federativa do Brasil, a Carta Magna delineou um rol de direitos fundamentais, no entanto, na ostensível colisão entre dois ou mais preceitos, é necessário que o interprete busque o equilíbrio no caso concreto, verifique a hierarquia dos valores envolvidos.

Tal observação é relevante, pois ao analisar um conflito entre a liberdade de expressão e a honra ou a imagem, todos igualmente fundamentados no ordenamento jurídico brasileiro, deve-se ponderar os interesses relacionados, não prevalecendo necessariamente nenhum. Cabendo ao interprete avaliar o caso concreto pelo princípio da proporcionalidade e da razoabilidade. Nessa ordem de ideias, o ministro Agra Belmonte (2012, p. 1) do Tribunal Superior do Trabalho – TST, argumenta que sem limites bem definidos a Justiça deve solucionar os conflitos relativos a liberdade da seguinte forma:

> Tudo parte em princípio de uma lógica, mas muitas vezes a lógica acaba se transformando num "achômetro", que não corresponde a um critério científico. O que dispomos é do material jurídico próprio para resolver conflitos: usamos os princípios da proporcionalidade, verificamos na hipótese qual direito deve prevalecer, e o ajustamos ao princípio da razoabilidade. São critérios juridicamente importantes para resolução dos conflitos, que acabam correspondendo a uma lógica, que não é necessariamente a minha ou a sua. Isso é um critério seguro porque parte de um ponto de vista neutro.
>
> [...] O princípio da proporcionalidade, por exemplo, é um critério comparativo de direitos, que envolve ponderações. Às vezes intensifica-se menos um direito e mais outro. Não que esse direito deixe de existir, mas, naquelas circunstâncias, é mais intensa a atuação de um determinado direito em detrimento de outro. Feito isso, precisamos verificar também se essa prevalência é uma prevalência razoável, que é o critério da razoabilidade.

O objetivo, portanto, conexos é averiguar indícios de elementos que apontem a intenção dolosa por alguma das partes, o direito à liberdade de expressão, para então analisar os conflitos e posteriormente utilizar algum critério. Portanto, conforme elucidado na citação do magistrado e colocações

acima citadas, na maioria das vezes ao invés de ponderar, algumas vezes as decisões implicam num sacrifício recíproco. Não é raro, conforme demonstrado as cortes nacionais se limitarem apenas em verificar se houve ou não ofensa aos direitos da personalidade, sob o argumento da liberdade de expressão não ser absoluta, e por ora, em muitas outras vezes, descartar a liberdade de expressão ser analisada ou julgada, como improcedente, por falta de provas. Neste contexto é notório que a liberdade de expressão fica restrito à vontade da vítima que traz consigo o poder de dizer que se sentiu ofendida de forma pública ou acabar se limitando a ausência comprobatória dos danos. Conforme, Carvalho (2016, p. 1) existe uma única exceção a essa regra, quando a notícia envolve a verdade sobre a pessoa pública o autor destaca:

> A liberdade de informação deve estar atenta ao dever de veracidade, pois a falsidade dos dados divulgados manipula em vez de formar a opinião pública, bem como ao interesse público, pois nem toda informação verdadeira é relevante para o convívio em sociedade. - A honra e imagem dos cidadãos não são violadas quando se divulgam informações verdadeiras e fidedignas ao seu respeito e que, além disso, são do interesse público.

Agora, estabelecer como critério medidor da liberdade da expressão, a verdade, é assumir ainda mais insegurança sobre todo o estudo já realizado. Na prática, isso quer dizer que os Tribunais deveriam levar em consideração o contexto geral, em especial o conflito social, para então aplicar um efetivo controle do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade.

7 CONSIDERAÇÕES

O tema liberdade de expressão do empregado nas redes sociais é de extrema relevância e pertinência para o direito constitucional e o direito trabalhista, pois com o fundamento da dignidade da pessoa humana e as suas vertentes em relação à liberdade como figura essencial, ocasionam uma pluralidade entre as normas, bem como, diversas derivações nas áreas do direito: civil, penal, administrativo, entre outros, gerando um verdadeiro conflito social.

Mediante toda a delicadeza que envolve a pesquisa como um todo, observou-se a necessidade de desenvolver um entendimento hermenêutico sobre qual direto deve prevalecer, no contrato de trabalho, a respeito do uso das redes sociais pelo trabalhador dentro e/ou fora do ambiente do trabalho, pois ao garantir os direitos de uma das partes significa desautorizar o direito de outrem. Essa comunicação entre as normas mediante a falta de informações no ordenamento jurídico no que tange a liberdade nas relações laborais, bem como, a inexistência de limites na área da inovação, emerge uma complexidade sobre o assunto abordado, exigindo do interprete um amplo de todo o ordenamento jurídico e consequentemente a análise de cada caso em concreto.

Dessa forma, o artigo, demonstra a sutiliza da manifestação do empregado nas redes sociais, evitando abusos, insultos, até mesmo situações vexativas ou criminais; dado o papel de orientação de uma política Estado Democrático de Direito e pontuais considerações sobre cada caso em concreto. O inevitável conflito constitucional que prevê a liberdade de expressão, o direito à honra e a imagem que rege as partes laborais, assim como, as restrições em

relação ao poder diretivo, ou outras ferramentas limitadoras, ou opressoras, denotam uma enorme inquietude e infelizmente certa instabilidade jurídica.

Dessa forma, uma das principais premissas encontradas posteriormente aos estudos realizados foi o questionamento sobre que tipo de liberdade de expressão realmente existe; a frase praxe “a minha liberdade termina onde a sua começa" seria a que melhor responderia a conclusão encontrada, tornando-se uma concepção bastante individualista, que não se consegue delimitar limite nenhum, por isso a necessidade de uma análise mais aprofundada sobre julgados e conforme fundamentação a partir do referencial teórico do artigo torna-se imprescritível o uso dos princípios da proporcionalidade, pois é necessário intensificar a atuação de um determinado direito em detrimento de outro; considerando também a prevalência razoável, ou seja, o princípio da razoabilidade que também deve ser utilizada em conjunto.

Sem dúvida, as redes sociais representam um grande progresso para a sociedade. Contudo, vale lembrar que o simples fato de um cidadão ser um usuário desses serviços, a pessoa está indiretamente consentindo na diminuição de sua privacidade, portanto, ao tornar público algum conteúdo, esse já pode ser utilizado de formas nem sempre previsíveis e controláveis. Assim, a velha política do bom-senso também cabe para as relações trabalhistas, além do mais, ajustes nas configurações de privacidade e o autoquestionamento sobre as possíveis repercussões sobre algum tópico polêmico antes de compartilhar são fundamentais e essenciais antes de se expressar. Tal procedimento é lamentavelmente preciso com o intuito de delimitar o espaço que a liberdade expressão representa ou de fato aquilo que restou desse ou daquele direito. Ainda no direito trabalhista prevalece a “hipossuficiência” do empregado.

8 REFERÊNCIAS

ADAMI, Anna. **Redes sociais**. Disponível em: <http://www.infoescola.com/sociedade/redes-sociais-2/.>. Acesso em: 06 ago. 2017.

ALMEIDA, Priscila Coelho de Barros. **Liberdade de expressão e liberdade de informação**: uma análise sobre suas distinções. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 80, set. 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8283>. Acesso em: 02 ago. 2018.

BARRETO, Vicente de Paulo. **Dicionário de filosofia do direito.** São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Vide Emenda Constitucional n° 91 de 2016. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 09 ago. 2018.

BRASIL. Decreto n° 592, de 6 de julho de 1992. **Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 09 ago. 2018.

BRASIL. Decreto n° 678, de 6 de novembro de 1992. **Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 02 ago. 2018.

BRASIL. Lei n° 12.965, de 23 de abril de 2014. **Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 23 set. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Trabalho. **Denunciar atraso de salários no Facebook não gera demissão por justa causa**. 22 jul. 2014. Disponível em: < http://www.trt7.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2316:denunciar-atraso-de-salarios-no-facebook-nao-gera-demissao-por-justa-causa&catid=143&Itemid=302>. Acesso em: 28 out. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. 2ª Região. 15ª Turma. RO: 20244820105020 SP 00020244820105020461 A28. Relator: Jonas Santana de Brito. São Paulo, SP. Disponível em: <http://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24841708/recurso-ordinario-ro-20244820105020-sp-00020244820105020461-a28-trt-2/inteiro-teor-112656012>. Acesso em: 28 out. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Matérias especiais. **Ministro Alexandre Agra Belmonte fala sobre a liberdade de expressão no trabalho.** 18 nov. 2012. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/ministro-alexandre-agra-belmonte-fala-sobre-a-liberdade-de-expressao-no-trabalho>. Acesso em: 22 out. 2016.

CARVALHO, Clara Rafaela Prazeres de. **A Liberdade de Expressão na Jurisprudência do STF E STJ.** PUC-RIO, Departamento de direito. Disponível em: <http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2010/relatorios/ccs/dir/DIR-Clara%20Rafaela%20Prazeres%20de%20Carvalho.pdf>. Acesso em: 29 out. de 2016.

CRAMACON, Hermes. Direito do Trabalho Individual e Coletivo. In: GARCIA, Wander (Coord.). **Super-revisão para OAB:** doutrina completa. 5. ed. Indaiatuba, SP: Foco Jurídico, 2016.

GABARDO, Ademir C. **Análise de redes sociais:** uma visão computacional. São Paulo, Novatec: 2015.

JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário Básico de Filosofia.** 3ª. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.

MARQUES, Fabíola; ABUD, Claudia José. **Direito do trabalho.** 8. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MELLO, Cristiane Maria Freitas de. **Direito de crítica do empregado nas redes sociais e a repercussão no contrato de trabalho.** São Paulo: LTr. 2015.

MORO, Luís Carlos. A internet nas relações de trabalho e limites às condutas patronais e de empregados. **Revista do advogado,** São Paulo, ano XXXII, n. 115, p. 87-98, abr. 2012.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho:** história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 26 ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de direito do trabalho.** 9. ed., rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2012.
SARLET, Ingo Wolfgand. **Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação:** algumas aproximações. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

SOCIAL Media Active Users by Network [INFOGRAPH]. 2016. Disponível em: <https://www.thesocialmediahat.com/active-users>. Acesso em: 06 ago. 2016.

NORMAS CONSTITUCIONAIS E A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Luciano Andraschko[1]

RESUMO

Trata o presente trabalho de analisar se a crescente atuação do Poder Judiciário é de fato um problema político. Para tanto se faz uma análise dos termos que o objeto envolve e da natureza jurídica que pode ser atribuída às normas constitucionais. As quais podem permitir ou não uma atuação judicial mais determinada ou mais livre na jurisdição constitucional e com isso legitima um agir em searas eminentemente políticas.

Palavras-chave: Constituição, normas jurídicas; Poder Judiciário.

1 INTRODUÇÃO

Há um crescente aumento da atividade judicial no mundo, seja em importância, seja na forma como atua, ou até em matérias novas[2]. Porém, a dificuldade que o direito tem de se ocupar e ordenar normativamente o ordenamento político é há muito debatido, sendo uma das causas da "conhecida crise da Constituição ou do Estado Constitucional," (HESSE. 1983, p. XXI). Importa, para bem estabelecer uma análise, verificar os conceitos dos termos a serem trabalhados, bem como analisar a conduta do Poder Judiciário sob a perspectiva da natureza da norma constitucional. Assim, adota-se o conceito normativo de Constituição, cujo elemento comum é a existência diretrizes, de comandos, de ordens, interligados de modo a formar um sistema jurídico.

O conceito do termo judicial pode ser de "um ato, ou procedimento por uma corte de justiça" (BLACKS. 1910, p. 668). Do qual "judicialização" poderia ser o ato prévio de submeter matérias políticas à apreciação do Poder Judiciário.

Já o termo política recebe ao menos quatro sentidos: "1) doutrina do direito e da moral; 2) teoria do Estado[3]; 3) arte ou ciência do governo e 4) estudo dos comportamentos intersubjetivos" (ABBAGNANO. 2007, p. 773). Para fins desta análise adotaremos aquela que relaciona a política com a doutrina do direito, na busca daquilo que deve ser o bem para uma comunidade. Tal acepção da política tem relação direta com os fins do direito, quais sejam: organização social, segurança jurídica, paz social, justiça. Porém, no direito pode-se ainda falar em política do direito quando há "o afastamento ou negação dos pontos de partida fixados pelo legislador ou o abandono da jurisprudência dogmática" (LAMEGO. 2016, p.252)

Então, cabe colocar a noção a ser adotada pelo termo "judicialização da política". Há inicialmente uma noção pejorativa ao termo, que pode soar como

[1] Currículo *Lattes*: http://lattes.cnpq.br/5184383731066818
[2] Como a judicialização da saúde, que no Brasil teve os primeiros julgados do STF na década de 90.
[3] Relembre-se que G. W. F. Hegel dizia que a essência do Estado é a lei, apud WEIL, Eric. **Hegel e o Estado**. São Paulo: É realizações, 2011, p. 61.

intromissão do Poder Judiciário em assuntos afetos aos demais poderes. Nesse sentido poderia se argumentar que diferentemente dos demais, o Poder Judiciário não é político, pois seus membros não escolhidos direta ou indiretamente pelo povo. Porém, não é apenas o meio de escolha que determina o caráter político, mas sim uma certa liberdade maior de seus membros para agir, para escolher entre várias opções aquela que melhor condiz com as aspirações do povo. Dessa liberdade dos agentes políticos deflui uma outra característica que é a atividade obrigatória. Os agentes políticos dos braços Legislativo e Executivo devem agir, são obrigados a tomar posições iniciais, não podem jamais ser inertes. Mas, a liberdade de nenhum dos poderes (função) é absoluta, deve guardar conformação com a Constituição. Ou seja, nem sempre a judicialização da política será matéria extravagante as atribuições do Poder Judiciário. Portanto, fica claro que a referência ao termo "judicialização da política" não significa necessariamente a intromissão do Poder Judiciário nos assuntos políticos que são de competência do Poder Legislativo.

Não obstante, também se pode dizer que o Poder Judiciário interpreta e aplica as normas constitucionais e legais que decorrem da atividade política e assim em última análise o Poder Judiciário atua sim sobre conteúdo político. Esse fato poderia ser como necessário, porque o Poder judiciário por atuar tecnicamente pode e deve cumprir sua função de fazer o controle (constitucional) dos demais ramos dos poderes. Saliente-se que há muito se entendeu que "o melhor governo para o povo vem do equilíbrio entre aqueles que detêm o poder" (VOEGELIN. 2016, p. 57-58), mesmo numa época em que existiam apenas dois poderes (COPLESTONE. 2017, p. 61)

Poder haver, então, uma atuação (judicialização) direta ou indireta sobre a política. Neste trabalho a análise é sobre essa atuação indireta, ou seja, sobre as normas em si e não sobre a atividade materialmente política. Toma-se como ponto de partida a aceitação de que a Constituição é composta de diversas normas jurídicas, que reunidas em um corpo formam a unidade constitucional. Para tanto se deve responder uma pergunta inicial: as normas da Constituição possuem qual natureza? Conforme a resposta dada pode variar a resposta a pergunta inicial (se de fato há judicialização da política). O fundo desse debate tem seus primórdios na distinção entre Constituição e Realidade Constitucional (HESSE. 1983, p. XXII), que também debate sobre o conceito de Constituição material e de Constituição instrumental.

Dessa feita, se essas normas forem vistas como um juízo hipotético, há necessariamente uma relação de causa e efeito, como por exemplo: se é ser humano, deve ter direito á dignidade[4]; se há processo, deve ter direito à ampla defesa; se é ser humano, deve ter direito à saúde, etc. Admitir que as normas jurídicas são juízos hipotéticos significa ter um raciocínio do tipo lógico, porque há uma relação de "dependência" (GOLDSCHIMIDT. 1987, p. 210) do consequente ao antecedente.

Nesse tipo de raciocínio não há muita liberdade de atuação do intérprete ou do jurista que aplica a normas, porque a base de funcionamento da norma é relativamente causal. Nesse sentido se diz que as normas jurídicas são deterministas, determinam um resultado que decorre necessariamente do comando da norma. Nesse sentido também se diz que a norma positiva guarda

[4] BRASIL. Constituição da República Federativa de 1988. Artigo 1º, inciso III: - Dignidade da pessoa humana.

relação com a norma natural, porque está também é causal. Mas essa semelhança é relativa, pois a norma positiva atua com o dever-ser. Por isso que dado um homicídio não sobrevém necessariamente a pena, porque pode ter havido legítima defesa. Aqui a necessidade do resultado é alterado por outra norma. Tem-se então o determinismo jurídico.

Porém, nem sempre o resultado previsto pela norma é excepcionado por outra norma. Nesse campo se diz que as normas possuem outra natureza: de juízo categórico, porque só enuncia a consequência[5] que decorre necessariamente da realidade social[6]. Assim, permitem uma liberdade de atuação dos juristas e intérpretes para que a consequência passe a existir no mundo dos fatos. Essa liberdade de atuação só existe porque alguém deve decidir sobre a aplicação da norma, seu resultado é inexorável.

Logo, a norma ordena uma conduta, não há um dever ser. Assim, há a possibilidade de uma decisão voluntária[7] determinar como se chegar a esse resultado obrigatório, daí falar-se em voluntarismo jurídico[8]. Por isso alguns juristas veem o direito à saúde previsto no artigo 6º e 196 da Constituição da República Federativa do Brasil como de imposição obrigatória. E a liberdade de atuar se dá no modo de conseguir a implementação da saúde, se por medicamentos nacionais ou importados[9], tratamento hospitalar, cirurgia, acupuntura, cromoterapia, etc.

As normas vistas como juízos hipotéticos, por atuarem num campo mais determinado[10], recebem o qualificativo de formais, e por consequência sua preocupação primeira é com a segurança jurídica. Já as normas vistas como juízos categóricos, por atuarem para se alcançar um resultado obrigatório, tem sua preocupação primeira voltada para a justiça. Segurança e justiça são dois valores perseguidos pelo direito de modo geral.

As normas constitucionais não se afastam desse esquema básico. Pode-se pensar que não há como definir uma primazia de um em relação ao outro porque estão entrelaçados. Assim, de um lado justiça pode ser cumprir estritamente a norma no seu sentido formal, e de outro pode ser justo fazer cumprir seu comando material, ainda que sua formalidade não seja observada. No que se refere à segurança tem-se o mesmo, cumprir formalmente as normas conduz a segurança. Já cumprir as normas materiais é conferir segurança a certeza da sua ordem.

---

[5] Veja-se, por exemplo, a norma do artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil.

[6] Uma crítica indireta aos juízos categóricos pode ser vista em Ayer, quando o mesmo diz que as proposições que servem de base aos nossos juízos não são ostensivas se baseadas em coisas materiais, pois nestas há uma série infinita de possibilidades. Cabe então a pergunta, educação, saúde e liberdade são coisas reais ou ideais? AYER, A. J. **Lenguage, Verdad y Lógica**. Barcelona: Orbis, 1984, p. 110.

[7] O voluntarismo da natureza jurídica categórica não é a mesma da Teoria voluntarista das Normas. Porque nesta a vontade de uma autoridade é que faz surgir as normas gerais. Naquela é a vontade de fazer atuar uma norma já posta. Sobre a Teoria voluntarista das Normas ver WRIGHT, G. Henry Von. **Norma y Acción. Una Investigación Lógica**. Madrid: Editorial Tecnos, 1970, p. 135 e seguintes.

[8] Esta é uma das variantes do "Voluntarismo Jurídico", há outras que observam apenas a *ratio* das normas, o ideal de justiça, etc.

[9] Observe-se que recentemente o STJ decidiu pela impossibilidade de a decisão judicial conceder medicamentos importados sem o registro na ANVISA, STJ, Recurso Repetitivo-REsp 1657156 / RJ, 1ª. Seção, DJe 04/05/2018.

[10] Veja-se, por exemplo, a metáfora da moldura normativa de Kelsen.

Importa analisar como se dá a prática judicial frente a essas duas naturezas da norma jurídica da Constituição. No juízo hipotético a atividade é mais auto restritiva e guarda relação com o positivismo jurídico. No juízo categórico a atividade é mais ativa, o que mantém relação com o realismo jurídico norte-americano.

O método de análise dos fatos e das proposições é o lógico-dedutivo, para tanto se serve de comparações, historicidade, injunções e razoabilidade.

2 PERSPECTIVA DA NORMA JURÍDICA CONSTITUCIONAL COMO JUÍZO HIPOTÉTICO

A norma jurídica constitucional vista como um juízo hipotético tem suas bases no conceito kelseniano de normas como um dever ser. São comandos ou regras de condutas humanas. Observe-se que o direito não existiria se os homens não vivessem em coletividade. E essa fez surgir a ideia de uma Constituição que aglutinasse na forma de uma "lei superior da razão e racionalidade de um povo" (FRIEDRICH. 1974, p. 18). Ainda, deve-se ter em conta que "normas morais, sociais, técnicas participam já da elaboração da norma jurídica positivada". (MOUCHET-BECÚ 1970, p.28). Ou seja, se o juízo hipotético é uma construção do positivismo jurídico e se este não é mera formal, mas matéria, não se pode acusá-lo de servir somente ao Estado.

Esse juízo trabalha com a perspectiva da imputabilidade das normas jurídicas as mais diversas situações reais. Contudo, essa relação de imputação dos comandos normativos não se dá casualmente, mas sim apenas se as hipóteses teorizadas e permitidas legalmente[11] acontecerem. Mas, aqui há pressupostos diversos daquele modo categórico, qual seja, racionalidade e coerência com o restante do sistema normativo.

No plano constitucional tem-se a mesma aplicação, assim algumas normas são aplicáveis, porque já tem suas proposições completas em relação ao restante daquele conjunto normativo. Outras por não estarem completas não possuem um comando totalmente aplicável, necessitando de normas complementares.

Nesse sentido quando a Constituição Federal proclama, por exemplo, o direito social à saúde[12], ela não diz que os indivíduos têm inexoravelmente direito à saúde, diz que os indivíduos podem ter um direito à saúde. Isso porque dentro do sistema constitucional há outras normas que mantém relação direta com esse artigo 6º, como o artigo 196[13].

A natureza hipotética da norma jurídica Constitucional pode ser visualizada nesses dois artigos (art.6º e 196). Assim, o artigo 6º dá relevo a alguns direitos sociais necessários à vida em coletividade, e o artigo 196 diz como será

[11] A permissão legal é uma das características do sistema dinâmico. Por legal deve-se entender uma noção ampla que permita abarcar, por exemplo, uma Constituição.
[12] Artigo 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015).
[13] Artigo 196. A saúde é 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, proteção e recuperação.

exercido. A primeira condicionante é que o direito a saúde é um direito social, portanto, deve ser posto à disposição de todos num regime democrático como o brasileiro. Não há como exigir esse direito individual e isoladamente, mas é possível exigi-lo se estiver previsto dentro de um programa público de saúde. A segunda condicionante é que o artigo 196 traz comando expresso de como tal dever do Estado deverá ser garantido mediante políticas sociais e econômicas. A terceira condicionante está prevista no artigo 198[14] que trata da forma regional de execução, porque o modelo de federação adotado pelo Brasil foi de equilíbrio, portanto as medidas de saúde devem ter dispersão igualitária por todos os entes federados. Esse é o bem comum buscado pela norma constitucional. Ou seja, a política constitucional numa federação democrática deve ter dispersão nacional e abarcar o maior número possível de pessoas.

As condicionantes postas nessas normas deixam claro que há a possibilidade de ser ter assegurada uma prestação de saúde e não que se tem de fato assegurada. Vê-se que o modelo constitucional impõe a adoção de medidas políticas para a sua concretização. Consequentemente o Poder Judiciário somente poderia atuar quando a política pública já tivesse sido escolhida e criada pelos agentes políticos, mas não executada. Permitir que o Poder Judiciário escolha a política de saúde e mande executá-la é extravagância não técnica e não jurídica. Isso porque as hipóteses de imputação existem para todos num estado de direito, inclusive para o Poder Judiciário.

Vê-se, portanto, que não é um direito causal, ou seja, não é pelo fato de se necessitar de uma prestação de saúde que se tem inexoravelmente o direito subjetivo de exigi-la. É um direito que está no plano da norma constitucional. Ou seja, a Constituição almeja que no Brasil se tenha um programa de saúde pública, e existindo esse que a população possa usufruí-lo ou exigi-lo caso tenha defeito na sua prestação. Aqui a liberdade de atuação do Poder Judiciário está na norma constitucional. Verificar quando e em que condições o programa da norma constitucional será exequível em todo território nacional é matéria de índole política. E isso porque a própria norma constitucional estabeleceu assim, pois sabe que me matéria política domina o contingente.

Essa natureza jurídica leva a um fechamento do sistema constitucional, pois na medida em que as normas constitucionais valem para toda população devem ter interpretação e aplicação uníssonas. Tal tarefa ganha destaque na atuação de uma corte constitucional que respeita as divisões políticas de poder, que respeita a unidade da Constituição e que respeita a federação democrática. Tais condutas geram, previsibilidade e segurança jurídica. Vigora, portanto um determinismo normativo do modo de agir do Poder Judiciário.

3 PERSPECTIVA DA NORMA JURÍDICA CONSTITUCIONAL COMO JUÍZO CATEGÓRICO

Um juízo categórico da norma implica que a mesma diz o que é. A solução é fechada na sua consequência. Trata-se essencialmente de uma perspectiva empírica, no sentido de que a Constituição estabeleceu como norma uma regra de conduta social. Mas note-se que é empírica como antecedente à norma, o

[14] Artigo 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: (...)

empirismo posterior quem diz é o Poder Judiciário. Observe-se que Kelsen admitia como muita dificuldade tal juízo categórico, e ainda assim limitado às normas jurídicas individuais (KELSEN, 1999, p.70-71).

Nessa perspectiva categórica o Poder Judiciário tem uma possibilidade maior de atuar[15] nas políticas públicas. Porque todas tem uma finalidade social, seja definindo como as eleições vão ocorrer ou quais cidadãos podem se candidatar, bem como em matéria de saúde pública como a questão do aborto[16] ou mesmo sobre a educação em casa[17]. Nesses exemplos estão em causa as normas dos artigos 14, 5º *caput* e 205 da Constituição Federal, que definem os direitos do povo em sociedade. E não obstante a Constituição Federal de 1988 tenha pouco tempo de existência, quase 30 anos, isso não quer dizer que a sociedade seja a mesma de outrora. As mudanças do modo de existir e viver das pessoas em sociedade faz com que essas normas sociais devam ser atualizadas a fim de manterem sua eficácia.

Mas, quando se pode extrair com precisão se as condutas reais romperam com os valores que a Constituição quis implementar? Importa, ao Poder Judiciário, detectar qual é a proposição empírica que é verdadeira ou falsa socialmente. Isso porque a proposição está sempre numa relação precedente em relação a uma opinião ou declaração judicial segundo (AYER. 1984, p. 105). Se num caso concreto o STF declara que o SUS não está cumprindo com sua função de prestar serviços de saúde adequados à população, por óbvio há um entendimento anterior desse tribunal que há de basear-se em elementos empíricos. Questões sensíveis à sociedade como saúde pública, aborto, desarmamento, prisão, já foram e continuam sendo postas ao Poder Judiciário, que tem a difícil missão de fazer o cotejo norma-realidade social. Difícil também porque a Constituição Federal de 1988 possui diversos valores que são colidentes entre si. E o juízo categórico não oferece resposta segura sobre qual deles o Poder Judiciário dará a conotação de categórico. O resultado se vê em centenas de acórdãos pelo país, com o Poder Judiciário deferindo medicamentos que não foram aprovados[18] pelos órgãos competentes do Poder Executivo, através dos comitês de gestão do SUS.

Por ser norma categórica ela possui uma grande relação com os valores e opções políticas da sociedade, o que denota seu caráter mais aberto e sua inclinação em direção aos princípios jurídicos. Estes são uma indicação *a priori* de qual direção se deve seguir. No exemplo supra da educação[19] das crianças através de *Homeschooling*, o princípio da maior proteção à criança direciona para uma efetividade do ensino. E neste caso caberia questionar se a obrigação

[15] Ou "realizar" a Constituição compreendendo a realidade em que a mesma deve ser aplicada para que a mesma tenha efetiva vigência., como diz HESSE, Konrard. **Escritos de Derecho Constitucional**. p. XIII e XVII.
[16] Não obstante o julgamento de aborto de feto anencéfalo na ADPF 54, o tema ainda tem aberta discussão no STF na ADPF 442 que pende de julgamento.
[17] Denominada *Homeschoolling*, que pende de decisão do STF no RE 888.815.
[18] Seja porque o custo é proibitivo, seja porque não há evidência científica de eficácia, seja porque há medicamentos alternativos, seja porque não há estrutura estatal para a aplicação, etc.
[19] Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

de frequência a instituições públicas ou privadas condiz realmente com esse princípio. Mas também se pode argumentar que a obrigação supra interfere no princípio da gestão familiar, pois impõe aos pais determinadas condutas, o que fere por sua vez o princípio da não intervenção estatal na família[20] e o princípio da liberdade.

Como se vê a adoção dessa natureza jurídica à norma constitucional trabalha com uma relação direta com os valores e por isso se pode falar em validade axiológica da norma constitucional. Neste ponto, os magistrados devem ler a Constituição e suas normas da maneira que as mesmas tenham validade sócio-axiológica, isto é, que seus valores tenham aceitabilidade perante a comunidade. Por isso a leitura e interpretação da Constituição passam a ser dúplices, da Constituição à sociedade e desta à Constituição. Não é por outra maneira que os juízes ditos ativistas, ao interferirem nas políticas públicas muitas vezes são chamados de idealistas. Porque, trabalham em busca de um "estado de coisas ideal" (LAPORTA. 1999, p.279-281), no qual a lógica de raciocínio busca aquele ideal que a Constituição elencou como importante, pode ser um sistema de saúde/educacional eficaz ou uma lisura no processo eleitoral. E é através de um princípio que se expõe esse ideal, segundo (AARNIO. 2000, p. 597-598).

Mas, em seara constitucional não se pode dizer que há uma neutralidade. Assim, a neutralidade das instituições (GUASTINI. 2001, p.16) difere da ausência de neutralidade para realizar os valores fundamentais da ordem social. O grande problema que se apresenta é numa possível inversão desses valores pelo Poder Judiciário. Observe-se o valor fundamental da vida[21], como justificar a autorização judicial do aborto fora das hipóteses previstas em lei[22]? O aborto de feto de três meses de idade[23] é de fato algo almejado pela sociedade? Como justificar essa posição se a Constituição valora e protege a vida e a dignidade da pessoa humana, sendo esta última um fundamento do Estado brasileiro. Como se vê, ler uma norma constitucional e ali visualizar um juízo categórico é tarefa simples, pois não exige uma análise unitário-sistemática da Constituição. Uma norma isolada vale por si só, basta que tenha natureza de categórica.

Na sua pragmática os voluntaristas/idealistas trabalham numa permanente concretização constitucional, que pode variar de rumo inesperadamente. Sem que se tenha uma prova de que houve a mudança social. Carl J. Friedrich diz que não é possível uma ruptura total com a tradição, pois esta deriva da própria natureza, o agir humano não pode ser reiniciado do zero. Isso já tentou ser feito e levou a rupturas colossais e há imensuráveis banhos de sangue, como se viu na revolução francesa, que ao final não conseguiu romper totalmente com o antigo regime (FRIEDRICH. 1974, p. 19-24). Bem por isso os romanos já diziam; "judicium non debet esse illusiorum, suum effectum habere debet[24]" (BLACK'S. 1910, p. 670).

Dessa feita, a noção da norma jurídica com natureza jurídica de juízo categórico começa a apresentar-se como ilógica, na medida em que é uma contradição em termos. Porque ela considera elementos que não estão na

[20] Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
[21] Constituição da República Federativa do Brasil, artigos 1°,inciso III; 3º; 4º e 5º *caput*.
[22] Código Penal Brasileiro, artigo 128.
[23] Ver STF, Habeas Corpus 124.306.
[24] "Um julgamento não deve ser ilusório, deve ter um efeito próprio". Tradução livre.

norma, mas devem ser pressupostos pelo jurista. Logo, temos uma pré-norma não jurídica que está na sociedade. E como considerar qualquer fato social como categórico? Se o direito à saúde é categórico, como prestar amplos e irrestritos serviços de saúde para 207 milhões de pessoas? Observe-se que Hegel (WEIL. 2011, p. 66) já falava em uma Constituição em sentido não jurídico, mas baseada na consciência e maneira de ser de um dado povo. O que não significa que falasse de juízo categórico e sim de sentido mínimo de constituição de um Estado. O fato social pode exigir condutas estatais, mas não pode impor todas, pois pode ser antidemocrático[25] ou antiproducente[26].

Outro problema que pode surgir é que a magistratura não consiga estabelecer um consenso sobre quais valores sociais são mais importantes e como protegê-los. Tal situação penderia para uma miríade de posicionamentos judiciais. A consequência clara disso é o enfraquecimento da Constituição na sua função mais básica, que foi destacado como sendo a de "formar uma unidade política" (HESSE. 1983, p. XIII). A quebra da unidade enfraquece por sua vez os valores democráticos e liberais da Constituição. Bem por isso se diz que uma Constituição não pode mudar conforme mudam as circunstâncias sociais, pois só se fala em Constituição quando há uma posição política firme. E o enfraquecimento da Constituição é a causa material para o enfraquecimento do Estado e o deste para dissolução da sociedade. Porque a vida humana em coletividade só é possível no Estado e este exige uma ordem jurídica minimamente estável através de uma norma que dê os fundamentos: a Constituição.

Mas, caso se consiga "realizar a Constituição" (HESSE.1983, p..XXV) através implementação prática de suas normas, aí sim o Poder Judiciário estará legitimando a Constituição e por conseguinte o Poder Legislativo, visto que este institui normas constitucionais derivadas.

Todavia, o sentido que se tem por realizar a Constituição ou concretizá-la é fazer atuar suas normas no plano da realidade e não recriá-las. As normas constitucionais exigem uma estabilidade, pois não podem ser fruto de abstrações, devem ter sua origem histórico-real no modo de viver de um povo (VOEGELIN. 2016, p. 32). Portanto, não se pode impressionar por condutas sociais que não representam a opção constitucional. Mesmo num regime democrático há opções que podem desagradar alguns. Foi o consenso da maioria que escolheu quais valores seriam prestigiados nas normas constitucionais. Por conseguinte o Poder Judiciário, que é minoria, não pode alterá-los.

Em sentido inverso, Richard Posner, citado por Eric Segall (SEGALL, 2016, vol.129) utiliza uma perspectiva pragmática na qual, não se preocupa muito com o que a doutrina diz, nem com o precedente ou mesmo com o texto constitucional, e sim com a solução sensível para o problema jurídico que é posto. Pactua com uma solução dada pelo senso comum[27].

---

[25] Nem toda população apoia a medida, por exemplo, de legalizar o aborto.

[26] Não é razoável o Estado custear tratamentos complexos de doenças raras e não ter recursos econômicos para prevenir e tratar da poliomielite infantil, ou de moléstias de baixo custo (vacina da gripe).

[27] Neste ponto cabe observar que tal atitude já foi detectada e denunciada por António Manuel Hespanha quando falou da tendência de desvalorizar o direito do Estado e adotar o direito do cotidiano. HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Européia**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 563-564.

Um ponto importante e que talvez possa parecer, novamente, paradoxal é que essa perspectiva de ver a norma constitucional como um juízo categórico leva a uma atividade judicial mais contundente com vistas a dar efetividade àquela norma. Observe-se que Kelsen não negava a conexão entre o dever-ser e o ser da ordem natural (KELSEN. 1999, p. 148), o que o fazia considerar a validade normativa desvinculada da efetividade normativa, sem desmerecer totalmente está última. O ponto de divergência com o positivismo jurídico é que este adota restrições[28] à conduta judicial.

4 CONCLUSÕES

A judicialização da política pode não ser um problema real caso a atividade judicial esteja concentrada nas normas constitucionais. Mas a segurança nesse ponto é relativa, pois, a depender da natureza jurídica com que se concebam aquelas normas pode haver atividade judiciária voltada para a política constitucional que não possui limites.

A norma constitucional na perspectiva de um juízo hipotético parte da possibilidade de se auferir um direito ou de se ter um dever. Tudo fica na dependência de serem preenchidos pressupostos fático-normativos. Os fatos devem se ajustar perfeitamente à norma jurídica. Nessa perspectiva a norma guarda uma forte relação com a realidade. Ganha-se uma certa previsibilidade e por consequência uma certa segurança jurídica, visto que atividade judicial é limitada pela própria norma constitucional. Aqui falar de judicialização de políticas públicas importa ter em mente uma natural conformação da atuação judicial às suas características institucionais como: agir técnico, atuação geralmente *a posteriori*, função de guardião (e não dono) da Constituição, de mediador para a manutenção do equilíbrio estatal.

Já na perspectiva da norma como um juízo categórico, tem-se uma indicação direta do bem protegido, que não admite discussão ou ponderação. Mas permite uma atuação judicial aberta em prol da concretização daquele direito categórico. Atingir esse ideal acredita-se ser o direito como medida de justiça. Assume, por essa condição, um afastamento do real por não medir ou ponderar se há de fato um direito, como deve ser implantado, quando deve ser executado e quem tem o dever de efetivá-lo. Aqui o termo judicialização da política assume uma conotação mais ampla, que permite um atuar livre[29] do Poder Judiciário na sua missão de concretizar as normas constitucionais.

Ambas posições acabam prestigiando valores constitucionais: segurança jurídica e justiça. Poder-se-ia até mesmo pensar numa dicotomia entre Estado (segurança) x sujeito (justiça) como colocou Paulo Otero (OTERO. 2016, p. 27), mas a questão não é que o Estado deva ser superior ao sujeito, mas sim que o direito posto pelo Estado deve servir a todos os sujeitos e não a uma parcela dos

[28] Porque pretende realçar o caráter científico do direito, assim a verificação dos enunciados que são verdadeiros e falsos é imprescindível. Para tanto adota utiliza métodos formais e experimentais, in AYER, A.J. **El Positivismo lógico**. México: Fondo de Cultura Econômica, 1965, p.22-24.

[29] Tal modo de agir no tudo ou nada foi combatido por Friedrich Müller quando disse que: "O procedimento honesto em termos de método deve também estacar diante da tentação de passar por cima da *distinção e correlação das funções da concretização do direito,* normatizada pela constituição" MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho em Direito Constitucional**. São Paulo: Renovar, 2005, p. 101-102.

mesmos, como bem destacou Otero (OTERO. 2016, p.381-382). Então, se vê que a comparação feita na fl.4 não é totalmente correta, porque a justiça não pode causar injustiça. Justiça é reequilibrar uma relação, para tanto não é ato meramente atributivo, e sim condicionado. Logo, voluntarismo não é praticar justiça, muito menos estabelecer segurança jurídica.

A vida em sociedade exige o respeito de todos quanto a forma de estruturação político-jurídica do Estado e da Constituição da República. Nesse aspecto o Poder Judiciário tem uma grande missão, a qual, porém não é maior que a dos poderes políticos. E o modelo das normas jurídicas como juízos hipotéticos é o que melhor responde ao modelo de equilíbrio estatal, pois é o único que estabelece claros e objetivos limites à conduta judicial. Porque do contrário, quem controlará o guardião da Constituição?

5 REFERÊNCIAS

AARNIO. Aulis. **Reglas y Principios em el razonamiento jurídico**. Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, Nº 4, 2000.

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

AYER, A. J. **Lenguage, Verdad y Lógica**. Barcelona: Orbis, 1984.

AYER, A. J. **El Positivismo lógico**. México: Fondo de Cultura Econômica, 1965.

BLACK, Henry Campbel. **A Law Dictionary**. Minessota: West Publishing, 1910.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADPF 54, julgada em 12/04/2012. disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334. Acesso em 02 de agosto de 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADPF 442, autuada em 08/03/2017, pendente de julgamento. http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5144865. Acesso em 02 de agosto de 2018.
BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. RE 888.815. autuado em 14/05/2015. http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4774632&numeroProcesso=888815&classeProcesso=RE&numeroTema=822. Acesso em 02 de agosto de 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC 124.306, julgado em 27/03/2017. http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4637878. Acesso em 02 de agosto de 2018.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. STJ, Recurso Repetitivo-REsp 1657156 / RJ, 1ª. Seção, DJe 04/05/2018. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=ANVISA&repetitivos=RE

PETITIVOS&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true> consulta em 02 de agosto de 2018.

COPLESTON, Frederick. **Filosofia Medieval- Uma introdução**. Curitiba: Danúbio Editora. 2017.

FRIEDRICH, Carl J. **Tradição e Autoridade em Ciência Política**. Rio de Janeiro: Zahar, 1974.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho em Direito Constitucional**. São Paulo: Renovar, 2005.

GUASTINI, Riccardo. **Estudios de Teoría Constitucional**. Mexico: Universidade Nacional Autónoma de México, 2001.

GOLDSCHIMIDT, Werner. **Introducción Filosófica al Derecho**. Buenos Aires: Depalma Ed. 1987.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Européia**. Coimbra: Almedina, 2015.

HESSE, Konrard. **Escritos de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudíos Constitucionales. 1983.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LAMEGO, José. **Elementos de Metodologia Jurídica.** Coimbra: Almedina, 2016.

LAPORTA, Francisco. **Legal Principles.** En: Action, Norms and Values. Discussions with Georg Henrik von Wright. Madrid: Ed. Georg Meggle. 1999.

MOUCHET, Carlos y BECÚ, Ricardo Z. **Introducción al Derecho**, Buenos Aires: Albeledo-Perrot, 1970.

OTERO, Paulo. **Instituições Políticas e Constitucionais**. Coimbra: Almedina, 2016.

SEGALL, Eric J. **The Constitution Means What the Supreme Court says it Means**. Harvard Law Review, vol. 129. feb. 2016.

VOEGELIN, Eric. **História das Idéias Políticas**, vol. V. São Paulo: É realizações. 2016.

WEIL, Eric. **Hegel e o Estado**. São Paulo: É realizações, 2011.

WRIGHT, G. Henry Von. **Norma y Acción. Una Investigación Lógica**. Madrid: Editorial Tecnos, 1970.

O ACESSO À JUSTIÇA INTERNACIONAL: UMA ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE O SISTEMA EUROPEU E INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Carolina Calzolari Antonio[1]

RESUMO

O presente trabalho realiza uma análise comparativa dos mecanismos de acesso à justiça entre dois sistemas regionais de proteção aos direitos humanos: o Sistema Europeu e o Interamericano. O Sistema Europeu foi o primeiro a ser instituído, e com isso, muito do funcionamento do Sistema Interamericano foi inspirado e adaptado a realidade regional americana. Entretanto há peculiaridades entre os dois sistemas relacionadas aos procedimentos de denúncia que merecem ser destacas, e por fim, comparadas. Assim que, a pesquisa realizada nesse trabalho fornece uma análise comparativa a partir de uma série de levantamento de dados e fatores com a finalidade de averiguar a acessibilidade e efetividade ao acesso individual à justiça perante ambos sistemas de regionais.

Palavras-chave: Direito Internacional dos Direitos Humanos; Sistemas Regionais de Proteção aos Direitos Humanos; Sistema Interamericano; Sistema Europeu.

1 INTRODUÇÃO

Após 1945, com o final da Segunda-Guerra Mundial, a comunidade internacional enfrentou um momento de reestruturação política e jurídica com a codificação daqueles que eram compreendidos como Direitos Humanos, com a finalidade de garantir a dignidade da pessoa humana, e por fim desenvolveram sistemas com o objetivo de proteger esses direitos. Com a codificação dos direitos humanos no século XX o principal mecanismo de defesa e proteção desses direitos consequentemente passou a ser a judicialização internacional, sendo estruturado tanto no Sistema Global de Proteção (Nações Unidas) quanto nos Sistemas Regionais (Europeu, Americano e Africano) Cortes internacionais que possibilitem a denúncia por parte da sociedade civil dos direitos violados em determinado Estado.

Norberto Bobbio (2004) afirma em sua ilustre obra “A Era dos Direitos” que hoje o problema fundamental em relação aos direitos do homem não se trata tanto de justifica-los, mas sim protege-los, categorizando o autor esse problema não mais como filosófico, mas sim jurídico. Assim que, com os direitos humanos já devidamente codificados no sistema internacional pós século XX, o grande desafio deste novo século se refere a protege-los e torna-los realidade, por isso que a análise de mecanismos internacionais se faz tão necessária.

[1] Email: carolinacalzolari@gmail.com. Currículo *Lattes*: http://lattes.cnpq.br/4197544661038543

A presente pesquisa se inicia através de uma análise histórica da internacionalização dos Direitos Humanos, e seu processo de codificação no Sistema Global de proteção. Posteriormente, é averiguado os fatores históricos que influenciaram a criação do primeiro sistema regional de proteção aos Direitos Humanos, o Sistema Europeu, e de que maneira o referido sistema é organizado, examinando também seu mecanismo de peticionamento perante a sua Corte. Por fim, é observado a historicidade do Sistema Americano, assim como levantado fatores semelhantes na organização estrutural comparando-o com o Europeu e seu sistema de peticionamento.

A escolha metodológica entre os dois sistemas se deu em razão de que o Sistema Europeu foi primeiro Sistema Regional de Proteção, assim que, ele se demonstra mais "maduro" e estruturado dos sistemas regionais, e o Sistema Americano em razão do Estado brasileiro fazer parte deste Sistema, o que torna a pesquisa ainda mais relevante em aspectos práticos com a realidade nacional.

De nenhuma maneira se busca esgotar a pesquisa e o debate sobre o acesso à justiça entre o Sistema Europeu e o Americano, mas sim realizar uma análise comparativa com a finalidade de compreender em quais pontos os sistemas se assemelham, e quais eles se diferem, para por fim, com a experiência alheia, se possibilitar indagar e discutir sobre necessárias mudanças sistêmicas para a efetiva proteção dos direitos humanos.

2 A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: SISTEMA UNIVERSAL E SISTEMAS REGIONAIS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS.

O século XX foi demarcado com duas grandes guerras que vieram a devastar uma pluralidade de países, tendo como consequência um imensurável número de vítimas fatais, além dos impactos no meio econômico, políticos e social. A Segunda Guerra (1939-1945) se destaca perante a primeira pois além dos combates que visavam a tradicional ambição de conquista de territorial, ela também foi demarcada por atrocidades genocidas realizadas pelo governo *Reich* em que propagava a ideia de uma categorização humana, tendo realizado um holocausto com mortes planejadas sistematicamente, havendo realizado também outros meios de tortura como o trabalho forçado, ou ainda a utilização dessas pessoas como cobaias em experimentos científicos.

Com uma civilização devastada com as consequências das grotescas violações contra a dignidade da pessoa humana na Segunda Guerra Mundial, o período pós-guerra demarcou um momento de reflexão política internacional, em que os Estados reconheceram que seria importante uma união entre as nações para que atrocidades como as ocorridas nunca mais viessem a acontecer. Diante disto, foi criada e implementada a Organização das Nações Unidas em 1945, por meio da Carta da ONU, iniciando-se assim o processo de internacionalização dos direitos humanos.

Segundo Rezek (2016) antes de 1945 no Direito Internacional Público não havia a preocupação organizada, pública e consciente de proteção aos direitos humanos. Havia o termo *intervenção humanitária*, que se tratava de proteger territórios e patrimônios, e dentro deste pretexto se protegia também a vida humana, porém a proteção da vida não era a principal finalidade.

Após a criação das Nações Unidas, foi necessário estabelecer o que eram e quais seriam considerados como direitos humanos no âmbito global, dessa forma, a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas assumiu a tarefa de elaborar o documento que os definiria, e assim, em 18 de junho de 1948 apresentou o projeto da Declaração Universal de Direitos Humanos, que foi aprovado no mesmo ano.

A Declaração Universal foi fortemente inspirada nos valores da Revolução Francesa, e foi o primeiro e principal documento declaratório de Direitos Humanos no âmbito internacional da história. A Declaração teve como finalidade afirmar o que era compreendido como direitos humanos, e coloca-los no patamar de direitos fundamentais e universais, não apresentando o documento força jurídica obrigatória e vinculante, sendo categorizada a Declaração como *soft law,* caráter de norma programática

Após a criação das Nações Unidas e a elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos, Estados ao redor do mundo passaram a se organizar e se manifestar politicamente em prol da criação também de sistemas regionais de proteção, que visassem a defesa dos direitos humanos diante de particularismos regionais existentes em cada continente.

Desta forma, no decorrer nas décadas foi se estruturando pelos continentes sistemas regionais de proteção aos direitos humanos. O Sistema Europeu foi o pioneiro dos sistemas regionais, sendo criado em 1950 por meio da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que entrou em vigor em 1953. O Sistema Interamericano veio em seguida, em 1969, por meio da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, vigorando internacionalmente em 1978. E por último, o Sistema Regional Africano em 1981, com a Carta Africana dos Direitos Humanos dos Povos, que entrou em vigor em 1986.

Ainda não existe um sistema de proteção regional no continente asiático, porém conforme MAZZUOLI (2014) é apenas uma questão de tempo, haja em vista já ser possível verificar alguns avanços e esforços nesse sentido, em virtude da adoção da Carta Árabe de Direitos Humanos em 1994 (revisada em 2004), porém segundo o autor, não se pode ainda dizer que existe um completo sistema com órgãos sólidos de proteção.

Com os direitos humanos se tornando matéria de direito internacional, as mais variadas violações da dignidade da pessoa humana estão, desde então, sendo constantemente vigiadas, fiscalizadas e até litigadas internacionalmente, quando os mecanismos de proteção domésticos se apresentam falhos ou insuficientes. Flávia Piovesan (2015) argumenta que os direitos humanos, com o processo de internacionalização conquistaram uma garantia adicional de proteção com a vigilância da comunidade internacional.

Todos os sistemas proteção existentes até hoje, tanto o global quanto os regionais, optaram pela positivação dos direitos humanos, existindo neles uma imensa pluralidade de Tratados, Acordos e Convenções Internacionais de diferentes temáticas. A codificação dos direitos humanos no âmbito internacional acarretou como consequência a facilitação do exercício da judicialização como principal mecanismo de defesa da dignidade da pessoa humana no âmbito internacional. Desta forma, assim como o direito interno, o mecanismo judicial, tanto no seu método contencioso quanto consultivo, demonstra-se como o meio mais efetivo para reclamar que um Estado a infringido alguma norma de direito

internacional, seja perante um tratado em específico ou alguma norma *ius cogens* (DURÁN, 2006).

Com a internacionalização dos direitos humanos é possível se afirmar que pela primeira vez na história do direito internacional público os indivíduos passaram a ser detentores de direitos, e em algumas hipóteses até de obrigações. Doutrinas mais tradicionais ainda não reconhece o indivíduo como verdadeiro sujeito de direito internacional, sendo sujeitos, na perspectiva desta doutrina mais tradicional, apenas os Estados e as Organizações Internacionais. Autores como Mazzuoli discordam veementemente deste pensamento:

> É certo que a personalidade dos indivíduos, no plano internacional, é limitada. Contudo, em certas ocasiões, principalmente no que diz respeito aos crimes de guerra e ao genocídio, têm os indivíduos, assim como os Estados, responsabilidade no plano internacional. Nestes casos, os indivíduos passam a ser punidos como tais. Neste cenário, passam eles a ter direitos e obrigações, de modo que não mais se pode afirmar que somente os Estados é que são praticantes de ilícitos internacionais. Ora, se indivíduos, como tais, também podem ser responsabilizados no cenário externo em virtude de atos violadores do direito internacional público, é porque também tem personalidade jurídica internacional. E se tem essa personalidade é porque, consequentemente, também são considerados sujeitos de direito internacional (MAZZUOLI, 2008, p. 374)

A discussão sobre indivíduos como sujeitos de direito internacional, por mais relevante que venha a ser, é meramente doutrinária. No plano fático, antes do século XX o direito internacional público era composto e tinha como matéria apenas a regulação de relações entre os Estados soberanos. A partir do pós-guerra, os indivíduos vieram ganhando cada vez mais espaço na esfera do direito internacional público, seja no reconhecimento de seus direitos (referente ao Direito Internacional dos Direitos Humanos), de suas obrigações (perante ao Tribunal Penal Internacional), e os Estados passaram a ter a possibilidade de serem réus perante um tribunal internacional em que a parte a ativa é composta por um indivíduo ou coletividade. Desta forma, o individuo além de ter seus direitos protegidos pelo sistema internacional, em muitas hipóteses tem um papel fundamental ativo na denúncia de violações de direitos humanos, o que será analisado em seguida.

3 SISTEMA EUROPEU DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANO

Por meio do Conselho Europeu, uma organização internacional não-governamental, foi proclamada a Convenção Europeia de Direitos Humanos em 1950, entrando em vigor em 1953, quando foi ratificado pelo número mínimo de 10 Estados. A Convenção, inspirada na Declaração Universal dos Direitos Humanos, instaurou o primeiro sistema regional de proteção aos Direitos Humanos no mundo, consagrando o documento um amplo rol de direitos e garantias, sendo sua maioria considerados como de primeira geração.

A Convenção Europeia surgiu de um contexto pós-guerra, de reestruturação do continente mais afetado pelos conflitos do século XX e no início da Guerra Fria, sendo assim seu maior objetivo era proteger e unificar os Estados europeus. A finalidade da Convenção está elencada logo em seu princípio, em que estabelece como objetivos primordiais a proteção e aplicação

efetiva dos direitos enunciados no tratado, fornecendo assim uma concepção comum dos direitos humanos, assim como a preservação de um regime verdadeiramente democrático no continente.

> En primer lugar, la consolidación jurídica de un sistema para exigir a los Estados aspirantes a la adhesión su compromiso con los derechos fundamentales y el desarrollo de un mecanismo de prevención y, en su caso, de sanción en caso de riesgo o de violaciones graves y persistentes de estos derechos respecto de sus propios Estados miembros. Por otra parte el acrecimiento del peso de la acción exterior de la UE ha traído, por su parte, un discurso jurídico del primer orden relativo a la promoción y exigencia del respecto de los derechos fundamentales de primer orden relativo a la promoción y exigencia del instrumentos y, en particular del desarrollo de una importante política de condicionalidad. (MARTIN, NOGUERAS, p. 124, 2015)

Atualmente 47 Estados são membros do Conselho Europeu, sendo que todos eles já ratificaram a Convenção Europeia de Direitos Humanos, reconhecendo a jurisdição da Corte de Estrasburgo. Todos os países localizados geograficamente no continente, ainda que só uma parte, como Rússia e Turquia, podem vir a fazer parte do Sistema.

Originalmente o sistema Europeu era composto por três órgãos: a Comissão Europeia de Direitos Humanos, que possuía um caráter semi-judicial e analisava a admissibilidade de todas as petições antes de encaminha-las a Corte, a Corte Europeia de Direitos Humanos, e o Comitê de Ministros, órgão com características diplomáticas e um funcionamento como órgão de supervisão.

Com a finalidade de manter o Sistema Europeu sempre atualizado em relação ao seu rol de direitos e seus mecanismos de proteção, a Convenção já sofreu inúmeras alterações por vias de protocolos com o passar das décadas, totalizando até hoje 16 protocolos. Por exemplo, o Protocolo 1 adicionou a Convenção os direitos relacionados à propriedade, à instrução de sufrágio, o Protocolo 4 proíbe a prisão civil por dívidas, estabelece a liberdade de circulação, proibição de expulsão de nacionais.

Em 1998, por meio do Protocolo 11, o Sistema Europeu sofreu grandes mudanças em seus órgãos e mecanismos de peticionamento. A Comissão e a Corte passaram a ser substituídas por uma nova Corte permanente, sediada em Estrasburgo, com o mesmo número de juízes de Estados-partes, ou seja atualmente a Corte é composta por 47 juízes, um nomeado por cada país-membro. Com a alteração realizada no Protocolo, os juízes são os que realizam a análise da admissibilidade da petição. Antes do protocolo, de acordo com Ramos (2016) as vítimas ou os Estados-partes apresentavam a petição à Comissão e após a análise realizada por esta, a Comissão poderia ou não apresentar o caso perante a Corte. E assim, perante a Corte, o Estado infrator era por fim processado e poderia ser obrigado a se responsabilizar pela violação.

O protocolo 11, extinguiu protocolo 9, afetando também o funcionamento do Comitê de Ministros, que antes possuía a função contenciosa, nas hipóteses das petições analisadas pela Comissão que não eram encaminhadas a Corte. Considerando o carácter político do Comitê de Ministros, pois preferencialmente ele era composto pelo Ministro das Relações Exteriores de cada país membro, e o fato das decisões de mérito dos seus casos serem discricionárias sem a

necessidade de serem motivadas, o rigor jurídico não era exatamente um critério nas tomadas nas deliberações realizadas pelo Comitê de Ministros. prejudicando assim, evidentemente todas as vítimas de violações de Direitos Humanos no continente. A referida alteração no sistema foi extremamente pertinente, afinal a estruturação do sistema europeu sofria severas críticas por um órgão político como o Comitê de Ministros possuir competências judiciais.

O protocolo 11 também inovou em relação ao método de peticionamento perante a Corte de Estrasburgo, que hoje pode ser feito diretamente de duas maneiras: conforme o artigo 33, em que um Estado-parte denuncia um outro Estado-parte pelo descumprimento do conteúdo da Convenção, e de acordo com o artigo 34, que possibilita o peticionamento individual das vítimas.

Um Estado-parte tem a possibilidade de realizar a denúncia de outro Estado-parte por violar algum dos direitos elencados pela Convenção, sendo que o Estado-denunciado não possui qualquer faculdade de aceitar ou não a queixa, devendo assim, o Estado denunciado se defender apenas perante a Corte quando a petição for aceita. Essa modalidade de denúncia elencada pelo artigo 33 não apresenta de nenhuma maneira uma inovação no direito internacional, seu valores são visivelmente clássicos e manifestam uma expressão diplomática de compromisso ao mantimento à ordem europeia.

O artigo 34 estabelece a possibilidade de recebimento de petições de qualquer pessoa singular, organização não governamental ou grupo de particulares que se considerem vítimas de qualquer um dos direitos reconhecidos pela Convenção Europeia e por seus protocolos. Esse artigo, inovado pelo protocolo 11, abrange dois importantes pontos que merecem destaque: a ampliação do conceito de vítima e a possibilidade de individualmente se peticionar perante a corte.

A ampliação do conceito de vítima é fundamental para uma maior proteção da Convenção, afinal a violação de determinado artigo por um Estado quase sempre gera vítimas não só aquelas afetadas diretamente, mas também indiretamente. A possibilidade de uma determinada coletividade de pessoas que foi indiretamente afetada por uma ação ou omissão Estatal por um compromisso de direitos humanos estabelecido internacional é essencial para a efetiva proteção desses direitos. A noção de vítima no sistema Europeu independe de sua compreensão perante o sistema interno, ainda que o Estado venha regular precisamente sobre o interesse e a qualidade de agir.

> É considerado “vítima” quem for diretamente atingido pelo ato objeto do litígio, sofrendo ou correndo o risco de sofrer seus efeitos. A qualidade de vítima não depende sempre da existência do prejuízo, mas está associada à eficácia do recurso interno, ou seja, dependerá da compensação que o recurso interno lhe tiver concedido. (GONTIJO, p. 148, 2009)

De acordo com Mazzuoli (2014) a maior inovação e avanço apresentado pelo Protocolo 11 foi o fato de haver conferido aos indivíduos, organizações não governamentais e grupos de indivíduos acesso direto à Corte de Estrasburgo, podendo inclusive iniciar um processo diretamente perante ela. Ainda segundo o autor, quando se refere avanço, não faz referencia apenas ao fato de permitir às vítimas, seus familiares ou representantes legais participarem do processo

em todas as etapas (*locus standi),* mas também sim ao ingresso direto dos indivíduos a Corte (*jus standi)* para ali interpor a demanda.

O peticionamento individual perante a Corte Estrasburgo possibilitou uma maior facilitação no acesso a jurisdição internacional, e logo uma ampliação na proteção dos direitos garantidos pela Convenção Européia. Em dados apresentados na obra de André de Carvalho Ramos apresenta um evidente aumento nas demandas apresentadas à Corte Européia. De 1960 à 1998 (o ano do Protocolo 11) a Corte só havia julgado 837 casos. 10 anos após o Protocolo, em 18 de setembro de 2008 a Corte comemorou o julgamento de seu caso 10.000.

Evidentemente que o acesso a justiça expandido deve ser interpretado como um avanço na proteção aos direitos humanos, porém contrapartida se levanta em debate qual será a próxima alteração a ser realizada pela Convenção: pois ao mesmo tempo que se estendeu o acesso à justiça europeia, possibilitando o acesso individual dos indivíduos, o número de juízes permanece estabilizado. As mudanças realizadas pelo sistema europeu demonstram que nenhuma proteção internacional pode ser considerada efetiva se não vier acompanhada de mecanismos de protetivos adequados, que devem ser atualizados e modificados de acordo com a necessidade coletiva.

4 O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos é o sistema regional representado por um conjunto de diplomas de instituições transnacionais que tem como finalidade a proteção e a promoção dos Direitos Humanos no continente americano.

Segundo Mazzuoli (2015) o Sistema Interamericano é formado por dois regimes: um baseado no regime da Convenção Americana e o outro com fundamento na Carta da Organização dos Estados Americanos, sendo que ambos interagem de modo expresso e dinâmico.

> Dos 11 Estados-partes da Convenção na época, menos que a metade tinha governos eleitos democraticamente, ao passo que hoje quase a totalidade dos Estados latino-americanos na região tem governos eleitos democraticamente. Diversamente do sistema regional europeu que teve como fonte inspiradora a tríade indissociável Estado de Direito, Democracia e Direitos Humanos, o sistema regional interamericano tem em sua origem o paradoxo de nascer em um ambiente acentuadamente autoritário, que não permitia qualquer associação direta e imediata entre Democracia, Estado e Direitos Humanos. (PIOVESAN, p. 125, 2015)

O Sistema Interamericano de proteção aos direitos humanos é composto por dois órgãos: a Comissão Interamericana, órgão principal e autônomo da OEA, com sede em Washington, e a Corte Interamericana, órgão judicial autônomo com sede em San José. Assim como o antigo Sistema Europeu, atualmente se adota no Sistema Regional Americano, um padrão bifásico de análise preliminar das petições recebidas realizadas pela Comissão Interamericana, e se cumprido os requisitos de admissibilidade estabelecidos

pelo Pacto de San José da Costa Rica, e não havendo conciliação entre as partes, o caso segue para a Corte à fins de sentença.

As condições de admissibilidade da petição, analisada pela Comissão, deve conter os requisitos elencados no artigo 46 da Convenção Americana, que são: o esgotamento dos recursos internos, ausência do decurso do prazo de seis meses para representação, ausência de litispendência internacional e ausência de coisa julgada internacional.

Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental reconhecida legalmente por um ou mais Estados membros da Organização, conforme o artigo 44 da Convenção, pode peticionar perante à Comissão, devendo a petição seguir todos os requisitos estabelecidos pelo artigo 28 para serem admitidas.

A impossibilidade dos indivíduos acessarem a Corte Interamericana diretamente é considerado como um grande retrocesso na proteção dos direitos humanos, afinal o lado mais vulnerável, que são as vítimas e os cidadãos que estão denunciando a violação de um referido direito da Convenção Americana, podem ter sua petição negada pela Comissão, sem a possibilidade de qualquer tipo de revisão ou recurso, enquanto os Estados-membros do Sistema possuem acesso direto tanto a Comissão quanto à Corte.

> Por um lado, esse sistema de peticionamento merece ser revisto com certa urgência, uma vez que os indivíduos não estão legitimados para levar uma demanda perante a Corte I.D.H diretamente. Dessa forma, se um Estado-parte obteve a vitória em um assunto no âmbito da Comissão IDH, não há incentivo (seja pela Comissão I.D.H, seja pelo Estado-Parte) de submeter (ainda que seja outro julgamento) à Corte I.D.H, a qual representa a única via para que todos os meios de proteção operem de forma plena. (GONTIJO, p. 134, 2009)

Além da diferença do Sistema Europeu em relação a não permitir o acesso individual direto das vítimas e dos seus representantes à jurisdição internacional, no Sistema Interamericano ainda rege pelo requisito de que para que seja admitida e examinada determinada denúncia, o Estado reclamado necessita haver reconhecido a competência da Comissão.

Em algumas hipóteses estabelecidas pelo Protocolo Adicional de San Salvador, se determina o acesso individual quando direitos como à organização sindical ou à educação foram violados por um Estado signatário do Protocolo, porém mesmo diante de tais circunstâncias o procedimento continua bifásico: antes a Comissão, e posteriormente a Corte Interamericana.

Em 2009 foi inaugurado o novo Regulamento da Corte Interamericana, que já demonstrou indícios da preocupação de permitir o acesso individual direto ao órgão jurisdicional do sistema. No novo regulamento, foi afastada a função da Comissão em fazer uma petição inicial própria, diante disto a partir do ano de 2010, as vítimas e seus representantes passaram a ser intimadas a apresentar a petição inicial do processo internacional.

As sentenças proferidas pela Corte Interamericana são definitivas e inapeláveis, podendo decidir pela procedência ou improcedência da demanda.

De acordo com RAMOS (2016) o efeito de uma sentença procedente da Corte Interamericana é distinto do sistema da Convenção Europeia de Direitos Humanos. No modelo europeu, o Estado é livre para escolher os meios de reparar a violação declarada pela respectiva corte, sendo apenas possível a

fixação de um valor pecuniário apenas quando o direito interno não possibilitar o retorno ao *status quo* de maneira geral. Em contrapartida no sistema interamericano, de acordo com o artigo 68.1 há o dever de os Estados cumprirem integralmente a sentença emitida pela Corte.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os Sistemas Regionais de proteção aos direitos humanos são fundamentais e complementares ao Sistema Global. Em virtude da aproximação geográfica e semelhança história e política dos países do mesmo continente, os Sistemas Regionais se demonstram fundamentais a defesa de violações peculiares características de determinada região, como por exemplo questões migratórias no continente Europeu e regimes ditatoriais na América Latina.

O Sistema Europeu é o mais maduro dos sistemas, e conforme analisado anteriormente foi desenvolvido com a finalidade de unir os países europeus no período pós-guerra. A adoção pela Convenção Europeia de Protocolos com o passar das décadas que realizam mudanças sistêmicas regionais e atualizam mecanismos procedimentais, possibilita que o Sistema Europeu além de tornar cada vez mais acessível, se mantenha atualizado das atuais necessidades tanto em relação aos direitos humanos em carácter formal quanto material.

O Protocolo 11 instituído pela Convenção apresentou grandes mudanças ao sistema, sendo a mais significativa o peticionamento individual direto a Corte de Estrasburgo. Ainda que o peticionamento individual estatisticamente demonstrou que foi capaz que possibilitar uma ampliação do acesso à justiça, esse acesso seria ainda maior com um aumento no número de juízes, afinal a antiga Comissão que atuava como órgão semi-judicial foi extinta, acumulando todo o trabalho de análise peticional à Corte, que sofre uma sobrecarga de trabalho.

O Sistema Interamericano copiou muitos mecanismos do antigo Sistema Europeu, e sua forma de funcionamento praticamente segue intacta desde seu princípio, com alterações relacionadas apenas à determinados mecanismos em específico. Nenhum Sistema nasce e segue perfeito, alterações em relação ao seu funcionamento são sempre necessárias e acredito que devem sempre ser objeto de debate e mudança com o passar das décadas com a finalidade de aprimoramento de seu exercício.

Em relação ao Sistema Interamericano impossibilitar o acesso individual direto à sua Corte, a Corte não exercer sua função permanentemente e a necessidade dos Estados serem obrigados a reconhecer a competência tanto a Corte quanto da Comissão acredito que são as questões que mais urgem por uma mudança no sistema regional americano. A modificação no Regulamento da Corte Intermericana em 2009 já demonstra um avanço e um encaminhamento ao acesso individual à justiça, mas ainda assim é insuficiente considerando a relevância da questão.

Se a judicialização internacional foi reconhecida como o principal mecanismo de defesa dos direitos humanos é necessário que os Sistemas tanto os Regionais quanto ao Global possibilitem e ampliem um acesso fácil, rápido e simplificado à justiça internacional, caso contrário Direitos Humanos só refletem negociações diplomáticas em que seus Tratados não passam além de lei morta.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 10.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BROWNLIE, IAN. **Principles of Public International Law.** 5.ed. Oxford: Claredon Press, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Regulamento da Corte.** Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_por.pdf> Acesso em: 13.ago.2018

DURÁN, Carlos Villán. **Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos.** Madrid: Editorial Trotta, 2006.

GONTIJO, André Pires. **O papel do sujeito perante os sistemas de proteção dos direitos humanos: a construção de uma esfera pública por meio do acesso universal como instrumento de luta contra violação dos direitos humanos.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/anais/36/03_1319.pdf> Acesso em: 6.ago.2018.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira**. Curso de Direito Internacional Público**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PIERNAS, Carlos Jiménez. **Introducción al Derecho Internacional Público. Práctica de España y de la Unión Europea.** 1.ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2011.

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

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 8.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público – Curso Elementar**. 16.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

RAMOS, André de Carvalho Ramos. **Processo Internacional dos Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

VELASCO, Manuel Diez de. **Instituciones de Derecho Internacional Público.** 15.ed. Madrid: Editora Tecnos, 2005.

O CUSTO E O VALOR DA IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Sônia Maria Mazzetto Moroso Terres[1]

1 INTRODUÇÃO

A promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988[2] inaugura no Brasil o denominado Estado Social e Democrático de Direito que, por Social, implica em ações "por dever para com a Sociedade" que valorizam o seu Sujeito ou o seu Objeto, e tem como objetivo o "Bem comum ou Interesse Coletivo" (PASOLD, 2013, p. 89). Marcada pela redemocratização, a Carta Constitucional ampliou o catálogo de Direitos e Garantias Fundamentais dos indivíduos, e revigorou a importância do papel do Poder Judiciário em um Estado Democrático de Direito (NUNES JÚNIOR, 2008, p. 163), tido como guardião dos Direitos e Garantias Fundamentais.

A crescente Judicialização dos Direitos Fundamentais Sociais, assim entendidos como "direitos prestacionais" que exigem uma atuação positiva do Estado, voltada à persecução da "Igualdade Social" (TAVARES, 2012, p. 837) culminou em significativas invasões do Poder Judiciário na esfera executiva. Inauguraram-se, em um primeiro momento, discussões principiológicas que, quase sempre, resumem-se a pleitos pela satisfação de Direitos Individuais que advogam pela prevalência do Mínimo Existencial, intrinsecamente ligado à Dignidade da Pessoa Humana, esta tida por Sarlet como "qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano" digno de igual respeito e consideração, que atrai Direitos e Deveres Fundamentais com vistas a compelir arbitrariedades e garantir condições mínimas de existência (SARLET, 2015, p. 70-71), ao escanteio da Reserva do Possível, que em sua origem alemã determina que não se possa prestar algo que não se situe no limite do razoável.

A Judicialização das Políticas Públicas de Direitos Fundamentais Sociais cresce exponencialmente sem a abertura para debates livres do discurso constitucional absolutista. A integralidade do Direito é ignorada, na mesma medida em que os custos decorrentes da implementação dos Direitos Fundamentais também o são. É necessária a análise responsável da matéria, atribuindo às expressões constitucionais seus verdadeiros significados e o seu alcance. Indispensável torna-se, ainda, a consciência de que a implementação dos Direitos Fundamentais importam em gastos, e efeitos financeiros imediatos e futuros que podem culminar, em senso contrário, à fatal desigualdade e outras violações constitucionais.

Com vista ao desenvolvimento do raciocínio lógico, o artigo divide-se em três seções acerca, respectivamente, dos efeitos financeiros decorrentes da Judicialização dos Direitos Fundamentais, a exemplo da Judicialização da Saúde

[1] Juíza de Direito do Estado de Santa Catarina. Graduada pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI (1988). Especialista nas áreas de Direito Ambiental e Direito Administrativo, Mestra em Gestão de Políticas Públicas e Doutoranda em Ciência Jurídica, todos pela UNIVALI (Itajaí – SC). Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/4098242210084347.

[2] A Constituição da República Federativa do Brasil doravante será citada como CRFB/88.

no Município de Itajaí, Estado de Santa Catarina, entre 2016 e 2017, da interpretação da norma constitucional que leve em conta a densificação normativa em matéria de Direitos Fundamentais e, por fim, da sua compreensão econômica, que visa atribuir à função judicial a necessária visão de que a implementação destes direitos, ainda que por vias individuais, no todo revela um custo que acaba prejudicando um número indeterminado de pessoas, e caracteriza uma ingerência do Judiciário nos cofres públicos.

A presente pesquisa se encerra com as conclusões, que estimulam a continuidade dos estudos e das reflexões sobre o custo e o valor da implementação dos Direitos Fundamentais Sociais. Quanto à metodologia, registra-se que, na fase de investigação, foi utilizado o método indutivo, na fase de tratamento de dados o método cartesiano, e o relatório dos resultados expresso é composto na base lógica indutiva. Nas diversas fases da pesquisa, foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica[3].

2 OS EFEITOS FINANCEIROS DECORRENTES DA JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – MUNICÍPIO DE ITAJAÍ (SC)

Desde o final da 2º Guerra Mundial, observou-se, na maior parte dos países ocidentais (BARROSO, 2009, p. 71-91), um crescente avanço da interferência do Poder Judiciário nas decisões adotadas pelo Legislativo e Executivo relativas às quais gastos priorizar, diante de um cenário marcado pela limitação de recursos orçamentários (SARMENTO, 2006. p. 2). Trata-se, pois, do fenômeno da Judicialização, que significa, nas palavras de Barroso:

> [...] que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais. [...] Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade (BARROSO, 2009, p. 71-91).

No contexto brasileiro, a Judicialização aumentou, exponencialmente, após a promulgação da CRFB/1988, em virtude de ela ter propiciado a redemocratização do Estado Brasileiro, ampliando o catálogo de Direitos e Garantias Fundamentais dos indivíduos e revigorado a importância do papel do Poder Judiciário em um Estado Democrático de Direito (NUNES JUNIOR, 2008, p. 157-179). À vista disso, tornaram-se frequentes, em todo o País, decisões judiciais determinando a entrega de prestações materiais relacionadas a Direitos Fundamentais Sociais, resultando na destinação de significativa parcela do orçamento público para o cumprimento de comandos provenientes do Poder Judiciário.

A Judicialização é visível, por exemplo, na Saúde Pública, porquanto cresce significativamente o número de demandas que pleiteiam por determinado insumo ou serviço médico negado pelo Poder Executivo, precipuamente aqueles

[3] Este artigo utiliza-se das definições metodológicas lecionadas por Cesar Luiz Pasold. *In* PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica:** teoria e prática. 13. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2018. p. 91.

que não constam em atos normativos do Sistema Único de Saúde[4], justificando, para tanto, que o Direito à Vida e à Saúde são absolutos e, sendo assim, devem se sobrepor a qualquer argumento relativo à separação de Poderes, princípios orçamentários e Reserva do Possível.

Somente no Município de Itajaí, localizado no Estado de Santa Catarina, constata-se, por meio de consulta ao Portal da Transparência[5], que foi empenhado para aquisição de medicamentos, nos anos de 2016 e 2017, o total de R$ 10.602.379,92 (dez milhões, seiscentos e dois mil, trezentos e setenta e nove reais e noventa e dois centavos), sendo R$ 4.697.310,26 (quatro milhões, seiscentos e noventa e sete mil, trezentos e dez reais e vinte e seis centavos) no ano de 2016, e R$ 5.905.069,66 (cinco milhões, novecentos e cinco mil, sessenta e nove reais e sessenta e seis centavos) no ano de 2017.

Em contrapartida, segundo pesquisa quantitativa realizada na Vara da Fazenda Pública desta Comarca alusiva ao mesmo período, nota-se que o Município despendeu o montante de R$ 2.272.127,25 (dois milhões, duzentos e setenta e dois mil, cento e vinte e sete reais e vinte e cinco centavos), em razão de sequestros judiciais, para o cumprimento de decisões que concederam medicamentos para apenas 102 pessoas. Deste total, R$ 483.579,00 (quatrocentos e oitenta e três mil e quinhentos e setenta e nove reais) referem-se ao ano de 2016, e o restante, que equivale a R$ 1.788.548,25 (um milhão, setecentos e oitenta e oito mil, quinhentos e quarenta e oito reais e vinte e cinco centavos) são referentes ao ano de 2017.

Fazendo-se um comparativo de dados, constatou-se que o valor despendido atendeu 102 pessoas, ou seja, 21,4% do valor integral, o que permite afirmar que a Judicialização da Saúde, no Município, acabou instaurando uma verdadeira Injustiça Social, pois, enquanto a população Itajaiense é estimada, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 212.615 (duzentos e doze mil e seiscentos e quinze) pessoas[6], 21,4% do valor gasto com a aquisição de medicamentos, que inicialmente seria destinado em prol de toda a comunidade, foi utilizado para atender somente 0,04% da população local. [7]

O estudo também apontou que o Estado de Santa Catarina, arcou com um valor aproximado ao que foi gasto pelo Município para satisfazer o cumprimento das decisões judiciais, porquanto expressiva parcela das ações de medicamentos são propostas conjuntamente em face dos dois Entes Públicos em razão da tese da solidariedade pelo fornecimento de fármacos. Neste sentido, concluiu referida pesquisa de que foram gastos, com a Judicialização da Saúde em dois anos, somente na Vara da Fazenda Pública da Comarca de

[4] O Sistema Único de Saúde doravante será citado como SUS.
[5] MUNICÍPIO DE ITAJAÍ. **Portal da Transparência**. Disponível em: <https://portaltransparencia.itajai.sc.gov.br>. Acesso em: 12 mai. 2018.
[6] INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA: IBGE. **Panorama Populacional de Itajaí/SC**. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/sc/itajai/panorama>. Acesso em: 12 mai. 2018.
[7] Tanto os dados da pesquisa mencionada como sua conclusão encontram-se em: BRASIL. Vara da Fazenda Pública, Execuções Fiscais, Acidente do Trabalho e Registros Públicos da Comarca de Itajaí. Decisão Interlocutória nº 0304495-42.2018.8.24.0033. Relator: Juíza de Direito Sonia Maria Mazzetto Moroso Terres. Itajaí, SC, 24 de abril de 2018. Disponível em:<https://esaj.tjsc.jus.br/cpopg/show.do?processo .codigo=0X0054O3W0000&processo.foro=33&uuidCaptcha=sajcaptcha_4042511a03cb4490914881fb9e8afeec>. Acesso em: 12 mai. 2018.

Itajaí, mais de 4 (quatro) milhões e meio para atender somente 102 pessoas, as quais se submetem, em sua maioria, a tratamentos de administração contínua, o que faz com que o impacto financeiro sofrido pelo Ente Público se perpetue indefinidamente.[8]

Se não bastasse, sabe-se que, em ações cujo autor possua idade inferior a 18 anos, a competência para o seu julgamento é da Vara da Infância e da Juventude. À vista disso, o *quantum* gasto pelo Município de Itajaí, em decorrência de pleitos medicamentosos, deve ser, por lógica, significativamente maior ao que foi apurado, comprometendo um percentual ainda superior a 21,4% de todo o orçamento destinado à aquisição de medicamentos.

O Estado (*latu sensu*), a *priori*, quando nega o fornecimento dos fármacos não constantes das listas obrigatórias, está agindo em consonância com o que prevê a Lei 8.080/90[9], denominada de Lei Orgânica da Saúde, e o Decreto n. 7.508/11[10]. Esta legislação somente autoriza que o Administrador Público forneça determinado medicamento caso a prescrição esteja em conformidade com a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename)[11] e os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas[12] ou com a relação específica complementar de cada Ente, instrumentos especialmente elaborados em observância à Política Nacional de Medicamentos, uma política científica, democrática, e em pleno funcionamento, a cargo do Ministério da Saúde, com a cooperação técnica da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS, a CONITEC[13].

Frente aos dados apontados pela pesquisa mencionada, observa-se que é premente a necessidade de uma reflexão consciente acerca dos signos constitucionais e o seu alcance, bem como do valor e dos custos envolvidos para a implementação dos Direitos Fundamentais, sobretudo acerca da Judicialização e dos efeitos dela decorrentes, sob pena de haver uma futura inviabilização completa dos sistemas e Políticas Públicas em funcionamento.

3 A INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS INSTITUIDORAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

[8] BRASIL. Vara da Fazenda Pública, Execuções Fiscais, Acidente do Trabalho e Registros Públicos da Comarca de Itajaí. Decisão Interlocutória nº 0304495-42.2018.8.24.0033. Relator: Juíza de Direito Sonia Maria Mazzetto Moroso Terres. Itajaí, SC, 24 de abril de 2018.

[9] BRASIL. **Lei Federal nº 8.080, de 20 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: 09 ago. 2018.

[10] 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: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7508.htm>. Acesso em: 08. mai. 2018.

[11] A Relação Nacional de Medicamentos Essenciais, doravante será citada como Rename.

[12] O Protocolo Clínico e Diretriz Terapêutica, doravante será citado como PDCT.

[13] Doravante denominada neste artigo como CONITEC. Criada pela Lei nº 12.401/2011. BRASIL. **Lei nº 12.401 de 28 de abril de 2011**. Altera a Lei n. 8.08, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação te tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12401.htm>. Acesso em: 09 ago. 2018.

A CRFB/1988 inaugura um Estado Social e Democrático de Direito, vocacionado à progressiva consecução de um projeto de igualdade material, posicionando o Estado como figura central na realização da Justiça Social, responsável pela promoção de Direitos Sociais e a formulação de Políticas Públicas objetivadas à eliminação das desigualdades (DERBLI, 2007, p. 3). Compreender os Direitos Fundamentais Sociais na prática é de primordial importância e, assim, reconhecendo os custos dos Direitos, torna-se imperioso, e essencial para a sua própria operacionalização, a reconstrução da noção de Direito Público subjetivo, voltando os conceitos jurídicos para a realidade econômica (GALDINO, 2005, p. 336).

A doutrina comprometida com o modelo de Estado Social argumenta que, aos Direitos Fundamentais absolutos, não se possa alegar restrições orçamentárias, por dizerem respeito aos valores de Mínimo Existencial e de Dignidade Humana (TIMM, 2010. p. 51-62), noções tidas como indissociáveis (SARLET, 2013, p. 29-44). A noção de Mínimo Existencial compreende "um ideal de justiça, porquanto diretamente conectado ao valor absoluto da pessoa humana", o que não significa "a satisfação de querências individuais, e sim de um padrão compatível com a realidade social na qual se insere" (CORDEIRO, 2012). Com relação ao Direto Social à saúde, por exemplo,

> [...] não decorre que o mínimo existencial em matéria de saúde possa corresponder a qualquer tratamento imaginável que, em determinado contexto, tenha alguma potencialidade de produzir efeito positivo para o paciente. Muito menos para o fim de atribuir ao Judiciário a prerrogativa de ignorar o complexo processo de definição das políticas públicas viáveis e, no seu lugar, instituir uma pretensão de cobertura absoluta e universal. A morte de uma pessoa pela falta de atendimento básico é certamente uma forma de menosprezo pela dignidade humana. O mesmo não se pode dizer, porém, sobre a eventual impossibilidade material de se entregar o melhor tratamento disponível para todas as enfermidades, sobretudo quando este se mostre diferenciadamente custoso (MENDONÇA, 2016).

O Direito Fundamental à Saúde está atrelado pela CRFB/1988 aos conceitos de Universalidade, Igualdade e Integralidade, que não guardam relação necessária com a totalidade. Tais conceitos significam que todos, sem distinção, devem ter acesso às Políticas Públicas formuladas no âmbito do SUS, as quais compreendem ações de prevenção, promoção, proteção e recuperação. Não há previsão legislativa, e sequer é segura a interpretação absolutista da norma, para concluir que tudo será disponibilizado. A respeito:

> A **universalidade do acesso** mencionada no art. 196 é a garantia de que todas as pessoas – sem barreiras contributivas diretas ou outras – têm o direito de ***ingressar*** no SUS. A universalidade compreende ***todos*** quantos queiram ir para o SUS enquanto a integralidade não compreende ***tudo***. – grifei. (SANTOS, 2006, p. 4).

Em análise da perspectiva objetiva dos Direitos Fundamentais, o Direito Fundamental deve ser considerado não apenas do ponto de vista do indivíduo perante o Estado, mas também sob o ângulo da comunidade em que o indivíduo está inserido, levando em conta os valores que devem ser respeitados e concretizados, e a possibilidade de considerado o interesse comunitário prevalente, ser restringido o Direito Fundamental, desde que respeitado o seu

núcleo essencial e observada a proporcionalidade (DERBLI, 2007, p. 98-99). Em tônica de realidade, a Saúde já é personificada através de uma Política Pública universal e igualitária que, no âmbito da Assistência Farmacêutica e da Política Nacional de Medicamentos, reúne protocolos especialmente elaborados, não se podendo falar, *a priori*, em violação do núcleo fundamental da norma constitucional, quando a negativa do Ente Público, a bem da verdade, é apenas a resposta formal acerca do que não incorporou para determinadas patologias, ou que não é de sua competência o financiamento, ou a dispensação. Acerca disso:

> O Estado Federal deve, ao adotar políticas econômicas e sociais, fazê-lo de modo a evitar agravo à saúde da coletividade, promovendo-a; entretanto, do ponto de vista setorial, a Saúde, não pode ser responsável por tudo que a condiciona. Regramentos devem existir. (SANTOS, [21-])

Assim, as ações e os serviços públicos de Saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada que constituem o SUS, que visa o diagnóstico de doenças, sua prevenção, e o tratamento dos problemas de Saúde, com atribuição de competências específicas a cada esfera administrativa. Na operacionalização deste Sistema, os signos Universalidade e Integralidade da assistência à Saúde, certamente, não obrigam o Estado a garantir tudo para todos:

> Lamentavelmente, ainda há quem persista com a ideia de modelo centralizado, desconsidere a hierarquização e, contrastando, confunda universalidade com liberdade de acesso e escolhas (por exemplo, escolha por onde, como e com o que ser assistido) e integralidade com ilimitabilidade assistencial (por exemplo, disponibilidade de tudo o que exista, não importando se válido, a que custo e onde seja ofertado). Essa liberalidade no modo de ver e assim querer que seja o funcionamento do SUS expressa o conflito entre o desejo individual e o direito coletivo, numa equação que terminará por zerar a universalidade e o justo acesso. (GADELHA, 2010)

É necessário, ainda, que todos os operadores do direito conheçam e instrumentalizem a legislação infraconstitucional, a qual regula a norma fundamental, programática em sua origem. Neste sentido, estudo realizado na região Sul do Brasil, em análise da necessária interação entre os sistemas político e jurídico na Judicialização da Saúde:

> Observou-se que os autores utilizaram basicamente a Constituição Federal, a Constituição Estadual, e a Lei 8.080/90, nas suas petições iniciais. Em apenas 12,9% foram utilizadas portarias do Ministério da Saúde e não houve utilização de resolução da Comissão Intergestora Bipartite (CIB)[14] para o embasamento dos processos.

[14]"A Comissão Intergestores Bipartite, CIB, é o fórum de negociação entre o Estado e os Municípios na implantação e operacionalização do Sistema Único de Saúde, SUS. Como colegiado bipartite, a CIB é composta paritariamente por nove representantes da Secretaria de Estado da Saúde e por nove do Conselho de Secretários Municipais de Saúde, COSEMS". SECRETARIA DE ESTADO DE SANTA CATARINA. **O que é a CIB?** Disponível em:

> [...] Com relação as normas que regulam as políticas públicas de saúde, observou-se a reduzida utilização da legislação infralegal, nas petições iniciais e na contestação do réu. Para a tomada de decisões, os magistrados, em suas sentenças, não utilizaram portarias do MS[15], tampouco as resoluções da CIB. (PAULI, 2018, p. 315).

Salta aos olhos, assim, que tanto os pleitos submetidos ao crivo do Poder Judiciário, quanto as respectivas contestações, e as sentenças proferidas, de certa forma, ignoram a *densificação normativa* do Direito Social, uma função legislativa tida como importante instrumento mediador da eficácia, garantia e observância da norma fundamental. (CANOTILHO, 2004, p. 91). A respeito, "a maioria dos juízes não consegue entender a sistemática do SUS" (SCHULZE, 2018), e extrai-se desta análise que os Direitos Fundamentais vêm sendo operacionalizados sob o enfoque eminentemente constitucional, focado no discurso absolutista, atribuindo-se larga aplicabilidade e eficácia à estes Direitos, a despeito de sua normatização. Sobre essa práxis, leciona Canotilho:

> Considera-se aproximação absolutista aquela que de uma forma acrítica e positivista confia na simples interpretação das normas consagradoras de direito para, de forma também subsuntiva, deduzir das normas direitos subjetivamente radicados, vivos e diretamente aplicáveis às situações carecidas de regulação normativo-decisória. Por outras palavras: mediante um procedimento metódico de atribuição de significado aos enunciados linguísticos, deduz-se a própria efetividade dos direitos fundamentais. (CANOTILHO, 2004, p. 104-105).

A respeito, "é do presente, na vida real, que se tomam as forças que conferem vida ao direito – e à Constituição", e a aplicação do direito, que supõe sua interpretação, não é mera dedução deste mesmo direito, mas uma sistemática de continua adaptação das normas à realidade. (GRAU, 2012, p. 163). Assim, como os argumentos jurídicos teceram-se à margem de um organizado Sistema de Saúde, com diretrizes e prioridades já consolidadas, a crescente Judicialização, ao invés de realizar a promessa constitucional de prestação universalizada e igualitária deste serviço[16], em sua totalidade, colocou em risco a própria continuidade das Políticas Públicas de Saúde, desorganizando a atividade administrativa e "impedindo a alocação racional" dos recursos. (BARROSO, 2007, p. 90).

A "interpretação constitucional é concretização", e na tarefa da interpretação não pode existir método autônomo, o qual deixe de considerar o objeto da interpretação, a própria Constituição e, ainda, o problema respectivo (HESSE, 1998, p. 55-63). Assim, salta aos olhos a necessidade de uma interpretação que concretize a norma fundamental com tal atenção que permita que aos conteúdos jurídicos sejam atribuídos os seus reais alcances. E na busca da concretização dos ideários constitucionais, as medidas judiciais devem levar em conta o inegável valor dos Direitos Fundamentais, mas, também, anteverem

<http://portalses.saude.sc.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=54&Itemid=72>. Acesso em: 14. mai. 2018.

[15] A fonte faz referência ao Ministério da Saúde, o qual denomina de MS.

[16] Art. 196 - A saúde é 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, proteção e recuperação.

que estes mesmos Direitos possuem um custo, porquanto importam em gastos, conforme proposto a seguir.

Em suma, é necessária a tomada de consciência de que a soma de determinações judiciais em pleitos individuais pode culminar em uma trágica escolha, em prejuízo das demandas postas à porta legal e originária de acesso aos Direitos Fundamentais, a fim de que não se promova a derrocada destes mesmos Direitos e dos princípios que os norteiam, como os da Igualdade e Universalidade, quando da própria tentativa de sua implementação por vias individualistas que observem os Sistemas Sociais implementados.

4 A COMPREENSÃO ECONÔMICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O Poder Judiciário tem, por evidente, o importante papel de fazer com que as Políticas Públicas Sociais, já aprovadas, sejam fielmente executadas. Todavia, nota-se que somente compete a ele intervir nas hipóteses de omissão dos Poderes Públicos ou de ação que contravenha a CRFB/1988 (APPIO, 2005.). Nas palavras de Luís Roberto Barroso:

> [...] a atividade judicial deve guardar parcimônia e, sobretudo, deve procurar respeitar o conjunto de opções legislativas e administrativas formuladas acerca da matéria pelos órgãos institucionais competentes. Em suma: onde não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição, deve o Judiciário agir. Havendo lei e atos administrativos, e não sendo devidamente cumpridos, devem os juízes e tribunais igualmente intervir. Porém, havendo lei e atos administrativos implementando a Constituição e sendo regularmente aplicados, eventual interferência judicial deve ter a marca da autocontenção. (BARROSO, 2007, p. 104).

Tão importante quanto interpretar e concretizar a norma constitucional nos seus escorreitos espaços de sua atuação é levar em conta que o emprego de recursos em determinado setor significa deixar de investi-los em outros, e a interpretação que atribua o máximo respeito à norma fundamental não significa uma leitura irrefletida do futuro, pois a realidade orçamentária não é peça de ficção. (TIMM, 2010, p. 51-62). Schulze aborda as consequências da inobservância econômica na determinação de Políticas Públicas em matéria do Direito Fundamental à Saúde:

> Para muitas pessoas o direito à saúde está representado no mito do governo grátis, em que o Estado tem o dever de prestar tudo sem nenhum custo. É exatamente este o pensamento equivocado que impera no Brasil de forma generalizada e é incentivado, muitas vezes, pelo próprio Judiciário, por intermédio de decisões que desequilibram o sistema público de saúde e o sistema suplementar de saúde. (SCHULZE, 2005).

Quando para implementar Direitos Fundamentais Sociais, responde-se positivamente às demandas judiciais individuais e cria-se uma Política Pública anteriormente não prevista, utiliza-se, por via de consequência, a previsão orçamentária posta em prol de toda uma comunidade, direcionando o dinheiro a uma pequeníssima parcela da população. Não se trata apenas da colisão entre o valor do Direito Fundamental e o seu custo, a possibilidade de flexibilização da discricionariedade administrativa, ou a observação da restrição orçamentária.

Trata-se de reflexão de que o que está em jogo, efetivamente, é o Direito Fundamental individual de pouquíssimos *versus* o Direito Fundamental individual de todos os demais componentes da comunidade, pessoas inominadas, sem rosto, sem defesa ou acesso ao Judiciário, sem pleitos naquele dado momento, mas que, por serem dependentes das Políticas Públicas serão impedidas de acessarem suas legais catracas, frustradas em suas expectativas constitucionais fundamentais.

A determinação judicial de atendimento à Saúde de maneira discricionária revela um sério problema para o sistema econômico, que não dispõe de recursos suficientes para o atendimento pleno da Saúde (MARTINI VIAL, 2012, p. 261). E a frequente eleição do Poder Judiciário como porta de entrada do SUS é preocupante, porquanto fere os direitos individuais dos demais que aguardam o atendimento via Políticas Públicas instituídas pelo Estado, tendo em vista que, por inúmeras questões, a maioria da população não tem acesso a esta mesma Justiça que, inclusive, vem lhe retirando as possibilidades administrativas, antes já escassas.[17]

Por certo, a solução desta celeuma não é juridicamente fácil, tampouco moralmente simples (BARROSO, 2007, p. 91). É preciso levar em conta que os recursos financeiros do Estado, utilizados para satisfazer os seus objetivos e cumprir com o seu dever constitucional de assegurar e efetivar Direitos, são derivados, precipuamente, da esfera patrimonial do contribuinte, mediante arrecadação de impostos, taxas e contribuições sociais que, por sua vez, encontram-se limitados por princípios tributários que conferem garantias formais e materiais aos cidadãos. Portanto, há balizas financeiras, tanto em relação às despesas, quanto em relação às receitas de determinado Estado, o que engessa a adoção de ações que minimizem o impacto financeiro das decisões que determinam uma prestação material não prevista dentro da previsão orçamentária. (GOMES; MONTEIRO, [21-] p. 9).

Quando se suscita o argumento da limitação de recursos orçamentários, frequentemente vem o senso comum contra fático do brasileiro de que o Brasil é rico o suficiente para satisfazer todas as demandas sociais e de que o grande problema é a corrupção e/ou a má distribuição de renda, mas, o planejamento racional do Estado é uma necessidade. (TIMM, 2010, p. 61-62). A respeito, já pontuou o Ministro Celso de Melo, junto ao STF:

> Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, **comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-**

[17] BRASIL. Vara da Fazenda Pública, Execuções Fiscais, Acidente do Trabalho e Registros Públicos da Comarca de Itajaí. Decisão Interlocutória nº 0304495-42.2018.8.24.0033. Relator: Juíza de Direito Sonia Maria Mazzetto Moroso Terres. Itajaí, SC, 24 de abril de 2018.

> **financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política**. (STF, 2004.). – grifei.

Não muito estranho, os entes públicos concebem a Judicialização como uma intromissão indevida, que irá acarretar em um futuro não distante a inoperância total do sistema já construído, tendo em vista o elevado redirecionamento do orçamento da Saúde Pública para o cumprimento de decisões judiciais (ORDACGY, [21-]). A verdade é que não se trata de colocar em pauta a discussão acerca da essencialidade de um Direito Fundamental para a Sociedade, tampouco de atribuir preço aos bens jurídicos tutelados, de inegável valor. Trata-se, pois, a exemplo da Saúde, de refletir que a manutenção da Vida, com satisfação de suas necessárias básicas, possui um custo, e os recursos disponíveis para tanto são escassos, razão pela qual o seu emprego deve ser feito de modo eficiente e consciente, a fim de que se consiga beneficiar o maior número de pessoas. Refletindo sobre o tema, Henry Jacob Aaron e William Bernstein Schwartz lecionam que:

> A questão da escassez se põe de maneira especial no acesso à saúde. Algumas pessoas podem pensar que quando a saúde e a vida estão em jogo, qualquer referência a custo é repugnante, ou até imoral. Mas o aumento do custo com tratamento tornou essa posição insustentável. (AARON; SCHWARTZ, 1984. p. 03).

De fato, as escolhas devem ser refletidas, responsáveis, moralmente justificadas e coerentes, em busca da eficiência e das virtudes do processo democrático, visando a "adequada análise de custo-benefício das medidas jurídicas", e inclusão, nas escolhas, dos custos dos direitos, antes mesmo de adotá-las (GALDINO, 2005. p. 346-347). Deve o Judiciário ir além das paredes judiciais, respeitar as outras paredes públicas, suas competências, seus recursos, seu material humano e sua capacidade de escolhas. Busca-se a consciência de que todo gasto determinado pelos juízes e não previstos nas leis orçamentárias implicará em algum corte inevitável na esfera executiva, avassalando estruturas montadas e prejudicando vários outros administrados[18]. Quer-se enaltecer que decisões dissociadas de todos os enfrentamentos destacados neste estudo acabam por culminar em uma politização da Justiça, denominada pela doutrina de Ativismo Judicial, sobre a qual Barroso discorre, diferenciando-a da Judicialização:

> A judicialização e o ativismo judicial são primos. [...] A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico

[18] BRASIL. Vara da Fazenda Pública, Execuções Fiscais, Acidente do Trabalho e Registros Públicos da Comarca de Itajaí. Decisão Interlocutória nº 0304495-42.2018.8.24.0033. Relator: Juíza de Direito Sonia Maria Mazzetto Moroso Terres. Itajaí, SC, 24 de abril de 2018.

> e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. (BARROSO, 2008, p. 3-4).

De fato, não há como dissociar-se da realidade jurídica e financeira à qual está atrelada a administração pública, e, por isso, as escolhas judiciais também devem observar as previsões orçamentárias, as regras de distribuição dos recursos públicos, e a sujeição às regras de Responsabilidade Fiscal. Do contrário, há flagrante violação às Políticas Públicas já implementadas e a todo um ordenamento jurídico vigente, impondo gastos, em uma ponta, e penalizando os administradores, em outras pontas, sob o argumento de descumprimento daquilo que nem o Judiciário respeita em suas decisões[19].

É necessário a junção de dados concretos, o estabelecimento de realidades, o abandono de teorias absolutistas que atribuem à norma constitucional eficácia infinita e irresponsável. E, embora a questão pareça ser eminentemente financeira, não se trata do quanto economizará os cofres públicos, mas sim de quantos indivíduos serão beneficiados com a continuidade e ampliação de outras Políticas Públicas decorrentes da devolução de perspectivas e poder decisório ao administrador neste setor, culminando no alcance ideário da Justiça Social, da igualdade, e, no âmbito da saúde, do próprio conceito de universalidade[20].

5 CONCLUSÕES

Constatam-se carências de interpretação quanto à implementação dos Direitos Fundamentais Sociais, especialmente na área de Saúde, em nítido descompasso aos ideários constitucionais, porquanto, ao atribuir à norma fundamental o caráter absoluto, sem reflexão sobre os reais significados e alcance dos signos constitucionais, o operador do direito a dissocia da densificação normativa especialmente elaborada para a concretização dos Direitos Fundamentais, e instaura completo caos para os sistemas em funcionamento. Trata-se, pois, de um conflito entre o direito individual especifico em detrimento de inúmeros outros, uma sobreposição do que se pretende que seja ao que realmente é o Direito Fundamental.

Na mesma medida, a operacionalização do Direito Fundamental dissociada da reflexão econômica, a saber: a reflexão de que Direitos importam em gastos, e em impactos financeiros, culmina na subtração de recursos financeiros que seriam, inicialmente, direcionados à implementação de Políticas Públicas planejadas. Pensando-se no futuro, a ignorância deste aspecto financeiro pode, fatalmente, culminar em verdadeiro retrocesso social[21], na medida em que se esgotará os recursos públicos disponíveis para a concretização das Políticas Públicas.

---

[19] Ibidem.
[20] Ibidem.
[21] Em análise do princípio da proibição do retrocesso social, Felipe Derbli destaca ser importante que se objetive “não suprimir, ao menos de modo desproporcional ou irrazoável, o grau de densidade normativa que os direitos fundamentais sociais já houveram alcançado. [...] Em outras palavras, pretende-se, especificamente sob esta perspectiva, impedir que se retroceda a uma situação já superada, mais distante do ideal do que a existente”. DERBLI, Felipe. **O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Constituição de 1988**. p. 201.

Por derradeiro, é primordial que as discussões envoltas nos Direitos Fundamentais Sociais, bem como as decisões emanadas pelo Poder Judiciário, abandonem a interpretação absolutista da norma fundamental, com a consciência de que a implementação destes Direitos, por meio de situações individualizadas, importam em gastos não previstos pelo Administrador Público, o que prejudicará um número indeterminado de pessoas. Só assim poderá visualizar-se o equilíbrio nos sistemas públicos, especialmente o alcance dos ideários constitucionais de Igualdade e de Justiça Social. No tocante aos Direitos Fundamentais à Saúde, tais premissas são essenciais para que não seja criado óbice injustificado à Universalidade, em benefício de poucos, qualificados em ações judiciais, e em prejuízo de muitos, anônimos que terão subtraídos seus Direitos Constitucionais.

6 REFERÊNCIAS

AARON, Henry J. & SCHWARTZ, William B. **The Painful Prescription: rationing hospital care**. Washington: The Brookings Institution, 1984. Tradução de Gustavo Amaral. p. 03.

APPIO, Eduardo. **Não cabe aos Juízes determinar a política pública de saúde.** 2005. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2005-nov-23/nao_cabe_juiz_determinar_politica_publica_saude?pagina=3>. Acesso em: 17. mai. 2018.

BARROSO, Luiz Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul.** Porto Alegre. v. 31, n. 66, jul./dez. 2007. p. 89-108. Disponível em: <http://www.pge.rs.gov.br/upload/arquivos/201703/22171856-rpge66livro.pdf>. Acesso em 12 mai. 2018.

_____. **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. Revista Direito do Estado, Salvador, ano 4, n. 13, p. 71-91, jan./mar. 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/retrospectiva-2008-judicializacao-ativismo-e-legitimidade-democratica>. Acesso em: 12 mai. 2018.

_____. **Ano do STF**: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. 2008. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=3>. Acesso em: 09 ago. 2018.

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: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7508.htm>. Acesso em: 08 mai. 2018.

_____. **Lei nº 12.401 de 28 de abril de 2011**. Altera a Lei n. 8.08, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação te tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12401.htm>. Acesso em: 09 ago. 2018.

_____. **Lei Federal nº 8.080, de 20 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: 09 ago. 2018.

_____. STF. Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: MC ADPF 45. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ 04/05/2004. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+45%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/bu3e9ae>. Acesso em: 17. mai. 2018.

_____. Vara da Fazenda Pública, Execuções Fiscais, Acidente do Trabalho e Registros Públicos da Comarca de Itajaí. Decisão Interlocutória nº 0304495-42.2018.8.24.0033. Relator: Juíza de Direito Sonia Maria Mazzetto Moroso Terres. Itajaí, SC, 24 de abril de 2018. Disponível em:<https://esaj.tjsc.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=0X0054O3W0000&processo.foro=33&uuidCaptcha=sajcaptcha_4042511a03cb4490914881fb9e8afeec>. Acesso em: 12 mai. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudo sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos Fundamentais Sociais: Dignidade da Pessoa Humana e Mínimo Existencial – O Papel do Poder Judiciário.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=jUFWDwAAQBAJ&pg=PT200&dq=Disso+n%C3% A3o+decorre+que+o+m%C3%ADnimo+existencial+em&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwj2u42auYPbAhVBfpAKHXqXCzwQ6AEIKDAA#v=onepage&q=Disso%20n%C3%A3o%20decorre%20que%20o%20m%C3%ADnimo%20existencial%20em&f=false>. Acesso em: 13 mai. 2018.

DERBLI, Felipe. **O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

GADELHA, Maria Inez Pordeus. **Funcionamento e Financiamento do SUS.** 2010. Disponível em: **<**http://conitec.gov.br/images/Artigos_Publicacoes/FuncionamentoeFinanciamentoSUS_RevistadaEmagis.pdf>. Acesso em: 08 mai. 2018.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos – direitos não nascem em árvores.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GOMES, Lucivanda Serpa. MONTEIRO, Patrícia Moura. **A escassez de recursos orçamentários como limite a efetividade do direito fundamental à saúde.** [21-]. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b06f50d1f89bd8b2>. Acesso em: 12 mai. 2018.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores , 2012.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.** 20. ed. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 37. Título original: *Grundzüge des verfassungsrechts der bundesrepublik deutschland.*
INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA: IBGE. **Panorama Populacional de Itajaí/SC**. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/sc/itajai/panorama>. Acesso em: 12 mai. 2018.

MARTINI VIAL, Sandra Regina. **Sistema da saúde e transformação social.** *In* Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: anuário do programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado/ orgs. Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha, Wilson Engelmann. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2012.

MENDONÇA, Eduardo. **Remédio Ineficaz: a judicialização desordenada das políticas de saúde.** 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/especiais/remedio-ineficaz-judicializacao-desordenada-das-politicas-de-saude-27092016>. Acesso em: 06 fev. 2018.

MUNICÍPIO DE ITAJAÍ. **Portal da Transparência**. Disponível em: <https://portaltransparencia.itajai.sc.gov.br>. Acesso em: 12 mai. 2018.

NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. A constituição de 1988 e a judicialização da política no Brasil. **Revista de informação legislativa**, v. 45, n. 178, p. 157-179, abr./jun. 2008. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160455/Constitui%C3%A7%C3%A3o_1988_judicializacao.pdf?sequence=7>. Acesso em: 12 mai. 2018.

ORDACGY, André da Silva. **A tutela de direito de saúde como um direito fundamental docidadão.** [21-]. Disponível em: <http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_saude_andre.pdf>. Acesso em 17. mar. 2010.

PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo.** 4. ed. Itajaí: Univali, 2013. p. 89. Disponível em: <http://www.univali.br/vida-no-

campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202013%20FUNÇÃO%20SOCIAL%20%20DO%20ESTADO%20CONTEMPORÂNEO.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2018.

_____. **Metodologia da pesquisa jurídica:** teoria e prática. 13 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2018.

PAULI, Liane Teresinha Schuh Pauli. **Judicialização da Política Pública de Saúde:** interação entre o sistema político e o sistema jurídico na Região Sul do Brasil. 2018. p. 315. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/481/531>. Acesso em: 13. Mai. 2018.

SANTOS, Lenir. **SUS:** contornos jurídicos da integralidade da atenção à saúde. 2006. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/integralidade.pdf>. Acesso em: 07 mai. 2018.

_____. **O SUS não é uma farmácia pública**. [21-]. Disponível em: <http://idisa.org.br/site/documento_3431_0__o-sus-nao-e-uma-farmacia-publica.html>. Acesso em: 13 mai. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (Da Pessoa) Humana, Mínimo Existencial, e Justiça Constitucional: Algumas Aproximações e Alguns Desafios. **Revista do CEJUR**: Prestação Jurisdicional. V. 1. N.1 (2013). Disponível em: <https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/24/28>. Acesso em 13 mai. 2018.

_____. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 10. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARMENTO, Daniel. **A Proteção Judicial dos Direitos Sociais**: alguns parâmetros Ético-Jurídicos. 2006. Disponível em: <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/17-a-protecao-judicial-dos-direitos-sociais-alguns-parametros-etico-juridicos/a-protecao-judicial-dos-direitos-sociais.alguns-parametros-etico-juridicos-daniel-sarmento.pdf>. Acesso em: 12 mai. 2018.

SCHULZE, Clenio Jair. **Direito à saúde e o Poder Judiciário.** 2015. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/leitura/direito-a-saude-e-o-poder-judiciario-por-clenio-jair-schulze>. Acesso em: 14 mai. 2018.

SECRETARIA DE ESTADO DE SANTA CATARINA. **O que é a CIB?** Disponível em: <http://portalses.saude.sc.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=54&Itemid=72>. Acesso em: 14 mai. 2018.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível.** 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

O DEVER DE FUNDAMENTAR A DECISÃO DE SANEAMENTO COMO GARANTIA DO EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO

Maria Helena Pessini[1]
Thiago André Marques Vieira[2]

RESUMO
Este artigo visa explanar a importância da observação dos direitos fundamentais processuais, em especial o direito de fundamentação das decisões judiciais e o direito ao contraditório na decisão de saneamento de modo que seja possível alcançar *a posteriori* uma tutela jurisdicional efetiva nos moldes do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: direito ao contraditório, direito a fundamentação das decisões judiciais, saneamento, organização do processo

1 INTRODUÇÃO

A mudança do CPC de 1973 para o NCPC de 2015 trouxe incontáveis alterações para o âmbito processual civil. A sua subordinação aos princípios constitucionais é uma das alterações que mais chamam a atenção. A comissão do Anteprojeto do NCPC arquitetou um direito processual que manifestasse uma adequação do processo judicial á Carta Magna, isto é, procurou dar o maior aproveitamento possível aos princípios constitucionais.

Enquanto aquele era produto de um viés liberalista originado pelos anos de ditadura militar no Brasil, este é completamente criado a partir do olhar de uma Constituição Cidadã que vigora no país desde 1988 e trouxe incontáveis inovações legislativas, inclusive para a proteção do cidadão frente ao estado-juiz.

O presente artigo procura mostrar não só a influência dos princípios fundamentais processuais trazidos com a reforma do CPC para o âmbito da decisão de saneadora, como também, uma análise de como as garantias fundamentais processuais devem ser asseguradas em todas as fases processuais. Inclusive na fase de saneamento e organização processual, de modo que o mérito da causa não seja prejudicado pela inobservância dos preceitos constitucionais no âmbito do processo.

São incontáveis os casos em que os direitos fundamentais do cidadão não são observados. É importante que o direito processual não siga essa prática. É na esfera processual que aquele que não teve o direito material assegurado antes buscará solução para essa supressão. Se o Estado, assumiu a obrigação de garantir que os direitos suprimidos sejam concedidos, também priva o cidadão daquilo que a lei lhe assegura, como poderá o indivíduo buscar o direito que não lhe fora garantido?

[1] E-mail: maria.pessini@catolicasc.org.br.
[2] E-mail: thiago.vieira@catolicasc.org.br. Currículo *Lattes*: http://lattes.cnpq.br/2547929426075754.

A partir de um estudo bibliográfico é possível averiguar como a inobservância dos direitos fundamentais processuais - em especial o direito ao contraditório e a fundamentação das decisões judiciais - poderiam contribuir para que a decisão saneadora *não* se submetesse aos parâmetros do Estado Democrático de Direito, e ainda, de que maneira tutela jurisdicional seria afetada como produto dessa insubordinação na esfera processual á Constituição Federal.

2 A VOCAÇÃO DO NCPC PARA ASSEGURAR DIREITOS FUNDAMENTAIS

O CPC de 1973, em comparação com o CPC de 2015, apresentam duas propostas diferentes a respeito da forma que a tutela jurisdicional é prestada. Isso porque, no CPC antigo, é consagrada a ideia vigente no Liberalismo, desvalorizando, assim, a efetividade da jurisdição.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2011) relata que

> o Código Buzaid nasceu no âmbito da ditadura militar, de um sistema político que tinha pretensões de estabelecer, na esteira do ensinamento de Hobbes, a calculabilidade das ações, finalidade também de interesse do capitalismo selvagem que então se instalou no Brasil, em que a previsibilidade contribui em larga medida para diminuir os riscos econômicos.

Após 1994 o Código passou por diversas reformas tentando adequá-lo às normas constitucionais que vigentes no país desde 1988. Todavia, tal procedimento trouxe á um mesmo código um novo direito processual resultando na desconfiguração do CPC de 73 por inteiro. Era então, necessário seguir os passos do Código Civil que, em 2002, fora reformado.

Surge então, um CPC imbuído da elevada missão de reconhecer (o que é óbvio) e concretizar, de modo pormenorizado, os direitos fundamentais processuais consagrados na Constituição Cidadã de 1988. (KOPLIN, 2015)

A própria Exposição de Motivos do Código de Processo Civil estabelece que

> Há mudanças necessárias, porque reclamadas pela comunidade jurídica, e correspondentes a queixas recorrentes dos jurisdicionados e dos operadores do Direito, ouvidas em todo país. Na elaboração deste Anteprojeto de Código de Processo Civil, essa foi uma das linhas principais de trabalho: resolver problemas. Deixar de ver o processo como teoria descomprometida de sua natureza fundamental de método de resolução de conflitos, por meio do qual se realizam valores constitucionais."[3]

Chama a atenção inclusive a maneira com que o próprio NCPC é organizado.[4]Essa técnica legislativa, não se mostra supérflua, pois confere maior

[3] BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. SENADO FEDERAL. COMISSÃO DE JURISTAS RESPONSÁVEL PELA ELABORAÇÃO DE ANTEPROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. **Código de Processo Civil: Anteprojeto.** Brasília: Senado Federal,2010

[4] Livro I *"Das Normas Processuais Civis"* do Título Único "*Das Normas Fundamentais e da Aplicação das Normas Fundamentais"* do Capítulo I *"Das Normas Fundamentais do Processo Civil"* da Parte Geral

destaque aos direitos fundamentais do cidadão em juízo e, ao especificá-los com maior detalhamento, contribui para o processo de concretização dos princípios constitucionais. (KOPLIN, 2015)

E não só isso, quanto á ordem dos objetivos da Reforma Processual no Brasil, a Exposição de Motivos do NCPC também é claríssima a respeito de submeter o Código de Processo Civil à luz dos princípios constitucionais que passaram a reger o ordenamento a partir de 1988:

> Esta Exposição de Motivos obedece à ordem dos objetivos acima alistados. 1) A necessidade de que fique evidente a harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República fez com que se incluíssem no Código, expressamente, princípios constitucionais, na sua versão processual. Por outro lado, muitas regras foram concebidas, dando concreção a princípios constitucionais, como, por exemplo, as que prevêem um procedimento, com contraditório e produção de provas, prévio à decisão que desconsidera da pessoa jurídica, em sua versão tradicional, ou "às avessas".[3]

É então, claro e evidente que o Código de 73 se mostrava inepto a alcançar a prestação da tutela jurisdicional. Os principais objetivos do Novo Código de Processo Civil é, então, submissão à ordem jurisdicional proveniente da Constituição Federal de 1988, visando não só a uniformização das leis infraconstitucionais à Carta Maior, mas assegurar aos cidadãos direitos fundamentais basilares do nosso ordenamento jurídico hoje também na esfera processual.

São várias as garantias processuais positivadas na Constituição Federal que podem ser citadas, todavia, para o presente artigo, seria necessário que duas fossem devidamente evidenciadas e esclarecidas: o direito fundamental ao contraditório e a motivação das decisões judiciais.

2.1 DIREITO FUNDAMENTAL AO CONTRADITÓRIO

Desde os tempos de Platão, é sabido que é a partir da discussão, ou seja, a dialética que torna possível chegar à verdade. É evidente isso em seu livro *A República* onde defende o debate como a arte humana suprema. Se não for possível através da discussão chegar à verdade real, ao menos chegará à verdade prática. (SANTOS, 2011). O princípio do contraditório tem sua base fundamental o exercício da dialética promovendo a democracia no processo. Ou seja, quando um sujeito é acusado e tem o direito ao conhecimento desta ação bem como o de apresentar sua contestação, este está exercendo o seu direito ao contraditório.

Aqui falamos do contraditório clássico que se baseia no binômio conhecimento-reação. Do ponto de vista de seu conteúdo, o direito ao contraditório é identificado como a simples bilateralidade da instância, dirigindo-se tão somente às partes. (MARINONI, 2011) É então, o direito de uma parte apresentar alegações e outra de, após tomar conhecimento, defender-se. Somente é legítima a decisão onde há participação daqueles que irão sofrer as possíveis consequências da ação. (CABRAL, 2005)

Voltando um pouco na história, é necessário citar neste artigo que no século XX, com a grande quantidade de governos totalitários espalhados pelo mundo, os direitos individuais conquistados por lutas desde a Revolução

Francesa foram suprimidos. Onde não há um Poder Judiciário independente e forte é pouco provável que esses fossem garantidos. (PAGLIARINI, 2001).

Todavia, com a evolução do Estado Liberal para o Constitucional e o objetivo de evitar a repetição das atrocidades vistas durante a Segunda Guerra Mundial, o rol de direitos fundamentais conquistados passou a integrar também as relações processuais e a partir de então o princípio do contraditório é visto sob uma nova perspectiva.

A maior inovação tratando da modernização do contraditório se dá ao fato de não ser mais destinado *apenas* aos sujeitos do processo e sim às partes e ao juiz. Aqui não se fala mais em binômio do processo (autor *versus* réu) e sim de uma visão trialética do procedimento judicial. Isso porque como cada parte busca pela justiça até o momento em que é favorecida pela mesma (SANTOS, 2011) há necessidade de um terceiro alheio ao litígio de modo que este possa refletir sobre o exposto e trazer a melhor solução para o conflito.

Percebendo isso, o legislador buscou harmonizar a lei ordinária com a Constituição Federal incluindo no NCPC os princípios constitucionais processuais[5]. Os artigos 7, 9 e 10, que podem ser interpretados de maneira conjunta, visam um contraditório dinâmico e legítimo, onde a dialética seja exercida e o Estado Democrático de Direito seja respeitado, bem como seus princípios. (THEODORO JÚNIOR, 2015)

O artigo 7 dispõe que: *"É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório*." Aqui é evidente que o novo código objetiva um acesso à justiça (CF, art 5º, XXXV) realmente efetivo, onde qualquer tratamento que gere desequilíbrio na justiça seja compensado por medidas de assistência judicial de modo que a igualdade material no processo seja alcançada. Ou seja, é a adequada tutela técnica ao litigante carente, por exemplo, que trará um contraditório efetivo.

O artigo 10 também profere: "*O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício."* Por mais que à primeira vista o texto aparente dizer apenas sobre o princípio da não surpresa, é perceptível de maneira implícita a presença também do contraditório.

Isso é cognoscível devido à nova visão dada ao princípio em discussão. Uma vez que o juiz está submetendo sua decisão somente àquilo que as partes trazem ao processo ele se sujeita à visão trialética do processo, sendo necessário não só para que a parte tenha o direito de se defender em juízo mas para realmente motivar o magistrado que ouvirá as partes e formará sua convicção de maneira pública e devidamente fundamentada seguindo os

[5]"A exposição de motivos do NCPC esclarece: "costuma-se dizer que o processo civil se constitucionalizou. Fala-se em modelo constitucional do processo, expressão inspirada na obra de Italo Andolina e Giuseppe Vignera, Il modello costituzionale del processo civile italiano: corso di lezioni (Turim, Giapicchelli, 1990). O processo há de ser examinado, estudado e compreendido à luz da Constituição e de forma a dar o maior rendimento possível aos seus princípios fundamentais"

princípios do Estado Democrático de Direito. Isso quer dizer que a partir de então, nenhuma decisão pode ser tomada sem que as partes possam se manifestar sobre a questão a ser solucionada pelo juiz. (THEODORO JUNIOR, 2015)

Por fim, o artigo 9, caput dispõe: *"Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida."* Mais uma vez o princípio da não surpresa é evidente e o contraditório encontrado de maneira explícita ali. No presente artigo é possível reparar que o código não permite que a decisão proferida seja tomada sem o prévio conhecimento da parte ali prejudicada, isso porque, como dito *supra*, o contraditório não só busca a participação da parte mas dar a ela a possibilidade de participar com efeito do provimento judicial. Por mais que o parágrafo único do artigo 9 profira: *"O disposto no caput não se aplica: I - à tutela provisória de urgência; II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III; III - à decisão prevista no art. 701."* Esses são exemplos clássicos de momentos onde o contraditório não deixa de ser exercido, apenas postergado para momento mais adequado.

Outro ponto importante do contraditório se dá ao momento em que a decisão é formulada, isso porque no Estado Constitucional o magistrado não pode e não deve deixar de especificar em sua decisão tudo aquilo que contribuiu para seu convencimento. O contraditório representa o único método e instrumento para a investigação dialética da verdade provável, aceito e imposto pela prática judiciária à margem da autoridade estatal (OLIVEIRA, 2002). É imprescindível o posicionamento das partes sobre tudo aquilo que pode acabar contribuindo para convencimento do magistrado, trata-se aqui de um dever de diálogo no processo de maneira a evitar uma decisão surpresa e assegurar a tutela jurisdicional (art. 9, NCPC)

2.2 DIREITO FUNDAMENTAL À MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

A redação do artigo 93, inciso IX da Constituição Federal, assim como o artigo 11 do Novo Código de Processo Civil dispõe: "*Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade."* Aqui tratamos não só de um princípio constitucional mas também processual.

Isto exposto, é de fácil entendimento que o juiz não pode proferir nenhum ato decisório sem que haja fundamentação fática (aquela com base nos atos apresentados) ou jurídica (com base em leis, súmulas, jurisprudência, etc..) sob pena de nulidade de seus atos. É de extrema importância que a decisão seja justificada porque é ali que se encontra o último momento de manifestação do direito ao contraditório. Sem motivação adequada, ou seja, sem que o magistrado se submeta ao contraditório deixando-se ser influenciado pelo que fora exposto através das partes, não há processo justo segundo o Estado Democrático de Direito.

Quando a decisão não é motivada da maneira correta, logicamente o contraditório é prejudicado. Há julgados no STF[6] entretanto que defendiam a premissa de que quando o juiz expõe de maneira clara os argumentos está fundamentando adequadamente, ou seja,

[6] STF, 1ª T., AgRg no AI 666.723/SC, j, 19.05.2009, rel. Min. Carlos Britto

> Ao tempo em que se entendia o contraditório como algo tão somente atinente às partes e, portanto, em sentido fraco, afirmava-se que o dever de motivação das decisões judiciais não poderia ter como parâmetro para a aferição de correção a atividade desenvolvida pelas partes em juízo. Bastava o órgão jurisdicional, para ter considerada como motivada sua decisão, demonstrar quais as razões que fundavam o dispositivo. Bastava não contradição entre as proposições constantes na sentença. Partia-se de um critério intrínseco para aferição da completude do dever de motivação.(MARINONI, 2011)

Após o conceito de contraditório mudar, tal entendimento é errôneo pois o princípio do contraditório é fundado na dialética entre os sujeitos do processo e o juiz. Quando o magistrado deixa de argumentar com as alegações que foram carregadas ao processo pelas partes para apenas expor seu pensamento de modo claro *não* está fundamentando sua decisão de maneira correta pois não está se submetendo ao contraditório e muito menos representando o Estado Constitucional que vivemos. (NEVES, 2014)

Há também casos em que o juiz se fundamenta apenas no que fora exposto pela parte vencedora esquecendo-se de contradizer os argumentos da parte contrária. Mais uma vez, a atuação do magistrado fere o contraditório e o Estado Democrático de Direito. Fredie Didier Júnior esclarece que em uma decisão

> não basta que à parte seja dada a oportunidade de manifestar-se nos autos e de trazer as provas cuja produção lhe incumbe; é necessário que essa sua manifestação, esses seus argumentos, as provas que produziu sejam efetivamente analisados e valorados pelo magistrado. Além disso, o julgador deve expor na sua decisão os motivos por que tais argumentos e provas não o convenceram. (DIDIER JUNIOR, 2007)

O artigo 489, §1, que trata dos elementos e efeitos da sentença, traz em sua redação hipóteses onde não se considerará uma decisão judicial devidamente fundamentada. Ele apresenta então que quando a decisão for a) limitada a reprodução de ato normativo que não explique sua relação com a causa (inciso I); b) se utilizar de conceitos jurídicos indeterminados não explicando o vínculo com a causa (inciso II); c) invoque fundamentação de qualquer outra decisão (inciso III); d) não enfrente todos os argumentos que as partes trouxeram e que são capazes de enfraquecer a decisão (inciso IV); e) que invoque precedentes, súmulas ou enunciados sem demonstrar sua incidência no caso (inciso V); f) deixe de seguir súmulas, precedentes, jurisprudência invocado pela parte sem que especificar a contradição entre este e o caso em julgamento (inciso VI);

Em sua concepção tradicional o direito das partes á ter uma decisão judicial fundamentada dirige-se tão só ao sucumbente pois este não pode contestá-la sem saber seus argumentos. Todavia, o conceito moderno deste direito *não* se inclina mais apenas à parte sucumbente e sim ao duplo grau de jurisdição, onde a instituição que julgará o recurso precisa analisar o caso de ocorrer algum equívoco no julgamento. Quando não há a efetiva influência dos sujeitos do processo no provimento da tutela jurisdicional *não* é possível dizer se o comportamento do julgador está ou não correto pelas cortes superiores. Aqui se trata de uma garantia política de existência e manutenção da própria jurisdição (THEODORO JUNIOR, 2011)

Por mais que em muitos casos nosso direito priorize as concepções tradicionais e modernas por diversos fatores mas principalmente em decorrência da evolução histórica de determinado direito, quando se trata da motivação das decisões judiciais de maneira excepcional vamos tratar de sua concepção política, isso porquê, além dela englobar a concepção moderna, é a partir dela que é possível compreender o vínculo da motivação da decisão judicial com o Estado Democrático de Direito.

Com a fundamentação adequada da decisão muitos são os benefícios. Podem ser citados: a) demonstração da imparcialidade do julgador; b) controle da atividade jurisdicional; c) garantia de paz e harmonia social; d) garante a submissão das partes e do juiz ao contraditório; entre várias outras. Acontece que o oposto, ou seja a falta de fundamentação traz vícios equivalentes ao provimento judicial. Uma decisão sem fundamento permite as ilegalidades processuais, impede o sucumbente á recorrer daquilo que não lhe favorece, impede a atuação do órgão revisional resultando em uma afronta ao texto constitucional e ao Estado Democrático de Direito.

3 A DECISÃO SANEADORA

O Código de Processo Civil de 2015 prevê no seu capítulo X três possibilidades de julgamento conforme o estado do processo, são elas: a) extinção do processo quando ocorrer qualquer uma das hipóteses previstas nos artigos 485, 487, incisos II e III; b) o julgamento antecipado, tanto parcial como total, de mérito; e não sendo nenhuma das hipóteses anteriores, prevê também c) o saneamento e organização do processo. Ou seja, findo então a fase postulatória processual, não sendo caso de extinção do processo e nem de julgamento antecipado, o processo tem seguimento e começa então a fase saneadora.

A decisão saneadora pode ser definida como o ato em que o juiz examina a existência de óbices processuais capazes de impedir a apreciação do mérito da causa, delimita as questões litigiosas e delibera a respeito do meios de prova. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017) Ou seja, é a partir do despacho saneador em que o processo entrará “em ordem”. Isso porque, após a análise das providências preliminares, tudo aquilo que ficou questionáveis, deve ser objeto de prova para que o convencimento do juiz possa acontecer e, posteriormente, a tutela jurisdicional possa ocorrer.

> O ideal é que todas as questões processuais sejam examinadas e resolvidas com o saneamento, de modo que a sentença se ocupe apenas das questões concernentes ao mérito da causa. Com isso, busca-se outorgar maior eficiência ao processo (art. 8.º): seja porque evita que o processo se desenvolva sem condições de efetivamente resolver o conflito entre as partes, seja porque permite que no momento oportuno o juiz ocupe-se apenas das questões de mérito. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017)

Em relação à forma do despacho saneador, o Código de Processo Civil de 2015 prevê duas hipóteses. A primeira é a forma escrita, uma vez que o CPC, seguindo a tradição do direito luso-brasileiro, exerce saneamento em decisão interlocutória escrita. (THEODORO JUNIOR, 2018) Profere o artigo 357, §1: *“Realizado o saneamento, as partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou*

solicitar ajustes, no prazo comum de 5 (cinco) dias, findo o qual a decisão se torna estável." Ou seja, quando o despacho saneador realizar-se através de decisão interlocutória, as partes tem por direito a solicitação de esclarecimentos ou ajustes a respeito das questões de fato e atividade probatória que é conteúdo do saneador no prazo de cinco dias.

Todavia, o legislador optou por também utilizar das influências germânicas na hora de projetar o Novo Código de Processo Civil, isso porquê, caso haja complexidade nas matérias de fato ou direito no processo, o saneamento se realizará através de audiência onde o debate das partes será estimulado e o direito a pedir esclarecimentos preclui com o término da audiência, *vide* artigo 357, §3

> Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações. (BRASIL, 2015)

A respeito de seu conteúdo, didaticamente pode-se dizer que a decisão saneadora terá duas direções: a) retrospectiva e b) prospectiva.

No sentido retrospectivo, trata-se dos eventuais óbices processuais que podem impedir a apreciação do mérito da causa possa ser apreciado. Aqui é importante lembrar que o Princípio da Instrumentalidade das Formas (artigo 188/NCPC) deve ser seguido. Isto é, quando o juiz receber algum caso que não tenha seguido forma determinada mas que sua finalidade fora alcançada, não o considerará como uma obstrução processual capaz de impedir a apreciação de mérito da causa.

Já no sentido prospectivo o despacho saneador tratará de delimitação dos objetos probatórios e de fato visando preparar a causa para seu julgamento (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017). Ou seja, busca preparar a adequada apreciação do mérito. É no despacho saneador que o juiz deliberará a respeito do *thema probandum* e *decidendum* (artigos 357, II e IV). E não só eles, também especificará os meios probatórios, definirá o ônus da prova, e caso necessário designará audiência de instrução e julgamento (artigos 357, II, III e IV).

Se caso as alegações de fato essenciais, ou seja, aquelas de onde decorre consequências jurídicas, demonstre lacunas, o juiz convidará as partes para que estas sejam esclarecidas (artigo 357, §3). Também são as alegações de fato que podem se mostrar controvérsias ou relevantes de modo que o juiz delimitará então o *thema probandum* sobre elas (art 357, II). Contudo, não podem as partes trazer ao processo características irrelevantes, incontroversas ou impertinentes. Sendo este o caso, o juiz indeferirá o pedido de admissão de prova nos termos do artigo 370 do NCPC.

Estabelecido a produção de prova testemunhal, o juiz fixará prazo comum não superior a quinze dias. Via de regra o número de testemunhas não pode ser superior a dez e de no máximo três para cada um dos fatos que pretende se produzir prova (artigo 357, §§ 4 e 6). Todavia, de maneira excepcional, levando em consideração a complexidade da causa, pode o juiz limitar o número de

testemunhas. (artigo 357, §7)

O ônus da prova é fixado pelo legislador no artigo 373 do CPC. Entretanto, havendo controvérsias sobre tal o juiz deverá utilizar do despacho saneador para deliberar sobre a modificação a fim de observar o princípio da não surpresa ou reabrir a fase instrutória atrasando o procedimento. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017)

É no saneamento que fica evidente a capacidade do processo de finalmente alcançar o mérito da causa. Segundo Batista (2017, p. 12) o despacho saneador é então capaz de contribuir para "o adequado e célere desenvolvimento do processo, o que [sem dúvida] pode trazer, como consequência, uma melhor prestação jurisdicional." Trata-se aqui de uma atividade jurisdicional essencial para que o direito fundamental ao processo justo seja obtido.

4 A FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO SANEADORA COMO GARANTIA DO CONTRADITÓRIO

Uma vez compreendido o que é a decisão saneadora, o contraditório e a fundamentação das decisões judiciais, é necessário que tratemos então da influência dos princípios constitucionais explanados *supra* no despacho saneador e como isso afetará a tutela jurisdicional que deve ser prestada às partes.

O próprio código esclarece que é no saneamento processual que haverá delimitação das questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória e os meios de prova admitidos (artigo 357, II). É nesse recorte do que fora levado ao processo pelas partes que a sentença se firmará. Uma vez que esse restringimento se mostra defeituoso toda a tutela jurisdicional é afetada.

Aqui falamos da necessidade de uma decisão ser bem fundamentada (artigo 11/NCPC). Isto é, um despacho saneador que trate de tudo aquilo que pode ser objeto probatório, sem omissões que possam gerar nulidade processual e de alguma maneira prejudicar qualquer uma das partes.

É necessário lembrar que um saneador irregular interfere diretamente na hora de prestar a tutela jurisdicional pois qualquer ponto ignorado pelo juiz poderia ser fato capaz de mudar completamente a visão do magistrado a respeito do mérito da causa e, consequentemente, alterar o conteúdo decisório. Até porque, esclarece Amaral Santos, (1946, p.37) num bom processo não se deve iniciar a produção da prova senão quando haja segurança de que o juiz conhecerá o mérito da causa.

Há diversos processos em que um ato tão importante do trâmite processual, tal qual o despacho saneador, é ignorado pelo juiz. Isto é, o processo tem seguimento sem passar pela fase de saneamento e organização. Nesses casos, há necessidade da segunda instância cassar a sentença proferida, uma vez que é claramente demonstrado que não há segurança do juiz conhecer o mérito da causa. O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, proferiu decisão recentemente nesse sentido.[7]

[7] TJMG - Apelação Cível 1.0487.16.001784-3/001, Relator(a): Des.(a) Alice Birchal , 7ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 10/04/2018, publicação da súmula em 18/04/2018.

O saneador se mostra, mais uma vez, como um ato de natureza complexa e que exige a necessidade de fundamentação jurídica nos moldes do Código de Processo Civil e da Constituição Federal. Ele revela ainda que o juiz tem conhecimento da causa, isto é, dos fatos que as partes trouxeram, as questões que foram objeto de divergência, e ainda, daquilo que tem necessidade de ser provado para que o convencimento do juiz se mostre submisso ao contraditório, assim como deve ser.

No momento em que o juiz se pronuncia na sentença sobre algum fato jurídico que tenha considerado relevante mas que *não fora* previamente delimitado na decisão saneadora, está suprimindo, não só o direito da parte á ter uma decisão com fundamentação adequada nos moldes constitucionais como o direito da parte de ser ouvida e de influir na decisão judicial. Ou seja, fere também sem escrúpulos o direito fundamental ao contraditório pois estabelece o código que *não será proferida decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida*. (artigo 9º, caput/NCPC).

Se no momento em que o juiz proferir a sentença ele busque trazer para esta motivação fato o qual não foi delimitado no saneamento e que, consequentemente, não fora objeto probatório, ele foge do *thema decidendum* especificado anteriormente no despacho saneador, além de silenciar princípios constitucionais o que gera uma decisão que não se enquadra nos parâmetros do Estado Democrático de Direito que vivemos.

5 CONCLUSÃO

A partir de uma análise histórica das vertentes liberalistas onde o Código Buzaid se apoiava, é perceptível a profunda mudança do CPC de 1973 para o NCPC de 2015. Isso porquê o Novo Código traz na sua essência uma submissão aos princípios constitucionais processuais. Ele visa assegurar às partes maior segurança frente ao estado-juiz em todas as fases processuais inclusive na de saneamento e organização processual. Nesse sentido, dois direitos constitucionais foram analisados: o direito fundamental ao contraditório e o direito a fundamentação das decisões judiciais.

O primeiro, é resultado de uma evolução do Estado Liberalista para o Constitucional e ainda da preocupação de impedir que um governo repetisse atrocidades nos moldes da Segunda Guerra. O contraditório tem então o objetivo de garantir ao cidadão a trialética processual. Sendo assim, a parte tem por garantia constitucional o poder de exigir que tudo aquilo que ela traz ao processo seja discutido de maneira efetiva, ou seja, influir na decisão judicial visando evitar uma decisão surpresa e assegurar uma tutela jurisdicional adequada.

Já quando falamos a respeito de uma fundamentação adequada da decisão judicial queremos demonstrar que o juiz deve enquadrar seus atos decisórios aos parâmetros do Estado Democrático de Direito. Ele deve respeitar não só o contraditório como os demais direitos fundamentais. Necessário ter em mente que tudo aquilo que inviabiliza a democracia ou que visa omitir direitos impede não só a atuação do órgão revisional como também tira o direito do sucumbente recorrer daquilo que não lhe favorece.

O presente artigo analisou os dois direitos fundamentais na fase de saneamento processual, mais especificamente no despacho saneador, que seria o instrumento processual adequado para o juiz delimitar o que precisa ser

provado para a formação de seu convencimento. Tentou-se ainda averiguar a necessidade da preservação dessas garantias constitucionais na decisão saneadora e ainda quais as implicações da sua não observância enquanto as partes buscam tutela jurisdicional efetiva no moldes do Estado Democrático de Direito.

Ante o exposto, podemos visualizar a necessidade de um saneador bem fundamentado que vise assegurar às partes que o juiz tem conhecimento da causa e que se mostre submisso ao contraditório. Uma vez que os princípios constitucionais são desconsiderados em qualquer uma das fases processuais, nos esquecemos das vidas e direitos suprimidos para que tivéssemos as garantias presentes no ordenamento jurídico de hoje.

A Carta Magna deve ser a base para todos os atos do ordenamento jurídico, sem nenhuma exceção. Um Estado que não preserva a Constituição no processo, não só interfere no direito da parte a ter uma decisão fundamentada, o contraditório observado, ter segurança jurídica, mas também auxilia para que o Estado Constitucional caminhe para uma tirania.

6 REFERÊNCIAS

BAPTISTA, Bernardo Barreto. **Saneamento e Organização do Processo: A Evolução Histórica e o CPC de 2015.** 2017. Tese (Doutorado), Uerj, Rio de Janeiro, 2017.

BRASIL. Lei nº 13105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 11 fev. 2018.

CABRAL, Antonio do Passo. **O Contraditório como Dever e a Boa-fé processual objetiva.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. 126 v.

DEUS, Fernando Barroso de. Ampla Defesa, Contraditório e Direito Evidente. **Revista Dialética de Direito Processual (rddp)**, n. 70, p.37-48, jan. 2009.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Sobre a Fundamentação da Decisão Judicial.** São Paulo: Quartier Latin, 2007. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/sobre-a-fundamentacao-da-decisao-judicial.pdf>. Acesso em: 07 dez. 2017.

KOPLIN, Klaus Cohen. **O novo CPC e os direitos fundamentais processuais: uma visão geral, com destaque para o direito ao contraditório.** Grandes Temas do Novo Código de Processo Civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

LEITE, Mario Sergio. A Decisão Saneadora em Face da Nova Redação do Artigo 331 do Código de Processo Civil. **Revista dos Tribunais**, v. 754, p.123-130, ago. 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil:** Tutela de Direitos Mediante Procedimento Comum. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A Garantia do Contraditório. **Revista da Faculdade de Direito,** Porto Alegre, v. 15, n. 15, p.7-20, 2002. Disponível em: <http://www.seer.ufrgs.br/revfacdir/article/download/70385/39893>. Acesso em: 10 dez. 2017.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Processo Civil Brasileiro e Codificação.** Doutrinas Essenciais: Processo Civil, São Paulo, v. 1, p.1254-1264, 2011.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil.** 6. ed. São Paulo: Editora Método, 2014. 1v.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional.** 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Contraditório e Ampla Defesa: Direitos Humanos e as Principais Garantias Processuais.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. 784 v.

SANTOS, Guilherme Luis Quaresma Batista. **Algumas Notas Sobre o Contraditório no Processo Civil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. 194 v.

SANTOS, Moacyr Amaral. **As Condições da Ação no Despacho Saneador.** São Paulo: Livraria dos Advogados, 1946.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria Geral do Direito Processual Civil Processo de Conhecimento Procedimento Comum. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria Geral do Direito Processual Civil Processo de Conhecimento Procedimento Comum. 59. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

Túlio Cordeiro (Org.). **Código de Processo Civil e Normas Correlatas.** 7. ed. Brasília: Edição do Senado Federal, 2015. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2018.

O DIREITO AUTORAL E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL: DESAFIOS DA SOCIEDADE TECNOLÓGICA

Giovanni Vidal Guaragni[1]

RESUMO

Envolvido com os avanços tecnológicos, ideais democráticos e com a função social da obra e autor a serem tutelados, os direitos do autor levanta dúvidas à comunidade acadêmica. Esse artigo almeja contribuir, ainda que brevemente, para a solução de alguns desafios encontrados pela tentativa da tutela do autor na contemporaneidade. O texto tem início com um sucinto histórico da matéria, a fim de precisar suas origens. Em seguida, passa-se a duas análises: (i) uma abordando os fundamentos da concepção liberal moderna de propriedade; e (ii) outra trabalhando a noção marxista de propriedade e suas principais implicações. O intuito é demonstrar a relação que pode ser traçada entre essas duas concepções de propriedade e a ideia de propriedade intelectual, uma vez que ambas as perspectivas, por mais que historicamente opostas, encontram um fundamento último comum: o trabalho, que ao ser empreendido sobre um objeto, imprime-lhe sentido, convertendo-o em propriedade. Ao final, um questionamento alusivo ao futuro da matéria e à chamada "crise do direito do autor", surgida, principalmente, pelo advento de novas tecnologias: "Como realizar a tutela do autor, em seus aspectos morais e patrimoniais, assegurando o devido reconhecimento por parte da sociedade, dentro de uma realidade virtual, informática e técnica, que reduz a relação espaço-tempo, tornando a rápida transfusão de informações, assim como a necessidade de inovações e abundância de fontes, não somente ferramenta a ser utilizada, mas condição inerente ao funcionamento do sistema integrado chamado Internet?"**.**

Palavras-Chave: Democracia; Direito fundamental; Direito autoral; Propriedade Intelectual; Função social.

1 INTRODUÇÃO

Toda disciplina jurídica possui fundamentos teóricos básicos e fulcrais com uma origem histórica razoavelmente identificável espaço-temporalmente. Do mesmo modo, cada ramo do direito busca acompanhar o desenvolvimento das relações sociais, a fim de construir um arcabouço normativo adequado às controvérsias jurídicas que clamarão por solução.

O direito autoral, seguindo a mesma lógica, tem sua origem no direito moderno europeu, com o início do Estado Liberal. Seu futuro, porém, ainda é incerto, uma vez que, hodiernamente, depara-se com o maior desafio já

[1]Licenciado em Filosofia, pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), e bacharel em Direito, pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). E-mail: giovan.v.g@hotmail.com. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/3826077122331153.

enfrentado: novas tecnologias capazes de divulgar instantaneamente criações sem a permissão do autor.

Para que se consiga pensar soluções aos novos problemas, pode ser útil voltar os olhos às premissas básicas e originais da matéria, a fim de resgatar seu fundamento, não somente jurídico, mas filosófico, ético e relacional.

Assim, o presente artigo, valendo-se de uma metodologia puramente teórica, com análise bibliográfica de obras jurídicas, inicia com um sucinto histórico da matéria.

Em seguida, passa-se a duas análises: (i) uma abordando os fundamentos da concepção liberal moderna de propriedade; e (ii) outra trabalhando a noção marxista de propriedade e suas principais implicações.

O intuito é demonstrar a relação que pode ser traçada entre essas duas concepções de propriedade e a ideia de propriedade intelectual, uma vez que ambas as perspectivas, por mais que historicamente opostas, encontram um fundamento último comum: o trabalho, que ao ser empreendido sobre um objeto, imprime-lhe sentido, convertendo-o em propriedade.

A extensão da noção de propriedade com fundamento do trabalho à propriedade intelectual confere um reforço à tutela dos direitos fundamentais do autor, ultrapassando o aspecto econômico e abarcando elementos morais e interpessoais, o que pode conferir um contributo inicial às adaptações exigidas do direito pela nova realidade tecnológica.

2 DIREITOS AUTORAIS: UM BREVE HISTÓRICO

A linha tradicional do estudo dos direitos autorais, baseando-se na análise histórica em linha desenvolvimentista e positivista, assim como nas legislações e ordenamentos jurídicos positivados modernos, identifica a origem do discurso do direito autoral e da tutela do autor no final do século XVIII e início do XIX.

Contudo, preocupações concernentes à origem de ideias e à difusão de informações autênticas já emanavam do seio da sociedade, ainda que em âmbito diverso e através de bases teóricas e culturais diferentes daquelas que envolviam o surgimento da ciência jurídica moderna, desde as civilizações gregas e povos romanos (ÁLVARES, 2015, p. 253).

Nesse sentido, os três itens subsequentes tratarão, respectivamente, do fenômeno jurídico como imanência normativa das relações sociais; da configuração do regime autoral no chamado *ancient regime* e da origem moderna da referida disciplina.

2.1 O DIREITO AUTORAL ENQUANTO IMANENCIA SOCIAL

As bases sociológicas do direito autoral no ocidente são encontradas já na Grécia Antiga, onde a opinião pública condenava o praticante do plágio.

Em Roma, a despeito de serem produzidas e copiadas, as criações do intelecto não eram consideradas como objetos de direitos, pois não ainda não se diferenciava o direito de propriedade sobre o suporte físico do direito sobre a criação intelectual nele incorporada. Atribuía-se “a honraria ao autor, mas quem era remunerado era o copista” (CANALLI, p. 03). Entretanto, a sanção por parte da opinião pública também ocorria em casos de violação da autenticidade ou alienação do conteúdo da obra alheia.

Na idade média, surgia um embrião do que hoje leva o nome de “patentes”, destinadas à proteção de criações e invenções (CANALLI, p. 02-03). Autoridades “emitiam cartas-patentes que autorizavam uma determinada pessoa a utilizar-se de sua obra intelectual de modo exclusivo, geralmente em troca de favores particulares” (RIBEIRO; ALVES, 2013, p. 06).

Mesmo que as legislações de então não se manifestassem expressamente sobre a violação dos direitos do autor, isso não quer dizer que não havia direito que tratasse desses aspectos da vida social. Não se pode entender, seguindo uma linha positivista, que “o Direito é reduzido apenas à sua manifestação Estatal” (STAUT JUNIOR, 2004, p. 112). Reduzir o Direito à mera manifestação Estatal seria esquecer que a regra de direito pode existir sem uma autoridade; que o direito não resulta apenas da lei, mas também do costume.

Léon Duguit, jurista do século XIX, já afirmava que a existência de um direito é “irremediável, pois não se pode conceber a inexistência de um direito. [...] A concepção de que o direito só pode ser concebido como criação do Estado, restringindo seu surgimento ao dia em que um Estado constituído o formulou ou, pelo menos, o sancionou [...] deve ser energicamente repudiada” (DUGUIT, 2009, p. 15).

O raciocínio é reiterado pelo historiador do direito, Paolo Grossi, que afirma que o absolutismo jurídico trouxe a ideia do direito como uma norma essencialmente impositiva e coercitiva, que vêm de um poder superior, alheia à alteração e construção imanente através das práticas sociais. Essa concepção “diz respeito ao pior aspecto patológico do direito” (GROSSI, 2005, p. 15).

O real processo constitutivo do direito se realiza no seio da sociedade, no seio do ordenamento social. Trata de valores, não subjetivos, mas comunitários; valores que a consciência coletiva acha importante sublinhar, constituindo um modelo a ser seguido.

Portanto, se uma norma é válida e legítima, é por que encontra sua legitimidade no âmbito social, no costume, no povo, fazendo com que baste a reprovação de uma atitude por parte do meio social para que o direito seja constituído; uma moral consuetudinária, responsável por um direito anterior e, até mesmo, superior ao Estado.

2.2 O DIREITO AUTORAL NO “ANTIGO REGIME”

No período absolutista (séc. XVI-XVIII) “a proteção aos direitos autorais visava a obra, e não ao autor, pois quem detinha os direitos de comercialização eram os livreiros” (CANALLI, p. 04). Havia uma corte de censores que determinava quais obras seriam editadas e um sistema de privilégios que fazia com que determinados editores fossem beneficiados, através de concessões feitas pelo Estado monopolizador.

Para se furtar ao sistema de privilégios, apelava-se ao comércio clandestino, que possibilitava lucro aos editores não favorecidos pelas concessões do monopólio real, fosse através de obras autorizadas, mas cujo comércio não lhes era autorizado, ou mesmo de obras censuradas. Objetivavam o lucro, que não era pequeno, de forma que até mesmo o governo, em períodos de crise econômica, diminuía a fiscalização e o controle, para aumentar a circulação de capital (STAUT JUNIOR, 2004, p. 119).

A partir do século XIV, paulatinamente, a insatisfação dos autores acabou por enfraquecer a censura e os privilégios. Os editores de livros passaram a pedir "proteção não para eles próprios, mas para os autores, já que esperavam lucrar por meio da cessão de direitos autorais" (ÁLVARES, 2015, p. 255).

Chegou-se, enfim, em um período no qual se dava tanta importância ao controle e censura de maus livros, quanto ao incentivo e crescimento do comércio de obras, através de livreiros e editores. Algo precisava ser alterado, e essa alteração se deu, principalmente, em favor dos livreiros, editores e comerciantes em geral.

2.3 O DIREITO AUTORAL COMO INVENÇÃO MODERNA

Nos períodos anteriores, não se reprimia a violação das criações do intelecto através das leis. A obra, por conta dos poucos exemplares existentes, era considerada um objeto material passível de venda e consequente disposição. Contudo, Johann Gutenberg, por meio da invenção da "imprensa", fez com que as obras escritas pudessem ser reproduzidas e divulgadas, perdendo sua anterior exclusividade. A atividade derivada da imprensa foi geradora de muito lucro que se acumulava nas mãos dos impressores, donos do meio de reprodução da obra, e de alguns poucos editores, que disfrutavam das concessões reais.

A partir dos movimentos revolucionários, no final do século XVIII, os autores atinam à necessidade e às vantagens que seriam adquiridas caso tivessem direitos, como a propriedade e o vínculo indissolúvel entre si e suas obras, reconhecidos.

Contudo, os verdadeiros responsáveis pelo reconhecimento dos direitos do autor proprietário, foram os editores e livreiros. Se o autor pode se tornar proprietário das suas ideias, "e a propriedade pode transitar economicamente e juridicamente, o livreiro-editor também pode ser proprietário desses novos bens, desde que o manuscrito lhe seja cedido" (STAUR JUNIOR, 2004, p. 122). Distingue-se a propriedade imaterial e a propriedade do suporte material, sendo o autor "proprietário do bem incorporal, enquanto aquele que comprou ou recebeu a obra de arte é proprietário do objeto" (SANTOS, 1997, p. 39), o que torna nítido o interesse, por parte dos editores e livreiros – talvez mais do que por parte dos autores –, no reconhecimento legal dos direitos autorais.

Submetendo ao livre comércio o que antes passava pelo comércio clandestino e baseando-se na consequente aplicação de taxas alfandegárias, o Estado, os comerciantes e editores passaram a obter maiores lucros. Os autores começaram a disfrutar, também, além de maior liberdade de expressão, de recompensas, tanto financeira, quanto morais.

Era necessária a manutenção da livre concorrência e do livre comércio, e o "Antigo Regime" não era sequer compatível com os ideais mencionados. A filosofia liberal oitocentista já percebia a urgente mudança na relação entre as relações públicas e privadas, uma vez que os grandes empreendimentos comerciais pareciam se adequar mais aos Estados republicanos, com um "governo de muitos", do que aos Estados monárquicos, em que os negócios públicos eram duvidosos aos mercadores (MONTESQUIEU, 2009, p. 340).

A República Francesa, que viria a ser proclamada em 21 de setembro de 1792, deu-se através da associação feita entre a ideia de liberdade, rejeição ao

despotismo e à tirania, canalizada em uma busca simbólica pela consolidação de um signo original da Revolução Francesa, enquanto marco da destruição do antigo regime (VOVELLE, 2012).

Nítida é a correspondência entre o novo modelo de governo, a República - regida por meio da divisão de poderes, derivada da teoria de Montesquieu -, e o incentivo comercial, alimentado pelo livre comércio e, no âmbito autoral, pela "inovação" do direito autoral positivado - reconhecendo a propriedade e ampliando as possibilidades de comércio e produção artística e acadêmica.

São claras as relações entre a tutela autoral positivada e o livre comércio; entre a ética liberal e o sistema industrial capitalista ascendente. É imprescindível considerar os demais interesses envolvidos no processo de reconhecimento dos direitos do autor, que coadunavam com o novo regime estatal e, principalmente, com os intuitos da classe comercial burguesa.

A partir dessas reivindicações, associadas às ideias iluministas, o direito autoral positivado surge, mais como adequação a um novo modo de produção e regulamentação econômica liberal, do que por efetiva preocupação com o direito intrínseco ao autor - ainda que essa preocupação existisse de fato.

3 OS FUNDAMENTOS DE ORDEM LIBERAL DO DIREITO AUTORAL MODERNO

A origem do direito autoral, no século XVIII, como parte integrante do ordenamento jurídico legal, permitiu que se olhasse para a produção intelectual sob outro viés.

Estabeleceu-se um vínculo indissolúvel entre a criatividade do autor, seu processo racional de criação da obra, e a obra, o objeto de criação. Percebeu-se que o autor, ao dispor de sua obra, não disponibilizava faculdades referentes à modificação e alteração do conteúdo, considerados "direitos morais do autor", também chamados "extrapatrimoniais", compondo a natureza dúplice dessa tutela, ao lado dos direitos patrimoniais.

Sobre o aspecto extrapatrimonial dos direitos autorais, a doutrina dispõe que "sempre que haja a figura jurídica de um autor ao qual se imputa o processo de produção de uma criação específica, haverá um direito à nominação, muitas vezes especificado na lei, com seu direito xifópago, o de ser reconhecido como autor daquela criação (direito de paternidade)" (BARBOSA, 2011, p. 387).

De onde surgiu, porém, a noção de um direito patrimonial e extrapatrimonial do autor sobre sua obra? Como fundamentar tal direito, a partir de uma perspectiva liberal moderna?

O pensamento de John Locke foi de grande serventia para a sustentação teórico-filosófica das propostas revolucionárias liberais, tanto na independência dos Estados Unidos, em 1776, quanto na Revolução ocorrida na França, em 1789. No ano de 1690, Locke escrevia um livro chamado "Segundo Tratado Sobre o Governo Civil", no qual seriam encontrados alguns dos fundamentos liberais da propriedade.

Na obra mencionada, a propriedade é tratada como algo inerente ao homem. Lê-se que, embora a terra e seus frutos sejam propriedades comuns a todos, cada homem possui o trabalho de seus braços e a obra de suas mãos, faculdades particulares que não lhes podem ser retiradas. Nas palavras do autor, "embora a água que corre na fonte seja de todos, quem poderia duvidar que a

que está na bilha pertence apenas quem a recolheu? Pelo trabalho tirou-a da natureza onde era comum e pertencia igualmente a todos e, de tal forma, dela se apropriou para si mesmo" (LOCKE, 2002, p. 31).

O trabalho retira parte do que era comum, fazendo com que passe a ser propriedade particular de um ou de alguns. Na medida em que o trabalho é aplicado ao recurso natural, esse recurso passa a ser, reconhecidamente, propriedade de quem nele empregou sua labuta.

O material sobre o qual o esforço humano se aplica, além de passar à categoria de propriedade privada, é valorizado. O que concede valor a um acre de terra, por exemplo, é o trabalho nele empregado, pois "as provisões para o sustento da vida humana produzidas em um acre de terra cercada e cultivada, são dez vezes mais do que pode produzir um acre terreno de igual fertilidade aberto e comunitário" (LOCKE, 2002, p. 35). Dessa forma, apropriar-se de um lote de terra não seria nocivo aos demais, mas benéfico, tendo em vista o aumento do potencial produtivo daquela terra, de grande serventia mesmo aos que não a possuem.

Este raciocínio eleva e supervaloriza a noção de propriedade – considerando-a um direito natural, inato ao homem e anterior ao Estado – que, aliada aos ideais de vida e liberdade, sustentará a insurreição da Revolução Francesa. A propriedade se torna o núcleo do tripé liberdade-propriedade-vida, devendo o Estado assegurar sua inviolabilidade.

A *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão,* de 26 de agosto de 1789, anuncia, em seu artigo 2º, que "o objetivo de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão". O artigo 17, da mesma carta de direitos, complementa, prevendo ser "a propriedade um direito inviolável e sagrado, ninguém pode ser privado dela".

Em suma, há a supervalorização da propriedade, como direito natural reconhecido a partir da apropriação de parte dos bens comuns - fornecidos pela natureza -, através da força do trabalho e do esforço particular, que os transformam em bens particulares. Ademais, a apropriação dessa parcela do que anteriormente era comunitário potencializa a exploração desta propriedade, da qual muitos, e não somente os proprietários, poderão fruir.

O processo de produção do conhecimento não se fasta muito dessa lógica.

A análise deve partir do princípio de que o conhecimento se dá pela associação e assimilação de produções racionais, a partir de experiências e processos interpretativos e significantes da realidade. Em suma, o conhecimento surge da relação sujeito-meio.

Dessa forma, dois indivíduos no mesmo ambiente e com as mesmas faculdades mentais, terão as mesmas condições de produzir conhecimento, partindo de uma situação de igualdade, pretendida pelos ideais revolucionários burgueses. Nesse sentido, quem se oporia àquele que, após produzir algum conceito ou obra cognitiva, afirmasse ter direitos de propriedade sobre aquele conhecimento? Não seria o mesmo que se opor a alguém que, como no exemplo dado por Locke, afirma ter propriedade sobre a água recolhida, em uma bilha, a partir de um rio? Não seria possível afirmar que, metaforicamente, o indivíduo produtor de conhecimento retira, de forma singular, a partir de seu trabalho e esforço cognitivo e através de relações particulares com o meio, parte da água do rio do conhecimento? Que há um rio que corre por todos os períodos

históricos, contendo todos os possíveis raciocínios e conhecimentos a serem produzidos e realizados, e que o indivíduo, ao produzir uma obra criativa, retira parte desse rio, materializando-o em um suporte, comparável à bilha cheia d'água?

Da mesma forma que ninguém pode roubar a bilha d'água de quem a recolhe do rio, ninguém pode se apropriar das ideias de alguém que, através de seu esforço e estudo, produz algo criativo e autêntico. O sentido do pronunciamento pode ser semelhante, o tema pode ser o mesmo, mas a forma e a maneira como foram construídos esses dois conhecimentos tem de ser diferentes. É como emparelhar duas bilhas cheias d'água: elas são iguais, mas não idênticas, já que não são as mesmas, nem a água é a mesma, ainda que se pareçam muito.

Quem produz o conhecimento, através do trabalho, torna-o mais valioso. O que antes era uma potencialidade, um conhecimento com possibilidade de constituição, agora está concretizado e pode servir de base para novas descobertas e raciocínios. As possibilidades de produção e criação cognitiva aumentam, como se o rio ganhasse um afluente a cada obra produzida, a cada novo atino, a cada nova descoberta, fazendo com que diversos conhecimentos em potencial surjam. Esse conhecimento "desvelado" e, consequentemente, protegido e tutelado pela lei de proteção do autor, é muito mais valioso do que o potencial conhecimento que estava à disposição da comunidade anteriormente. Ele é mais valioso do que a água recolhida do rio, pois, enquanto a água só pode ser tomada por quem a recolheu, o conhecimento pode servir a todos, matando a sede de saber e abrindo possibilidades para novas criações e novas produções, antes inviabilizadas, por conta do véu que as cobria.

O autor, portanto, é mais do que merecedor de ter seus direitos reconhecidos, de ter o vínculo indissolúvel entre si e sua obra, legitimado. Isso, pois ele faz um favor para a comunidade. Ele retira o véu que cobria parte do rio; recolhe parte do turbulento e desordenado fluxo de informações e experiências, organizando-a e apaziguando-a em um livro ou texto; em uma música harmoniosa; em um quadro, uma escultura, ou qualquer outra obra criativa e autêntica. E, a partir desse trabalho, abrem-se diversas portas, múltiplas possibilidades e inúmeros outros conhecimentos a serem, doravante, produzidos.

4 A "QUESTÃO MARXISTA" E O DIREITO AUTORAL

Trata-se, aqui, não de supor uma consciência marxista à época da positivação dos direitos do autor, mas de olhar para o "advento" do direito autoral sob a ótica marxista, sobretudo no tange à alienação do trabalho e ao conceito de propriedade.

Dentro de certos limites – afinal, Marx tratava do trabalho, principalmente, nos moldes industriais, e não da produção científica ou artística -, pode-se associar a abordagem da alienação e da propriedade, realizada pela teoria marxista, ao caráter fundamental do direito autoral moderno, principalmente no que diz respeito à concepção (ou não) do vínculo indissolúvel entre autor e obra, enquanto fator de contribuição social e citadina, para o acréscimo cognitivo e intelectual da comunidade.

No intuito de reforçar, principalmente, o aspecto extrapatrimonial do direito do autor, analisar-se-á o conceito de alienação nos dois subitens a seguir. Em seguida, abordar-se-á a noção marxista de propriedade.

4.1 OBJETIVAÇÃO E ALIENAÇÃO DO TRABALHO

O ideal burguês de propriedade, utilizado como fundamento dos movimentos revolucionários no final do século XVIII, serviu, também, para legitimar a tutela do autor. A propriedade para John Locke, conforme já visto, constitui o resultado do emprego do trabalho sobre algo que, anteriormente, considerava-se um bem comum. Ou seja, é o trabalho, na filosofia de Locke, que constrói e legitima a propriedade.

Na filosofia de Karl Marx, a relação trabalho-sujeito-meio se dá de forma diferente. O homem se realiza enquanto homem através de seu trabalho. Assim, o trabalho é faculdade fundamental do homem, de forma que, quando se trabalha ou produz, está-se dedicando e externando parte de si no objeto do trabalho. “O produto do trabalho é o trabalho que se fixou num objeto, que se transformou em coisa física, é a *objetivação* do trabalho. A realização do trabalho constitui simultaneamente a sua objetivação” (MARX, 2001, p. 111).

Continuando, Marx dirá que a valorização das coisas materiais retira o valor do homem como sujeito, atribuindo o valor que deveria ser destinado a ele, ao objeto. Nesse sentido, “com a *valorização* do mundo das coisas, aumenta em proporção direta a *desvalorização* do mundo dos homens” (MARX, 2001, pp. 111 - 112).

Marx corrobora o ideal burguês de que o trabalho concede valor ao que antes era comum e sem grande valor, pois potencializa a serventia daquilo sobre o que o trabalho se deu. Contudo, na concepção do autor, a esse valor corresponde um revés diretamente proporcional, que é a perda de valor do homem trabalhador. O homem acrescenta um valor, que antes lhe era intrínseco, ao objeto, objetivando-o no produto de seu esforço.

Não obstante, para além da perda ao plano objetivo de algo subjetivo valioso, vem à tona o trágico processo de *alienação*, que “significa não só que o trabalho se transforma em objeto, mas que existe independentemente, *fora dele*, ou seja, do trabalhador, e a ele é estranho, e se torna um poder autônomo” (MARX, 2001, p.112). A alienação como desapropriação do trabalhador de seu trabalho é a desapropriação do trabalhador de uma parte de si. A obra, ao tomar forma na realidade fática, torna-se alheia ao autor.

O elemento do trabalho consistiria na *objetivação da vida genérica do homem*, que, através do trabalho, duplica-se e percebe a sua própria imagem no mundo. “Na medida em que o trabalho alienado tira do homem o elemento da sua produção, rouba-lhe do mesmo modo a sua *vida genérica*, a sua objetividade real como ser genérico” (MARX, 2001, p. 117).

As etapas de objetivação e alienação permitem valorizar o trabalho objetivado do autor, sem lhe conceder o devido respeito e consideração, essenciais sob a ótica do direito personalíssimo. Salta aos olhos a importância de “complementar” o aspecto patrimonial com o aspecto moral do direito autoral, para que não se valorize a obra, em detrimento do autor, que dedicou e doou parte de sua energia para realizar a obra, objetivando parte de si.

Seria como se o autor, ao escrever suas ideias, estivesse deixando-as sair de sua mente (subjetividade), onde elas estavam seguras e eram parte integrante de seu ser, para materializá-las em um suporte independente. As ideias ali registradas estão objetivadas em um corpo alheio ao seu, tomando caráter e forma externa e gerando o problema fulcral do direito autoral, alusivo aos aspectos patrimonial e extrapatrimonial do vínculo autor-obra.

4.2 A ALIENAÇÃO COMO FERRAMENTA DE APROPRIAÇÃO

O que ocorre quando alguém, que não o trabalhador, ou, no caso, autor, detém o produto do trabalho objetivado? Eis o problema da *apropriação*. O produto do trabalho pode pertencer ao trabalhador, ou a alguém distinto. Se a atividade do trabalhador lhe constitui um martírio, tem de ser fonte de deleite e de prazer para outro. Assim, "diante do *trabalho alienado*, o trabalhador cria a relação de outro homem, que não trabalha e se encontra fora do processo, com o seu trabalho" (MARX, 2001, p. 120).

O processo de alienação se assemelha ao ato daquele que, no exemplo utilizado por Locke, apropria-se da bilha de água recolhida pelo outro indivíduo. Aquele que se apropria apenas espera outro ir à busca da água, para, depois, tomar-lhe, sem esforço algum. Nesse sentido, "a apropriação surge como alienação, e a alienação como apropriação [...]. Tudo o que aparece no trabalhador como atividade de alienação se manifesta no não trabalhador como condição da alienação" (MARX, 2001, p. 122).

Da mesma forma, os livreiros-editores, antes do estabelecimento do vínculo autor-obra no aspecto moral, esperavam que o manuscrito chegasse às suas mãos, para copiá-lo e vende-lo sem esforço algum, lucrando a partir da apropriação do trabalho alheio; da apropriação e alienação da obra intelectual objetivada.

Ainda hoje, as editoras recebem mais dinheiro a cada exemplar vendido, do que o autor que concedeu a obra. Não obstante a baixa porcentagem que o autor recebe a cada venda, ele não tem acesso e comprovação de quantos exemplares efetivamente foram vendidos, de modo que burlar essa informação e, consequentemente, devolver ao autor um retorno financeiro bem aquém do devido é de fácil execução para a editora.

4.2 UMA NOVA CONCEPÇÃO DE PROPRIEDADE

Tem-se, a partir disso, uma nova concepção de propriedade. A propriedade privada, em Marx, é constituída em três etapas. Primeiramente, a *objetivação* do trabalho, e consequente desvalorização do sujeito humano, em prol da valorização do objeto obra. Em segundo lugar, simultânea à perda ocorrida na *objetivação*, desenrola-se uma nova perda de si, através da *alienação*, ocorrida no próprio processo de trabalho e realização da obra, na medida em que ao suporte e produto final do trabalho é atribuído um valor intrínseco, que o torna independente em relação a quem o fez. "A propriedade privada constitui, assim, o resultado, a consequência necessária do trabalho alienado. [...] A propriedade privada decorre do homem alienado, do trabalho alienado" (MARX, 2001, p. 120).

Por fim, a *apropriação*, remetendo ao ato de outrem que se apropria do trabalho alienado que fora objetivado e materializado em um suporte qualquer.

Há, dessa forma, alguém que lucra através do outro que, ao materializar seu trabalho, não mais o possui, estando este alienado de seu autor e sujeito à apropriação de quem nada fez por sua produção.

A propriedade é, enfim, a conclusão à que se chega após todo esse processo de desvalorização, degradação e martírio humano. Ademais, é uma propriedade que, quando é desapropriada, qualifica uma violência moral contra o autor. “A propriedade privada é o produto do trabalho alienado e o meio pelo qual o trabalho se aliena” (MARX, 2001, p. 120).

Vê-se o quão essencial é a tutela dos direitos autorais em seu âmbito moral, para que se assegure parte do aspecto humano do autor e o vínculo estabelecido entre ele e sua obra. Reduz-se, assim, ao menos no âmbito teórico, a sensação de perda e alienação experimentada pelo sujeito cujos méritos e reconhecimentos morais devidos não são concedidos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS: QUAIS OS DESAFIOS AUTORAIS ENCONTRADOS DIANTE DAS INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS?

A preocupação central do direito autoral reside na proteção do sujeito criador e criativo, que adquire direitos patrimoniais e morais sobre o produto, fruto de sua criação. Consiste em uma busca pela valorização do trabalho e talento do autor. (STAUT JUNIOR, 2004). Visa, além do mais, seguindo a linha estabelecida pelo artigo 5º, incisos XXVII e XXVIII[2], da Constituição Federal, o aumento e incentivo da produção intelectual, científica e artística, o que enriquece a cultura e favorece o comércio.

A obra deve resultar de uma atividade intelectual própria, que acrescente algo novo. A ideia precisa estar materializada em um suporte, para que haja a tutela do autor. Por fim, a obra deve ser original, possuindo componentes que a tornem única e inconfundível.

Nas palavras de Sérgio Said Staut Júnior:

> Proteger a criação, incentivar a criatividade, tutelar os direitos do autor em todas as suas esferas resguardando a sua personalidade e garantindo os frutos econômicos gerados pelo seu esforço intelectual, incentivar a atividade cultural em sociedade protegendo as atividades artísticas, científicas e literárias; entre outros discursos presentes na maioria dos livros e manuais que trabalham com os direitos autorais e com outros direitos decorrentes da atividade intelectual constituem a base da tutela jurídica nessa matéria, aceita sem maiores reflexões (STAUT JUNIOR, 2004, p. 104).

[2] 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:
[...] XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;
[...] XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:
a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;
b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

Por conta da contingência sócio-cultural-histórica, o direito autoral precisou se adaptar aos espaços e tempos de incidência e nada o abalou tanto quanto as inovações tecnológicas da contemporaneidade. Como realizar a tutela do autor de maneira eficiente, quando as informações são despejadas em realidades virtuais, que produzem uma redução tamanha da relação espaço-tempo, a ponto de não mais acompanharmos o fluxo informativo e a vertente tomada por cada arquivo sujeito ao acesso e apropriação de internautas quaisquer?

"A importância de resolver semelhantes conflitos cresce na medida em que a utilização de imagens de obras de arte também cresce a um grau jamais imaginado, e o direito autoral sobre essa utilização é questionado. Haja vista a Internet e a divulgação de imagens facilmente captadas e reproduzíveis pelo usuário" (SANTOS, 1997, p. 43).

Alterações no âmbito teórico, condicionadas às mudanças no meio fático, causaram o abandono da preocupação com um caráter quase transcendental que, à luz do antropocentrismo moderno, elevava a razão ao patamar mais alto, para a adoção de uma perspectiva linguística, alusiva à independência dos processos comunicativos, potencializados quando vinculados aos meios técnicos e virtuais. "O acesso à informação, que fora tão dificultado outrora pela pequena disponibilidade de meios editoriais, amplia-se na medida em que novos conteúdos são disponibilizados na rede mundial de computadores, o que aumenta de maneira exponencial" (ÁLVARES, 2015, p. 261).

A comunicação e o intercâmbio de informação em âmbito tecnológico faz com que a tutela do autor caia em um precipício de indagações e incertezas que, aliadas à perda de controle sobre a produção e transição de produções artísticas, carecem de solução apropriada.

A tutela do autor, enquanto dispositivo de incentivo à produção intelectual, não pode permitir com que as informações se percam nos meios informáticos. O compartilhamento arquivos on-line pode ser tanto fonte de democratização e acesso à informação, quanto de violação da propriedade intelectual e dos direitos autorais (ÁLVARES, 2015). É de extrema necessidade para a manutenção social e da cidadania em geral, que o aspecto meritório do autor seja garantido, prevenindo-se a perda do reconhecimento social angariado através de sua contribuição intelectual para com o meio e o não incentivo autoral.

Em virtude das novidades tecnológicas, a necessidade de premiar o autor de uma obra se torna ainda mais premente, tratando-se de uma "forma de reconhecimento e retribuição pelos gastos que foram necessários para se chegar ao resultado/produto, e, concomitantemente [...] estímulo a que outros fizessem o mesmo" (RIBEIRO; ALVES, 2013, p. 06).

O raciocínio se resume na tentativa de valorizar o autor, junto de suas produções e potencializações da propriedade intelectual (vide Locke), como elemento essencial para o enriquecimento social (no aspecto cognitivo, pessoal e contemplativo) e não como produtor de mercadorias (no aspecto estritamente lucrativo e comercial), esquecendo-se da importância e do devido valor merecido por conta da contribuição e autodoação do autor. É preciso arranjar mecanismos de controle do fluxo informativo, de forma a reconhecer a importância da função social da produção e propriedade intelectual, enfatizando, cada vez mais, o aspecto moral e personalíssimo da tutela autoral. Necessita-se valorizar e retribuir o indivíduo que, ao objetivar sua propriedade intelectual, contribui enquanto cidadão ativo, perdendo parte de si enquanto indivíduo (alienado e

apropriado – vide Marx), tendo o produto de seu trabalho utilizado como fonte de lucro pelos editores, livreiros e comerciantes em geral (vide Montesquieu), enquanto sua recompensa financeira, com raras exceções, é mínima, e seu reconhecimento e mérito (recompensas morais) correm, atualmente, grandes riscos, frente à realidade tecnológica.

6 REFERÊNCIAS

ÁLVARES, João Gabriel. Direitos autorais e meios de comunicação: estudo da compatibilidade entre a lei de direitos autorais e a internet no Brasil. **Revista de direito, inovação, propriedade intelectual e concorrência.** Minas Gerais, v. 1, n. 2, p. 252-280, Jul/Dez. 2015.

BARBOSA, Denis Borges. Criação e fruição: os interesses jurídicos na propriedade intelectual. **Liinc em Revista**, v.7, n.2, setembro, 2011, Rio de Janeiro, p. 375 – 404.

CANALLI, Tereza Luzia de Mello; CANALLI, Waldemar Menezes; SILVA, Rildo Pereira da. **Direitos autorais: uma breve história.** Disponível em: <http://www.hcte.ufrj.br/downloads/sh/sh5/trabalhos%20orais%20completos/trabalho_046.pdf>. Acesso em: agosto de 2018.

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do Direito.** São Paulo: Martin Claret, 2009.

GROSSI, Paolo. **Primeira Lição Sobre Direito.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo.** São Paulo: Editora Martin Claret Ltda., 2002.

MARX, Karl. **Manuscritos Econômico-Filosóficos.** São Paulo: Editora Martin Claret Ltda., 2001.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis.** São Paulo: Editora Martin Claret Ltda., 2009.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. Do particularismo normativo em matéria de propriedade imaterial: legislar para quê(m)? In: NETO, Antenor D.; CASTRO, Rodrigo Pironte A. **Temas de direito econômico: a copa do mundo de 2014 e os jogos olímpicos de 2016**. Curitiba: Clássica Editora, 2013.

SANTOS, Newton Paulo Teixeira dos. “Direito De autor e o suporte material da obra de arte”. In **Lei nº 5.988/73. A Lei do Direito Autoral** (coord. João Willington). Rio de Janeiro: Fundação Biblioteca Nacional, Dep. Nacional do Livro, 1997.

STAUT JUNIOR, Sérgio Said. **Direitos Autorais: entre as relações sociais e as relações jurídicas.** Curitiba: Moinho do Verbo, 2006.

VOVELLE, Michel. **A Revolução Francesa: 1789-1799.** São Paulo: Editora Unesp, 2012.

PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS E A UNIÃO HOMOAFETIVA

Nara Pinheiro Reis Ayres de Britto[1]
Bryan Phillip de Jongh Martins[2]

RESUMO

Os princípios fundamentais orientam, auxiliam, embasam o comportamento dos Estados Democráticos de Direito, não poderia ser diferente do que acontece no ordenamento jurídico brasileiro. Com efeito, o presente trabalho abordará a aplicação dos princípios fundamentais do Direto Constitucional no âmbito da evolução social do instituto da família, mais especificamente, das famílias constituídas entre pessoas do mesmo gênero. Tudo isso em conformidade com o que o texto constitucional prevê em respeito aos direitos humanos e, consequentemente, à dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direitos Humanos**.** Princípios Fundamentais. Homoafetividade. União Estável. Casamento.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo tem por objetivo analisar, à luz da Constituição Federal, a efetivação dos princípios fundamentais nas relações de família, principalmente naquelas constituídas entre pessoas do mesmo gênero. Abrindo, nessa análise, a necessidade de efetivação desses princípios não só pelo Poder Judiciário, mas também pelo Poder Legislativo.

Inicialmente, trataremos da influência dos princípios fundamentais para o ordenamento jurídico brasileiro. Trazendo primeiramente o conceito do que deve ser considerado como “princípio” e avançando para os princípios em si, em especial os da afetividade e da dignidade da pessoa humana. Tudo isso no sentido de dar uma nova leitura ao que deveria ser considerado como entidade familiar pela lei civil e constitucional.

Já em um segundo momento, abordaremos a efetivação dos princípios fundamentais para fins de reconhecimento do casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo no Brasil.

Assim, será abordada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, qual seja, o julgamento da ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ, que reconheceu a possibilidade de casais constituídos por pessoas do mesmo sexo serem considerados entidade familiar e poderem constituir a união estável prevista na legislação civil brasileira.

[1] http://lattes.cnpq.br/3224746815157827
Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa (Portugal) – UAL.
Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UNICEUB.
[2] Bacharelando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UNICEUB.

Nesse contexto, também será a analisada a Resolução 175 do Conselho Nacional de Justiça que determinou que todos os órgãos da Administração Pública do Poder Judiciário reconhecessem a união estável e o casamento civil de casais constituídos por pessoas do mesmo sexo.

Por último, em um terceiro momento, será abordado como se deu a legalização do casamento e adoção para os casais constituídos por pessoas do mesmo sexo em Portugal.

2 A INFLUÊNCIA DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS PARA O ORDENAMENTO BRASILEIRO

Inicialmente, para falarmos sobre “princípios” precisamos esclarecer o que chamamos de “princípio”. A palavra “princípio” vem do latim *principium* e pode der mais de um significado. Dentre os possíveis significados, pode-se entender essa palavra como o início de tudo, o nascer dos seres e das coisas, o que vem no começo, ponto de partida, a origem. Esse termo foi introduzido na filosofia por Anaximandro de Mileto, filósofo pré-socrático (610 a 547 a.C.). (FRANÇA, 1977, p. 505).

Se voltarmos aos momentos históricos do que se entende por aplicação dos princípios, constataremos que estes já eram previstos e integravam a norma do direito romano. Era aplicado segundo as regras que eram estabelecidas pelo imperador, as conhecidas *leges* (284 a 568 a.C.). (TARTUCE, 2011, p. 21).

Destarte, quando falamos a respeito de princípio no âmbito do Direito, nos referindo a uma norma jurídica, podemos entender como “princípio” normas de “hierarquia superior e escrita anteriormente às normas comuns e estas estão subordinadas aos princípios”. Assim, Plácido e Silva conceituam princípio como “normas elementares ou requisitos primários instituídos como base que mostram o conjunto de regras ou preceitos que se fixaram para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica” (SILVA, p. 1991).

Flávio Tartuce, em sua obra Manual de Direito Civil, considera que os princípios, ao serem confrontados com as normas jurídicas, seriam mais amplos, abstratos e em alguns casos, com posicionamento definido pela Constituição Federal.

No entanto, tais pontos os diferenciariam da norma, uma vez que as normas não são abstratas, mas dotadas de concretismo, firmeza, em oposição “ao nexo deôntico relativo que acompanha os princípios” (TARTUCE, 2011, p. 21).

Deveras, os conceitos de princípios e normas irão apontar os casos específicos que na situação do caso concreto serão aplicadas pelo operador do direito, a diferença apenas existirá no que se refere à informação que cada uma irá fornecer (TARTUCE, 2011, p. 21).

Para Reinehr, pode-se entender o princípio como uma norma de conduta inabalável, que será mensurado em situações em que determinadas normas estarão sendo valoradas. Os princípios têm a volatilidade de “sair do abstrato

para o concreto", daí o porquê não ser preciso que haja norma infraconstitucional para a sua aplicação (REINEHR, 2013).

Miguel Reale considerava os princípios como "verdades fundantes" em um contexto de um sistema de conhecimento, por motivos de essas verdades terem sido comprovadas ou evidenciadas, ou mesmo por serem de ordem prática de caráter operacional (REALE, 1994, p. 299).

Com efeito, dentre as matérias do Direito Privado, o Direito Civil pode ser classificado como a matéria central do Direito Privado e estrutura fundamental nos ordenamentos jurídicos de qualquer sociedade, de qualquer lugar do mundo. Uma vez que ele trata de estudar as relações jurídicas entre os particulares, como por exemplo, as relações de contrato e obrigações, de família, negócios jurídicos, etc.

O Código Civil de 2002 consagrou três princípios fundamentais influenciados pela doutrina do jurista Miguel Reale, que seriam: princípio da eticidade, princípio da sociabilidade e princípio da operabilidade (TARTUCE, 2011, p. 22).

Os três princípios supracitados só se concretizaram a partir da vigência do Código Civil de 2002, uma vez que o Código Civil de 1916 estava adequado aos padrões sociais estabelecidos no século XX, de modo a não se encaixar mais no contexto social do século XXI.

Os princípios da eticidade e da socialidade são inovações trazidas pelo Código Civil de 2002, uma vez que até então, o código civil vigente, qual seja, o Código Civil de 1916, tratava os indivíduos de maneira isolada.

Destarte, perante tantas modificações e evoluções sociais, tecnológicas e legislativas, era necessário que um novo código civil surgisse e se adequasse ao novo contexto social. Isso só foi possível quando a promulgação do Código Civil de 2002.

Assim, uma das grandes mudanças trazidas pelos novos princípios introduzidos na legislação civil brasileira foi a valorização do indivíduo enquanto membro de uma coletividade, e a visão dos direitos individuais sob o ângulo social.

Com efeito, com o advento do Código de 2002, os indivíduos passaram a ser tratados como membros de uma sociedade, de uma coletividade. O novel Código privilegia cada um dos direitos individuais sob o ângulo social.

Destarte, o Código Civil de 2002 passou a ser conhecido e denominado pelos doutrinadores como "Código Juiz", uma vez que ele privilegia as "cláusulas abertas", de conteúdo amplo e não determinado, dando ensejo para o juiz escolher qual conteúdo deve ser aplicado para a melhor solução do caso concreto.

Portanto, a partir da vigência do Código Civil de 2002, os seus utilizadores passaram a aplicar cláusulas abertas, mas sempre embasados nas cláusulas previstas pela legislação e, por óbvio, a Constituição. Dessa forma, os princípios norteadores do Código Civil, apesar de não serem considerados lei, serão sempre aplicados, pois serão valorados pelo magistrado em cada uma das situações do caso concreto.

A exemplo dessa aplicação, trataremos no presente trabalho a interpretação conforme à Constituição Federal que o Supremo Tribunal Federal deu ao artigo 1.723 Código Civil de 2002, para fins de reconhecer a legitimidade das uniões estáveis constituídas por casais do mesmo gênero

3 A EFETIVIDADE DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS PARA O RECONHECIMENTO DO CASAMENTO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO

3.1 A FAMÍLIA

O instituto da família é visto como uma entidade histórica e a sua formação se confunde com o início da humanidade, uma vez que a família existe em várias sociedades e não possui um conceito universal. Com efeito, ela tem o papel de garantir o cumprimento de sua função social para na formação a desenvolvimento dos indivíduos. (DIAS, 2014, p. 104).

O conceito de moral sempre esteve atrelado ao que a Igreja Católica entendia como moralmente correto, uma vez que ela tinha o poder de ditar os parâmetros de como as relações de família deveriam se dar.

O Código Civil de 1916 tinha cunho extremamente conservador no que concerne à matéria do Direito de Família e o seu foco se era voltado para as questões de reprodução dos indivíduos.

No entanto, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, a família ganhou um enfoque diferente dos valores religiosos ligados à reprodução da espécie humana e passou a privilegiar a igualdade entre as pessoas e a vedar qualquer tipo de preconceito social.

Destarte, as pessoas se relacionam sexualmente sem estarem necessariamente casadas, se reproduzem sem necessariamente terem se relacionado sexualmente, uma vez que nos tempos atuais elas podem contar com os avanços biológicos da reprodução assistida, casais se saparam e nem por isso a estrutura da família não deixa de existir, apenas ganhou uma nova forma de reconhecimento.

Com efeito, o casamento deixou de ser o único traço identificador da instituição da família e esta passou a se adequar aos padrões da realidade dos cidadãos brasileiros.

Assim, a família pós Constituição Federal de 1988, prima pela efetivação dos direitos humanos e do princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que o constituinte retirou do instituto da família qualquer interpretação que a vinculasse a aspectos religiosos, patriarcais e patrimonialistas e privilegiou as relações familiares constituídas pelo afeto (DIAS, 2014, p. 112).

3.2 O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE NO DIREITO DE FAMÍLIA

A partir do reconhecimento que o Brasil é um Estado Laico e do distanciamento da Constituição Federal dos valores e costumes cristãos, principalmente ligados ao que seria considerado moral, a afetividade ganhou mais efetividade na construção das relações familiares (DIAS, 2014, p. 109).

Deveras, mesmo não tendo previsão no texto constitucional, o afeto é visto como o principal fundamento das relações familiares. Mesmo não estando expressamente elencado na Magna Carta como um direito fundamental, a sua efetivação se dá por meio da aplicação da dignidade da pessoa humana nas relações de família (SILVA, 2006).

Para a durabilidade de uma entidade familiar, é necessário que entre os seus entes exista afeto. O afeto faz parte de dos relacionamentos familiares, seja conjugal ou parental. No entanto, nem todas as relações de afeto implicam necessariamente na formação de uma família, mas a formação da família implica na existência de um laço afetivo entre os seus pares (PEREIRA, 2004, p. 127).

Para o Professor Paulo Lôbo, quando o artigo 3º, I da Constituição Federal de 1988, afirma que "Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária", a família brasileira procura identificação na solidariedade tendo como base a afetividade.

Para Lôbo, os integrantes da família buscam a sua realização pessoal e familiar na concretização da afetividade, enquanto as antigas atribuições da família, patriarcal e reprodutora simplesmente não integram mais o contexto social das famílias brasileiras (LÔBO, 2010).

3.3 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana aparece logo no artigo primeiro do Texto Constitucional de 1988, a dignidade da pessoa humana é, um princípio ético que "paira, norteia e pressupõe vários outros princípios", uma vez que não é possível pensar em ser humano sem dignidade (PEREIRA, 2004, p. 118).

A dignidade, segundo Rodrigo da Cunha pereira é um "macroprincípio", que dará origem para o desenvolvimento de outros princípios e valores como a solidariedade, cidadania, autonomia privada, liberdade, etc.

A dignidade da pessoa humana merece ser valorizada e protegida, uma vez que ela é algo inerente a todos os seres humanos. Nesse contexto, quando o Código Civil de 2002 trata da união estável, no art. 1.723[3], devemos interpretar a sua redação de modo a reconhecer a possibilidade de união estável entre pessoas do gênero masculino e do gênero feminino, não importando se essa combinação se dará entre dois homens, duas mulheres ou um homem e uma mulher, uma vez que todas as pessoas merecem reconhecimento de sua dignidade, independentemente da forma que elas escolheram se relacionar e constituir uma família.

Com efeito, foi nesse sentido que o Supremo Tribunal Federal, decidiu em 2011 como as uniões estáveis deveriam ser aplicadas ao ordenamento jurídico brasileiro, pouco importando se a união estável se daria entre pessoas do mesmo sexo ou de sexos opostos, como veremos no próximo capítulo.

[3] "**Art. 1.**723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família."

4 O JULGAMENTO DA ADI 4.277/2009 E ADP 132/2008 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em cinco de maio de 2011, a Suprema Corte brasileira julgou em conjunto a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277, de 2009 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132, de 2008.

Ambas as ações constitucionais supracitadas pleiteavam que se desse interpretação conforme a Constituição Federal de 1988 ao artigo 1.273 do Código Civil de 2002, bem como ao artigo 19, inciso II e V e do art. 33, ambos do Decreto-Lei 220/1975 do Estatuto dos Servidores Civis do Rio de Janeiro.

Tanto a ADPF 132/RJ quanto a ADI nº 4.277 indicavam que o descumprimento da interpretação constitucional aos artigos acima mencionados atentavam contra a dignidade da pessoa humana, uma vez que implicavam na efetiva redução aos direitos das pessoas de orientação homossexual, ou homoafetivas[4].

Destarte, ambas as ações julgadas conjuntamente pelo Supremo Tribunal Federal aduziam que era necessário e obrigatório que a Justiça reconhecesse a possibilidade de pessoas do mesmo sexo poderem constituir união estável, uma vez que tal obrigatoriedade era extraída dos princípios: liberdade, proteção da segurança jurídica, dignidade da pessoa humana, igualdade e vedação às discriminações odiosas.

Quando do momento de proferir o seu voto, o relator da ADPF 132/RJ e ADI nº 4.277, o Ministro Carlos Ayres Britto, destacou que o constituinte, ao mencionar os termos “homem” e “mulher” no §3º do artigo 226[5], da Constituição Federal de 1988, tinha a intenção de estabelecer redações jurídicas horizontais ou sem hierarquia entre ambos os gêneros humanos e que tal parágrafo se presta como reforço normativo “ao combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros”.

O relator esclareceu, ainda a respeito do art. 226, §3º da Constituição Federal de 1988, que este não teria a força normativa de contrapor as uniões de pessoas heteroafetivas às uniões de pessoas homoafetivas.

No voto, o relator cita Sérgio da Silva Mendes que se manifesta no seguinte sentido: “que não se separe por um parágrafo (esse de nº 3) o que a vida uniu pelo afeto”. Interpretando metaforicamente, o Relator explica que não é possível “fazer rolar a cabeça do artigo 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro”, uma vez que esse tipo de interpretação jurídica preconceituosa seria a

[4] “A advogada militante em causas homoafetivas, Maria Berenice Dias, criou a expressão "homoafetividade". Ela explica que o enorme preconceito que os homossexuais sempre foram alvo e o repúdio aos seus vínculos de convivência impôs a necessidade da criação de um novo vocábulo que retirasse das uniões de pessoas do mesmo sexo, características exclusivamente de ordem da sexualidade.[4]
Assim, criou a expressão homoafetividade, para enfatizar os relacionamentos que estariam no elo da afetividade, que une o par, não se limitando a mero propósito de natureza sexual.[4]” (BRITTO, 2015, 26).

[5] “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

forma mais eficaz de tornar a Constituição Federal ineficaz. (BRITTO, 2015, p. 30).

O relator concluiu que para a interpretação do artigo supracitado, o termo "entidade familiar" do §3º não tem o condão de diferenciar a união estável do instituto da "família" e, por essa razão, as uniões entre pessoas do mesmo sexo deveriam ser reconhecidas e amparadas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

O Ministro-relator Carlos Ayres Britto julgou procedente o mérito da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277, de 2009 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132, de 2008, para dar ao artigo 1723 do Código Civil interpretação conforme a Constituição Federal no sentido de vedar qualquer significado ou interpretação que impedisse o reconhecimento do instituto da união contínua, pública e duradoura de pessoas do mesmo sexo como "entidade familiar", tendo essa entidade sinônimo de "família". De modo que esse reconhecimento deveria se dar seguindo as regras e consequências da união estável dos casais heterossexuais.

Todos os demais ministros do Supremo Tribunal Federal seguiram por unanimidade o voto do Ministro-relator, nos termos acima mencionados para dar procedência e efeito vinculante ao mérito da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277, de 2009 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132, de 2008 no sentido de dar interpretação conforme ao entendimento da Constituição Federal de 1988, de excluir do art. 1723 do Código Civil de 2002, qualquer interpretação ou sentido que não possibilite o reconhecimento das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar e como sinônimo perfeito de família (BRITTO, 2015, p. 37).

Cabe esclarecer que só a partir do julgamento supracitado, que as uniões de pessoas do mesmo sexo puderam ser reconhecidas, no ordenamento jurídico brasileiro, como união estável, não mais como sociedade de fato.

Portanto, a partir desse julgamento, e em conformidade com os direitos humanos, as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo passaram a ter garantia aos direitos de herança dos seus cônjuges, partilha de bens, dependência de planos de saúde, possibilidade de adoção, entre outros.

4.1 DESDOBRAMENTOS: A RESOLUÇÃO Nº 175, DE 14 DE MAIO DE 2013 DO CNJ

No dia 14 de maio de 2013, o Conselho Nacional de Justiça, dando cumprimento à sua competência, estabelecida pelo artigo 103-B, da Constituição Federal de 1988, promulgou a Resolução nº 175, que estabelece que todos os cartórios do Brasil, bem como todos os órgãos da Justiça devem registrar e habilitar o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, ou converter a união estável entre pessoas do mesmo sexo em casamento, se estas assim desejarem.

A resolução foi promulgada após o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277, de 2009 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132, de 2008, que reconheceu a possibilidade de casais constituídos entre pessoas do mesmo

sexo terem a união estável reconhecida, para todos os fins e efeitos, bem como após o julgamento do Resp. nº 1.183.378 – RS (2010/0036663-8), pelo Superior Tribunal de Justiça que decidiu pela inexistência de óbices legais para a celebração de casamento entre pessoas do mesmo sexo (BRITTO, 2015, p. 46). Destarte, a Resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça recebeu a seguinte redação:

> Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.
> Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis.
> Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Assim, a Resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça mudou positivamente o comportamento do ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que após a sua promulgação, os direitos dos casais constituídos por pessoas do mesmo sexo de poderem constituir uma família reconhecida e terem amparo e proteção legal para tanto.

5 O BOM EXEMPLO PORTUGUÊS: O LEGISLATIVO GARANTIU O CASAMENTO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO EM PORTUGAL

O Código Civil português tem como princípio o da igualdade da pessoa humana perante a lei e na lei. Esse princípio dá amparo ao princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que ele reconhece que a dignidade é algo em comum e inerente a todos.

A antiga Constituição Política portuguesa de 1933 citava o princípio da igualdade em seu artigo 5.º, § único, mas fazia diferenciação no momento de aplicação desse princípio quanto ao gênero, pois condicionava o emprego pelas mulheres nos seguintes termos:

> O Estado português é uma" República unitária e corporativa, baseada na igualdade dos cidadãos perante a lei, no livre acesso de todas as classes aos benefícios da civilização e na interferência de todos os elementos estruturais da Nação na vida administrativa e na feitura das leis.
> §único – A igualdade perante a lei envolve o direito de ser provido nos cargos públicos, conforme a capacidade ou serviços prestados, e a negociação de qualquer privilégio de nascimento, nobreza título nobiliárquico, sexo ou condição social, **salvas, quanto à mulher**, as **diferenças resultantes da sua natureza e do bem da família**, e, quanto aos encargos ou vantagens dos cidadãos, as impostas pela diversidade das circunstâncias ou natureza das coisas." (Sem destaques no original).

Assim, apesar de a Constituição de 1933 citar o princípio da igualdade perante a lei, esta continha ressalvas quanto a sua aplicação.

Já a atual Constituição da República Portuguesa de 1976, não condicionada a nada a utilização do princípio da igualdade, uma vez que a norma estabelece que este princípio deve ser aplicado a todos os cidadãos, sem nenhum tipo restrição. Veja-se:

> Artigo 13.º
> Princípio da igualdade
> 1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.
> 2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual.

Outrossim, cabe salientar que a atual Constituição da República Portuguesa de 1976, em seu artigo 9º, vislumbra um regime igualitário concreto e real entre os seus cidadãos, uma vez que a norma estabelece que "é uma das tarefas fundamentais do Estado a promoção da igualdade real entre os portugueses." (FERNANDES, 2015, 87).

Destarte, o princípio constitucional da igualdade ganha real efetividade quando é assegurado aos desiguais, o tratamento desigual, na medida de suas desigualdades para que a igualdade seja atingida.

Como, por exemplo, ocorreu quando da promulgação da lei que reconheceu a possibilidade de casais do mesmo gênero poderem constituir matrimônio, de forma a dar efetividade ao princípio da igualdade.

Diferentemente do que aconteceu no Brasil, em que o processo de reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar somente deu por meio de decisões judiciais.

Em Portugal, esse reconhecimento se deu por meio de um processo legislativo, em que, após a aprovação da maioria do parlamento, em 11 de fevereiro de 2010. Em 17 de maio de 2010, o Presidente da República Portuguesa, ratificou o projeto de lei que permitia o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Com efeito, a partir do mês de maio de 2010, a Lei que permite o casamento entre pessoas do mesmo sexo foi pulicada no Diário da República e a partir desse momento, Portugal foi o sexto país do mundo a reconhecer e legalizar o casamento entre pessoas do mesmo sexo (CAPUCHO, 2014).

No entanto, mesmo após o reconhecimento legal do casamento entre pessoas do mesmo sexo em Portugal, a possibilidade de seus cidadãos homossexuais adotarem uma pessoa só passou a ser possível anos depois, mais especificamente na data de 29 de fevereiro de 2016. Somente a partir desse marco que os casais homoafetivos passaram a ter permissão legal para se habilitarem ao processo de adoção.

Apesar do atraso para fins de adoção, percebe-se que o bom exemplo do Poder Legislativo português assegurou a possibilidade de casais homoafetivos

poderem se casar e serem considerados uma entidade familiar antes mesmo de o assunto ser consolidado pela Suprema Corte brasileira, no ano de 2011.

6 CONCLUSÃO

Os princípios fundamentais, independentemente do ramo do Direito, são a fonte de estudo do jurista, do aplicador da norma e operador do Direito. Eles que dão embasamento para a resolução das controvérsias judiciais, quando é necessário se fazer uma valorização da norma e os princípios do Direito.

Tanto o reconhecimento da união estável no Brasil entre pessoas do mesmo sexo, quanto a possibilidade de casais homoafetivos poderem constituir casamento e terem todos os direitos civis e constitucionais garantidos para fins de reconhecimento desses casais como entidade familiar, foram permitidos por meio dos Tribunais Superiores, quais sejam, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, por meio de interpretação constitucional utilizando os princípios fundamentais de todo o Direito.

Ambas as decisões proferidas no Brasil se deram graças à consagração desses princípios no ordenamento jurídico brasileiro, graças à sensibilidade dos juízes dos Tribunais Superiores supracitados, ao valorar os tais princípios fundamentais.

Se as famílias constituídas por casais do mesmo gênero esperassem pela da boa vontade do parlamento brasileiro para legislar a respeito do casamento ou união estável, muito provavelmente essas famílias ainda estariam esperando essa possibilidade de fato ocorrer, uma vez que o legislativo brasileiro é, em sua grande maioria, composto por representantes que pregam valores religiosos e conservadores, onde os valores cristãos a respeito do casamento entre pessoas do mesmo sexo ainda é enxergado como algo desvirtuoso, imoral.

Com efeito, esses parlamentares são eleitos por apoiar esse posicionamento preconceituoso e conservador, tanto é assim, que o reconhecimento do casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo só se deu no Brasil a partir de decisões proferidas pelo poder Judiciário.

Já o parlamento português, amparado pela ratificação presidencial, foi mais atuante do que o brasileiro em matéria de efetivação dos direitos e princípios de igualdade, de dignidade da pessoa humana perante a lei e até mesmo de direitos humanos, pois permitiu, por meio de uma legislação, que casais constituídos entre pessoas do mesmo gênero pudessem se casar, bem como estarem aptos a participar do processo de adoção.

Na base de todo o fato social de ambos os países, há um interesse supremo que merece ser protegido e tutelado, que independe da orientação sexual quem o pleiteia. Uma vez que tanto os brasileiros quanto os portugueses vivem em um Estado Democrático de Direito, e que, portanto, esse mesmo Estado deve garantir aos seus pares a plenitude do direito a uma vida digna, livre de preconceitos, e a possibilidade de constituir uma família livre para se associar por meio de casamento ou união estável, pouco importando a orientação sexual de cada um de seus pares.

Afinal, a garantia do exercício da cidadania também inclui a garantia da plena expressão da sexualidade e liberdade de exercer a orientação sexual que cada um escolher, e tal possibilidade se enquadra plenamente na efetivação dos direitos humanos e fundamentais de um Estado Democrático de Direito.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A partir de hoje casais do mesmo sexo já podem adotar. DN Portugal. Disponível em: <http://www.dn.pt/portugal/interior/a-partir-de-hoje-casais-do-mesmo-sexo-ja-podem-adotar-5053139.html>. Acesso em: 01 Ago. 2018.

ASSUNÇÃO, A.G. A. et.al. **Código Civil Comentado**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. ISBN: 978-85-02-62789-5.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277/DF**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 01 Ago. 2018.

BRITTO, C. A. **Ética em verso e por prosa**. CREA-SE. Disponível em: <http://www.crea-se.org.br/etica-em-verso-e-prosa/>. Acesso em: 01 Ago. 2018.

BRITTO, N. P. R. A. **Equiparação de Direitos Civis para Pares Homoafetivos na União Estável e Casamento na Perspectiva dos Tribunais Superiores**. 2015. 59 f. Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília.

CAPUCHO, J. **2010, Casamento 'gay' em Portugal**. Diário de Notícias. Disponível em: < http://150anos.dn.pt/2014/07/31/2010-casamento-gay-em-portugal-2/>. Acesso em: 01 Ago. 2018.

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. Lisboa: Assembleia Constituinte, 1976.
Diário da República. Seção 1. Número 86. 10/04/1976 (Publicação Original).

CUNHA, A. S. Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do direito civil. In: MARTINS-COSTA, J. **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DIAS, M. B. **Homoafetividade e os direitos LGBTI**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERNANDES, L. A. C. **Teoria Geral do Direito Civil**. 6ª ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015. IBSN 978-972-54-0361-7.

LÔBO, P. **Direito civil: famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEREIRA, R. C. **Princípios fundamentais e norteadores para organização jurídica da família.** Curitiba: UFPR, 2004. p.127-128.

REALE, M. **Lições preliminares de direito**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 299.

REINEHR, R. **Os princípios orientadores do novo Código**. **Âmbito Jurídico**. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13183&revista_caderno=7>. Acesso em: 01 Ago. 2018.

SILVA, F. M. T. **Novos princípios do Direito de Família brasileiro**. **Âmbito Jurídico**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1036>. Acesso em: 01 Ago. 2018.

TARTUCE, F. **Manual de Direito Civil: Volume Único**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. ISBN 978-85-308-3463-7.

PROCESSO JUDICIAL DIGITAL E ACESSO À JUSTIÇA NO ESTADO DE GOIÁS

Ana Luiza de Paula Martins[1]
Elias Santos Faria[2]
Rildo Mourão Ferreira [3]

RESUMO

O objetivo deste estudo é apresentar as inovações do Poder Judiciário concernentes à digitalização dos processos associada às políticas de acesso à Justiça. Utilizando-se de pesquisa documental e levantamento bibliográfico em livros de referência, este artigo pretende expor as políticas públicas relacionadas ao Judiciário brasileiro, passando pelo histórico do Estado de Goiás, bem como o estudo das formas de acesso à justiça e princípios concernentes. A digitalização dos processos judiciais é destaque, sendo tratados as disposições legais e dados atualizados.

Palavras-chave: Acesso à Justiça; digitalização dos processos; Poder Judiciário.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo foi realizado no âmbito do projeto “Políticas Públicas de Acesso à Justiça: a Celeridade como instrumento de integração democrática”, com apoio do Programa de iniciação cientifica da UniEVANGÉLICA – PBIC.

A sociedade contemporânea acompanha a constante evolução tecnológica. Assim como as inovações afetam os diversos âmbitos - institucionais, organizacionais, econômicas, políticos e sociais – o Direito também é atingido.

Avançando no percurso histórico para a atual Constituição Federal de 1988, a República Federativa do Brasil instituiu aos indivíduos direitos e garantias fundamentais para o exercício da cidadania. Dentre os princípios constitucionais temos o Acesso à justiça, cuja força cogente garante às pessoas a possibilidade de reivindicar seus direitos, solucionar seus litígios a fim de alcançar a paz social.

Apesar de normatizada, a acessibilidade da população ao órgão judiciário enfrenta desafios que impedem a efetiva prestação de serviços, como a demora excessiva na resolução dos conflitos, que torna a justiça morosa e ineficaz. A população descrente no “poder” da justiça aumenta continuamente.

Uma das possíveis soluções para a melhoria do Poder Judiciário é a digitalização dos processos judiciais. Na era da internet, mensagens instantâneas e auge da globalização, o Direito acompanha a realidade atual e encontra ferramentas tecnológicas para a busca pela celeridade da justiça.

1 Currículo *Lattes:* http://lattes.cnpq.br/2313938644234268.
2 Currículo *Lattes:* http://lattes.cnpq.br/7976279002010239.
3 E-mail: rildomourao@uol.com.br. Currículo *Lattes:* http://lattes.cnpq.br/3545085882864109.

Portanto, considerando que a existência de normas jurídicas é vital para o convívio ordenado dos indivíduos e estabelecimento da paz social, faz-se relevante o estudo das recentes atualizações do mundo jurídico, além de ter em pauta a questão do acesso à justiça.

Em face disso, a pesquisa tem por objetivo elucidar o aperfeiçoamento dos meios de prestação jurisdicional, ensejado pelo Processo Judicial Digital, bem como expor sobre os princípios constitucionais que garantem efetiva tutela e reivindicação dos direitos. Abordando o funcionamento do Poder Judiciário Brasileiro associado a uma breve síntese das políticas públicas relacionadas, o Estado de Goiás recebe destaque.

O presente artigo utilizou-se de pesquisa bibliográfica e documental, com análise de dados.

2 POLÍTICAS PÚBLICAS E PODER JUDICIÁRIO

A definição de política é deveras complexa. O contexto histórico e as tradições culturais interferem na construção da denominada “política”, de tal modo que, no dicionário encontramos descrita, meramente, como “arte ou ciência de governar”. Superada essa noção, na atualidade é definida como "o conhecimento sistemático e ordenado dos fenômenos concernentes ao Estado" (SCHMITTER apud PRÉLOT, 1965) .[4]

Com o escopo de solucionar pacificamente os conflitos concernentes a bens públicos, faz-se necessária a tomada de decisões políticas que, porventura, constituirá uma política pública. No tocante a essa última, Maria das Graças Rua salienta que “envolve mais do que uma decisão e requer diversas ações estrategicamente selecionadas para implementar as decisões tomadas”.[5]

Nas palavras de Maria Paula Dallari Bucci temos que,

> Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados- processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição de Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como o tipo ideal, a política pública deve visar à realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários á sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados”. RIBEIRO (2010, p. 42, apud BUCCI, 2006, p. 39).

As políticas públicas, no Estado Democrático de Direito, estabelecem programas visando à promoção do bem estar social e garantia dos direitos dos cidadãos, estando entre as competências típicas dos Poderes Legislativo e Executivo. Não obstante, o Poder Judiciário deverá adotar uma posição ativa e dinâmica na efetivação dos direitos sociais, caso órgãos de direção política sejam falhos ou omissos. (CUNHA JÚNIOR, 2004, p.353).

4 REFLEXÕES SÔBRE O CONCEITO DE "POLÍTICA" (*) PHILIPPE C. SCHMITTER Rev. Dir. Públ. e Ciência Política - Rio de Janeiro - Vol. VIII, n9 2 - Maio/A,. 1965 , p.48.
5 **Análise de Políticas Públicas: Conceitos Básicos –** *Maria das Graças Rua.*

A respeito do Poder Judiciário, é um órgão estatal autônomo e independente, incumbido da "tomada das decisões sobre questões controversas da política nacional" (Dahl, 1957:279). Ademais, é o detentor da função típica de resolução dos conflitos de interesse, bem como o órgão que atua como guardião da Constituição Federal, sendo o foro adequado para obter a efetivação dos Direitos Fundamentais (artigo 5º, CF/88).

Elencados no artigo 92 da Constituição de 1988 estão os órgãos do Poder Judiciário, sendo o Supremo Tribunal Federal (STF), o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e, mais, os Tribunais Regionais Federais (TRF), Tribunais e Juízes do Trabalho, Tribunais e Juízes Eleitorais, Tribunais e Juízes Militares e os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

3 PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE GOIÁS

O atual Estado de Goiás, situado no Centro-Oeste brasileiro, recebeu seus primeiros habitantes no século XVII quando ainda era a Capitania de Goyaz, provenientes da expedição bandeirante de Bartolomeu Bueno da Silva. Com a descoberta das minas de ouro, a colonização teve inicio, sendo a formação cultural do Estado oriunda dos nativos indígenas e dos negros.

A economia goiana – inicialmente agrícola – a partir da década de 90 obteve incentivos que proporcionam o crescimento do setor industrial através da fabricação de produtos químicos, farmacêuticos, veículos automotores. Em 1874 é instalado o Tribunal da Relação de Goiás.

Em face do déficit de profissionais goianos formados em Direito, na época da criação do primeiro tribunal, foram nomeados desembargadores vindos de outras províncias. Com o passar do tempo, Goiás formou grandes magistrados cujo destaque alcançou o cenário nacional. [6]

Hoje, com a população estimada de 6 milhões de habitantes (IBGE,2017), o estado conta 127 comarcas sob a presidência do ilustre Desembargador Gilberto Marques Filho, do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. O Tribunal, com sede na capital Goiânia, compõe-se de vinte e dois desembargadores.[7]

O órgão máximo de jurisdição estadual se destaca pelos os projetos e iniciativas idealizados e executados pelos juízes e servidores, com o intento de melhorar a prestação jurisdicional, dentre eles: o projeto Justiça Ativa instituído pelo Decreto Judiciário nº 670 de 17/10/96, visando mais celeridade e integralidade da justiça através da agilização dos serviços judiciários[8]; o projeto de criação dos **Centros de Pacificação Social, objetivando a solução dos conflitos sem provocar o Poder Judiciário**[9]**.** Outros tantos projetos sociais e políticas públicas englobando ressocialização de presos, proteção à infância e

6 Revista TJGO disponível em <http://docs.tjgo.jus.br/institucional/departamentos/comunicacao_social/revista_tjgo_140_2014.pdf>
7 Código de Organização Judiciária do Estado de Goiás.
8 Projetos e ações do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás – Justiça Ativa. Disponível em < http://www.tjgo.jus.br/index.php/tribunal/projetos-e-acoes/justica-ativa.>
9 Projeto Centro de Pacificação Social. Disponível em < http://www.tjgo.jus.br/index.php/tribunal/projetos-e-acoes/centro-de-pacificao-social.>

Juventude e transparência dos gastos – os quais podem ser encontrados no Banco de Boas Práticas do TJ/GO – se mostraram efetivos[10].

4 AS FORMAS DE ACESSO À JUSTIÇA E A CELERIDADE PROCESSUAL

O acesso à justiça, princípio e garantia fundamental alcançado após um percurso histórico e consagrado pela Constituição de 1934 (LENZA, 2014), é incluído também no rol dos direitos fundamentais, aqueles "considerados indispensáveis à pessoa humana, necessários para assegurar a todos uma existência digna, livre e igualitária" (LIMA, D., 2014).

Entendido como o "sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e ou resolver seus litígios sob as promessas do Estado", caracteriza-se pela acessibilidade a todos e produção de resultados individuais e socialmente justos (CAPPELLETTI, 2002, p.3).

Ainda, se não fosse pelo acesso à justiça, direito violado ou ameaçado não seria garantido ou recomposto, o que torna os demais direitos dependentes desse. (SOUZA, 2011,P.84).

Associada a positivação, faz-se necessário como ressaltado por Ada Pellegrini Grinover, que haja condições que possibilitem o acesso:

> Falar da instrumentalidade nesse sentido positivo, pois, é alertar para a necessária efetividade do processo, ou seja, para a necessidade e ter-se um sistema processual capaz de servir de eficiente caminho à "ordem jurídica justa". Para tanto, não só é preciso ter a consciência dos objetivos a atingir como também conhecer e saber superar os óbices econômicos e jurídicos que se antepõem ao livre acesso à justiça (GRINOVER, 2006).

Dentre os óbices jurídicos, a morosidade na prestação jurisdicional é incluída. Motivada pelo aumento significativo da demanda judicial e pelo conglomerado excessivo de processos, a ineficiência do judiciário se faz presente e desperta o sentimento de descrença nos tutelados[11]. O doutrinador Humberto Theodoro Júnior (2005) adverte:

> a lentidão da resposta da Justiça, que quase sempre a torna inadequada para realizar a composição justa da controvérsia. Mesmo saindo vitoriosa no pleito judicial, a parte se sente, em grande numero de vezes, injustiçada, porque justiça tardia não é justiça, e, sim, denegação da Justiça.

De encontro à lentidão da solução processual, o princípio da Duração razoável do processo ou da Celeridade processual – instituído pela Emenda Constitucional 45/2004 – busca uma resposta ao litígio de forma tempestiva e

Outro princípio intimamente ligado ao do Acesso à Justiça é o da Inafastabilidade da Jurisdição. Nesse sentido, assim discorre o Art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988: "a lei não excluirá da apreciação do

10Banco de boas práticas. Disponível em < http://www.tjgo.jus.br/index.php/tribunal/projetos-e-acoes/banco-de-boas-praticas.>

11 Segundo pesquisa de Índice de Confiança feita pela Fundação Getulio Vargas – FVG, cerca de 29% da população confia no Poder Judiciário.

Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Também alude o Art. 8º da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos - São José da Costa Rica:

> Toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza.

5 DIGITALIZAÇÃO DOS PROCESSOS JUDICIAIS E LEGISLAÇÃO CONCERNENTE

Em razão da lenta prestação da tutela jurisdicional e para suprir o anseio da sociedade foi instituída uma inovação legislativa através da Lei. 11.419/2006, que viabiliza o processo eletrônico. Através do uso da tecnologia e meios informatizados os processos físicos passam a ser digitais.

Diante do excesso de processos judiciais foi necessário uma inciativa por parte da AJUFE (Associação dos Juízes Federais), juntamente com o poder legislativo, para solucionar os problemas vigentes[12]. Através disso foi criada a Lei nº 11.419/06.

Esse feito foi um marco para o direito brasileiro, porém, vale ressaltar que a referida lei ao norte citada teve algumas evoluções para que chegasse ao seu escopo final.

A referida lei tem suma importância, pois proporciona ao Poder Judiciário mais efetividade e rapidez na prestação jurisdicional, fazendo que todas as formas de acesso à justiça seja mais confiável, trazendo mais otimismo por parte dos servidores através da informatização digital, garantindo autenticidade em das partes, por meio de *softwares,* exigindo certificação digital dos advogados, magistrados, servidores ou parte para atuarem no processo nos novos processos.

Assim entende Zabroski (2006)-(2017 apud Heverton Lopes)

> A utilização da certificação digital tem importância, como já mencionado, à medida que só se pode ter certeza de que um documento eletrônico provém da pessoa indicada se a chave pública utilizada na conferência for realmente dela, e não de um terceiro que se faça passar por ela. Assim, o uso da certificação digital torna-se um mecanismo eficaz para fornecer certeza quanto à autoria.

12 "No ano de 2001, a Associação dos Juízes Federais – AJUFE - formulou uma sugestão de projeto de lei à Comissão de Legislação Participativa da Câmara de Deputados. A sugestão apresentada dispunha acerca da informatização do Processo Judicial e foi recebida em plenário no dia 04-12-2001, tendo se denominado Projeto de Lei nº. 5.828/01. Com regime de prioridade, o projeto foi encaminhado à Comissão de Constituição e Justiça e de Redação – CCJR -, onde o relator Deputado Federal José Roberto Batoschio exarou parecer em 22-05-2005, pugnando pela sua aprovação. Referido parecer foi aprovado por unanimidade pela CCJR, em 19-06-2002. Posteriormente, na data de 20-06-2002, fora remetido ao Senado Federal e recebeu o nº. 71/02, onde a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania – CCJ – através do relator Senador Osmar Dias, apontou algumas críticas e foram feitas novas alterações em sua redação até chegar à sua conversão na Lei n. 11.419/06." Slongo - 2009 (2017 apud Heverton Lopes)

A referida certificação mencionada acima, de dá em conformidade com no §2º do art.1º da Lei 11.419/06:

> § 2º- Para o disposto nesta Lei, considera-se:
> I - meio eletrônico qualquer forma de armazenamento ou tráfego de documentos e arquivos digitais;
> II - transmissão eletrônica toda forma de comunicação a distância com a utilização de redes de comunicação, preferencialmente a rede mundial de computadores;
> III - assinatura eletrônica as seguintes formas de identificação inequívoca do signatário:
> a) assinatura digital baseada em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada, na forma de lei específica;
> b) mediante cadastro de usuário no Poder Judiciário, conforme disciplinado pelos órgãos respectivos.

O processo eletrônico permite que todas as petições, certidões, despachos sejam feitos de forma digital, permitindo também ao advogado a visualização das peças processuais e o peticionamento do seu próprio escritório, através da internet.

É possível ainda, peticionarem em horários flexíveis, acompanhar com segurança a transmissão de dados, bem como receber notificações. Para que exista a autenticidade nas ações supracitadas, é necessário uma “Identidade Eletrônica”, ou seja, um Certificado Digital.

Não há o que alegar sobre falsidade do conteúdo da petição inicial, uma fez o que envio da mesma terá validade mediante a senha cadastrada nos Tribunais ou pelo Certificado Digital, é o que afirma Alvim (2008 apud Alvares 2011) ensinando que “a partir do momento em que um documento é assinado eletronicamente pelo uso da criptografia, a arguição de falsidade só poderá ser baseada em ‘falsidade de assinatura’, porquanto a adulteração do conteúdo do documento é inviável”.

O intuito de estabelecer, através da normatização, um sistema de digitalização eletrônica dos processos é de concretizar o Princípio da Duração Razoável do Processo, que está previsto no diploma Constitucional de 1988 no Art. 5º, inciso LXXVlll.

Assim entende Lenza (2011):

> A prestação jurisdicional dentro de um prazo razoável e efetivo já vinha prevista, como direito fundamental do ser humano, dentre outros dispositivos, nos arts. 8.º, 1.º, e 25, 1.º, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Resta não se conformar com a aludida previsão, já que, como o comando determina, são assegurados os meios que garantam a celeridade da tramitação do processo. Conforme sinalizou Grinover, ‘esses meios devem ser oferecidos pelas leis processuais, de modo que a reforma infraconstitucional fica umbilicalmente ligada à constitucional, derivando de ordem expressa da Emenda n. 45/2004. Trata-se, portanto, de fazer com que a legislação processual ofereça soluções hábeis à desburocratização e simplificação do processo, para garantia da celeridade de sua tramitação’.

Importante salientar que algumas das mais importantes disposições legais que regem sobre a processo eletrônico se encontram no art.11 da Lei 11.419/06, que assim discorre:

> Art. 11. Os documentos produzidos eletronicamente e juntados aos processos eletrônicos com garantia da origem e de seu signatário, na forma estabelecida nesta Lei, serão considerados originais para todos os efeitos legais.
> §1º- Os extratos digitais e os documentos digitalizados e juntados aos autos pelos órgãos da Justiça e seus auxiliares, pelo Ministério Público e seus auxiliares, pelas procuradorias, pelas autoridades policiais, pelas repartições públicas em geral e por advogados públicos e privados têm a mesma força probante dos originais, ressalvada a alegação motivada e fundamentada de adulteração antes ou durante o processo de digitalização.
> § 2º- A arguição de falsidade do documento original será processada eletronicamente na forma da lei processual em vigor.
> § 3º- Os originais dos documentos digitalizados, mencionados no § 2o deste artigo, deverão ser preservados pelo seu detentor até o trânsito em julgado da sentença ou, quando admitida, até o final do prazo para interposição de ação rescisória.
> § 4º- (VETADO)
> § 5º- Os documentos cuja digitalização seja tecnicamente inviável devido ao grande volume ou por motivo de ilegibilidade deverão ser apresentados ao cartório ou secretaria no prazo de 10 (dez) dias contados do envio de petição eletrônica comunicando o fato, os quais serão devolvidos à parte após o trânsito em julgado.
> § 6º- Os documentos digitalizados juntados em processo eletrônico somente estarão disponíveis para acesso por meio da rede externa para suas respectivas partes processuais e para o Ministério Público, respeitado o disposto em lei para as situações de sigilo e de segredo de justiça.

Percebe-se que a legislação dá todas as diretrizes a serem tomadas para que haja autenticidade digital, evitando possíveis transtornos e ilegalidades, com o intuito de que o acesso à justiça seja mais eficaz e amparada em lei bem fundamentada.

Tendo como viés a aplicação jurisdicional do princípio da efetividade, ou seja, pela celeridade judicial, tempestiva e adequada é um dos meios para a finalização do conflito em prazo razoável.

5.1 PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO (PJE)

O PJe é um sistema de tramitação dos processos judiciais elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, em concordância com os requisitos da Justiça Federal para assegurar a possibilidade de utilização em todo o Poder Judiciário brasileiro: Justiça Militar da União e dos Estados, Justiça do Trabalho e Justiça Comum, Federal e Estadual. (site do PJe[13])

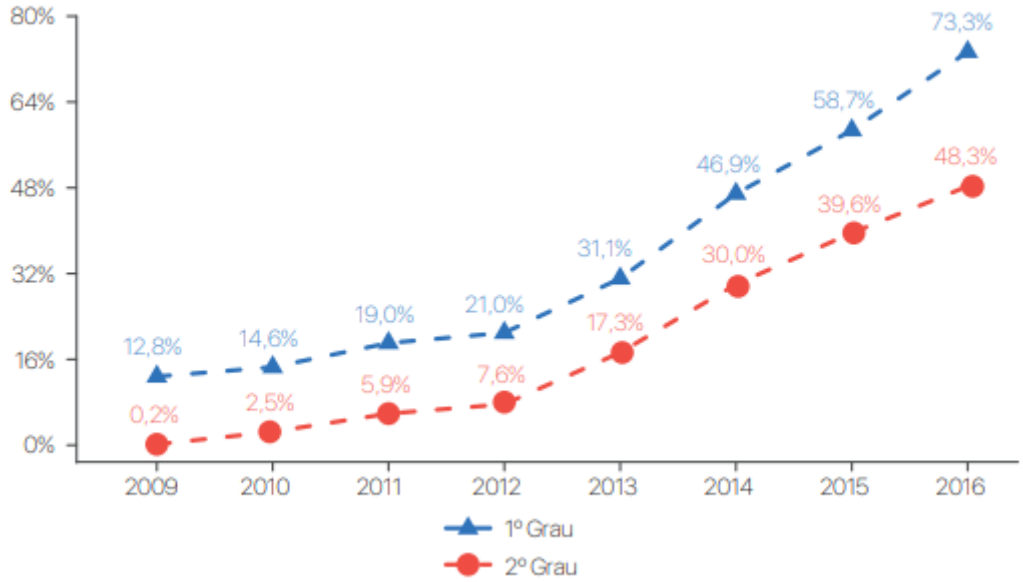
Na página digital do PJe estão disponíveis informações acerca do projeto; manuais de utilização do software; guias rápidos e tutoriais para advogados, servidores, magistrados e outros; além de detalhes técnicos para analistas e desenvolvedores.

13 http://www.pje.jus.br/wiki/index.php/P%C3%A1gina_principal

6 ANÁLISE DE DADOS DOS PROCESSOS DIGITALIZADOS

Até dezembro de 2016, dos 79,7 milhões de processos em tramitação, 70% deles processos que ingressaram no Poder Judiciário pela plataforma digital. Conforme balanço do CNJ, a virtualização tem obtido resultados regulares em busca da celeridade processual. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017b)

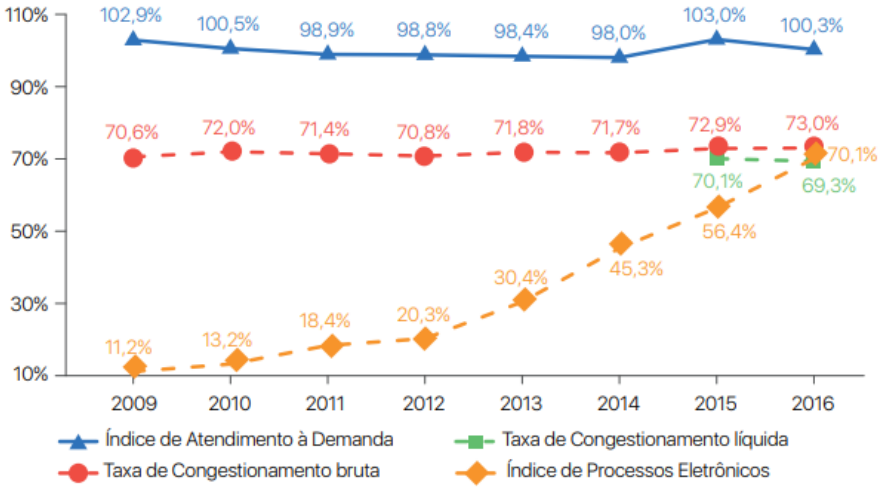
Figura 75: Série histórica do índice de casos novos eletrônicos



Fonte: CNJ – Justiça em Números 2017, p.98

No segundo gráfico, é nítido o crescente aumento do índice dos processos eletrônicos desde a criação da lei 11.419/2009. Isto posto, não se observa nenhuma redução na taxa de congestionamento bruta apesar das inovações do sistema judiciário, apenas uma leve redução no congestionamento liquido. O CNJ aponta como a maior responsável pela morosidade da justiça a fase da execução.

Figura 53: Série histórica da taxa de congestionamento, do índice de atendimento à demanda e do percentual de processos eletrônicos



Fonte: CNJ – Justiça em Números 2017, p.77

Até maio de 2017, foi atingida a marca de 15,7 milhões de ações tramitando no PJe e 3.321 órgãos julgadores no Brasil utilizam o software desenvolvido pelo CNJ, conforme dados do Departamento de Tecnologia da Informação – DTI. (CNJ, 2017)

A Justiça do Trabalho foi a que aderiu mais rapidamente à digitalização dos processos e corresponde a 73% das ações digitais. Todos os 24 TRTs usam o sistema eletrônico.

Sobre o Estado de Goiás, afirma o Presidente do TJ-GO, Gilberto Marques Filho, que o sistema de processos judiciais eletrônicos (PJe) se encontra praticamente implantado em Goiânia e em várias comarcas do interior do estado. A primeira a se tornar 100% digitalizada é a comarca de Goiás, com seus 7 mil processos em tramitação.(TJGO, 2018)

Com 84 os juízes de direito sediados e distribuídos em 31 varas, a Comarca de Goiânia até o inicio de 2017, digitalizou 146 mil processos físicos.

A comarca do município de Anápolis – elencada entre as de 3ª entrância, composta de 8 Varas e 14 juízes de direito – se encontra praticamente digitalizada. Conforme informações colhidas para o presente artigo, as primeiras a completarem o processo judicial eletrônico foram as Varas Cíveis; as Varas de Família e Sucessões estão sendo digitalizadas e, posteriormente, será a vez das Criminais.

Já as Varas da Fazenda Pública Municipal, de Registros Públicos e Ambiental e o Juizado da Infância e da Juventude, por meio dos Decretos Judiciários nº 822 e 823/2018, manterão suspensos o atendimento ao público e os prazos processuais até o mês de julho/2018, para dar continuidade à digitalização do seu acervo judicial.[14]

14 Notícias do TJGO, disponíveis em <http://www.tjgo.jus.br/index.php/home/imprensa/noticias/119-tribunal/17958-prorrogada-suspensao-do-atendimento-ao-publico-no-juizado-da-infancia-e-da-juventude-de-anapolis> e< http://www.tjgo.jus.br/index.php/home/imprensa/noticias/119-tribunal/17959-prorrogada-suspensao-do-atendimento-na-vara-da-fazenda-publica-municipal-de-registros-publicos-e-ambiental-de-anapolis>.

Em média o processo dura 3 meses, de acordo com o número de processos, sendo que durante a digitalização há a medida suspensiva dos prazos processuais dos autos físicos e do atendimento ao público.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo da história do Direito, mais especificamente com o advento da Constituição de 1988, direitos dos indivíduos receberam destaque e salvaguarda de forma expressa. Dentre as várias garantias, o amplo princípio do Acesso à Justiça tornou o Poder Judiciário aberto aos conflitos da população.

Mas não basta o indivíduo ter acesso á justiça, é necessário que seus interesses sejam julgados de forma eficiente e ágil, diferentemente do que ocorre no ordenamento jurídico brasileiro com a demora da prestação jurisdicional.

É importante ressaltar, também, que nem todo processo se resolverá de forma imediata. Existem processos mais complexos e extensos que exigem uma maior apreciação do Poder Judiciário, como também mais tempo e atos judiciais. Porém, o que é alvo de questionamento é a excessiva demora no rito processual, na lentidão exacerbada por parte do órgão jurisdicional ao devolver a solução da lide para quem acionou na jurisdição.

No que tange a celeridade processual, as inovações trazidas pela digitalização dos processos judiciais – Lei 11.419, 2006 – despertam otimismo na sociedade. Considerando que ainda se encontra em fase de implantação, com desafios a serem transpostos em relação à infraestrutura, capacitação de informatização dos servidores, dificuldade de acesso à internet com qualidade, os resultados são modestos.

Os números do CNJ referentes ao ano de 2016 mostram uma leve redução no congestionamento dos processos em âmbito nacional, assim como dados do TJGO mostram que o estado de Goiás se apresenta em pleno processo de implantação do sistema. Com a divulgação de dados mais recentes, constatar-se-á a concretização ou não das promessas de celeridade e eficiência dos processos judiciais digitais.

Conclui-se que o acesso à justiça é um direito fundamental que garante ao cidadão pleno acesso a um sistema jurídico no qual se busca reivindicar direitos e resolver litígios, produzindo resultados justos e igualitários.

8 REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

BRASIL. **LEI Nº 11.419, DE 19 DE DEZEMBRO DE 2006**. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm>, Acesso em nov. 2017.

BRASIL. **LEI Nº 9.129, DE 22 DE DEZEMBRO DE 1981**. Dispõe sobre o Código de Organização Judiciária do Estado de Goiás. <Disponível em

http://www.gabinetecivil.go.gov.br/pagina_leis.php?id=7350>, acesso em jun. 2018.

BULOS, Uádi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva: 2008

CAMPOS, Laís. **O Processo Judicial Eletrônico como Instrumento de Celeridade e Acesso à Justiça**. Disponível em: https://laisccampos.jusbrasil.com.br/artigos/186333592/o-processo-judicial-eletronico-como-instrumento-de-celeridade-e-acesso-a-justica

CAPPELLETTI**n** GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**: Trad. Ellen Grancie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.p 168.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, **Justiça em Números 2017**: ano-base 2016. In: _____, Brasília: CNJ, 2017b. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>. Acesso em mai. 2018.

REVISTA ELETRONICA TJGO. Disponível em: http://docs.tjgo.jus.br/institucional/departamentos/comunicacao_social/revista_tjgo_140_2014.pdf> . Acesso em abr. 2018

REZENDE, Heverton Lopes. **O processo judicial eletrônico e o princípio da celeridade.** In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIX, n. 154, nov 2016. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18235&revista_caderno=21>. Acesso em nov 2017.

SLONGO, Mauro Ivandro Dal Pra; **O Processo Eletrônico Frente aos Princípios da Celeridade Processual e do Acesso à Justiça.** Juiz de Fora: Universo Jurídico, 2009. Disponivel em: http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/6248/o_processo_eletronico_frente_aos_principios_da_celeridade_processual_e_do_acesso_a_justica Acesso em outubro de 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, ano VI, n. 36, jul/ago. 2005.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS. **Revista TJGO 140 anos fazendo história**. Disponível em: https://sindjustica.com/wp-content/uploads/2014/05/Artigo-tjgo-140-fazendo-historia.pdf. Acesso em dez. 2017

ZABROSKI, Giovana Cristina Szeremeta**. A Eficácia Probatória dos Documentos Eletrônicos produzidos no Processo Civil: Produzidos a partir de novas tecnologias**. 2006. Dsponível em: http://tcconline.utp.br/wp-content/uploads//2013/08/a-eficacia-probatoria-dos-documentos-eletronicos-no-

processo-civil-produzidos-a-partir-das-novas-tecnologias.pdf. Acesso em outubro de 2017

ZABROSKI, Giovana Cristina Szeremeta. **O uso do Processo Judicial Eletrônico como Instrumento para a Celeridade.** 2008. Disponível em: http://femparpr.org.br/monografias/upload_monografias/Giovana%20Cristina%20Szeremeta%20Zabroski.pdf . Acesso em 30 de outubro de 2017.

REFLEXÕES SOBRE O ORÇAMENTO IMPOSITIVO E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NO BRASIL

Harlay Janine Weege Bylaardt[1]
Daniel de Mello Massimino[1]

1 INTRODUÇÃO

A Emenda Parlamentar Orçamentária se dá no ordenamento brasileiro como um instrumento constitucional pelo qual é conferido aos membros do Congresso Nacional oportunidade para participar ativamente da elaboração e aperfeiçoamento da Lei Orçamentária Anual (LOA), ou seja, ao orçamento anual da União, meio pelo qual se delimitam os gastos do orçamento público nas áreas de interesse, por período anual, com base na arrecadação de impostos.

Porém, do mesmo modo como se constata atualmente uma reduzida confiança na classe política e nas instituições brasileiras[2], as emendas parlamentares advindas do Congresso são alvo de divergentes opiniões acerca do assunto. Há quem considere as emendas como moeda de troca entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo. Outros têm a convicção de se tratar de uma oportunidade dos pequenos municípios, muitas vezes invisíveis perante a máquina estatal, receberem benfeitorias e acesso a políticas públicas (FARIA, 2009, p. 120).

No entanto, o assunto ficou ainda mais em evidência com a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 86/2015, que, dentre outras medidas, criou o denominado “Orçamento Impositivo”, que obriga o Executivo a cumprir as emendas parlamentares individuais aprovadas na LOA, em sua íntegra e, para tanto, altera e insere alguns parágrafos e incisos nos artigos 165 e 166 da Constituição Federal de 1988 (doravante CF/88), referentes à vinculação de recursos destinados à execução das emendas parlamentares individuais, ou seja, aquelas propostas pelos parlamentares individualmente. Para os próprios parlamentares trata-se de uma oportunidade para acrescentar programações orçamentárias no intuito de atender demandas oriundas das comunidades as quais representam, visando uma melhor alocação dos recursos públicos (BRASIL, 2016).

Até a promulgação da Emenda Constitucional nº 86, em 17 de março de 2015 (doravante EC 86/2015), as emendas parlamentares eram de execução facultativa, isto é, o Executivo tinha liberdade de executá-las ou simplesmente ignorá-las, liberdade esta descrita como a razão principal das negociações de

[1] E-mail: harlay.bylaardt@catolicasc.org.br.
[1] E-mail: danielmello@catolicasc.org.br. Currículo *Lattes*: http://lattes.cnpq.br/1727870407500079
[2] Recente pesquisa conduzida pelo DataFolha indica que três instituições de representação política lideram empatadas como as menos confiáveis. Sete em cada dez (68%) declararam não ter confiança nos partidos políticos, 67% declararam não ter confiança no Congresso Nacional (o índice mais alto da série histórica) e 64% na Presidência da República. Enquanto as taxas de confiança foram, respectivamente, 31% (2% confia muito e 28% um pouco), 31% (3% confia muito e 28% um pouco) e 34% (5% confia muito e 29% um pouco). (DATAFOLHA, 2018).

emendas entre os dois poderes. A partir da citada emenda constitucional, que vincula recursos do orçamento da União para as chamadas emendas parlamentares individuais, a União foi obrigada a atender, dentro dos programas definidos pelo PPA, solicitações das bases eleitorais dos parlamentares, com caráter obrigatório de execução.

Destaca-se que as emendas parlamentares devem ater-se a programação temática definida no Plano Plurianual, adequando-se desta maneira à programação anteriormente definida pelo executivo, sendo também importante destacar que as emendas perdem este caráter obrigatório quando restar comprovado impedimento insuperável. Se assim ocorrer, deverá o Executivo solicitar o remanejamento da programação orçamentária da verba específica ao Legislativo, conforme disposto no § 12 e seguintes do art. 166 da Constituição federal.

Dessa forma, vislumbrou-se a possibilidade de trabalhar em pesquisa o assunto descrito, por estar em evidência e ser de amplo interesse social, além de jurídico, pela análise do direito e dos princípios envolvidos com a detida análise do instituto da emenda parlamentar individual, no intuito de obter ao findar o trabalho, uma conclusão da relevância constitucional, política e social da aprovação e promulgação da EC analisada. Diante disso, pretendeu-se analisar a EC 86/2015, que criou, dentre outras medidas, o orçamento impositivo à União, obrigando o Poder Executivo Federal a cumprir as emendas parlamentares individuais, assim como analisar se tal obrigatoriedade viola, ou não, o princípio da separação dos poderes.

Diante de todo o exposto, formulou-se o seguinte problema de pesquisa: A partir da análise da EC 86/2015 e do orçamento impositivo por ela estipulado, é possível afirmar que a obrigatoriedade de cumprimento das emendas parlamentares individuais pelo Poder Executivo Federal fere o princípio da separação dos poderes? A partir disso, foi elaborada a seguinte hipótese: O orçamento impositivo criado pela EC 86/2015, que impõe ao Poder Executivo Federal o cumprimento das emendas parlamentares individuais no intuito de atender às solicitações das bases eleitorais, viola o princípio da separação dos poderes na medida em que fere as atribuições orçamentárias conferidas tipicamente pela Constituição Federal ao Poder Executivo.

O objetivo geral foi analisar se a edição da EC 86/2015, que criou o orçamento impositivo ao Poder Executivo obrigando-o a cumprir as emendas parlamentares individuais, fere o princípio da separação dos poderes, de modo a tornar a Emenda inconstitucional.

Utilizou-se para o desenvolvimento deste estudo o método hipotético-dedutivo, bem como, o método monográfico no que tange ao método de procedimento, além disso, se fez necessária a utilização da técnica de pesquisa documental, uma vez que se verificou a necessidade de análise de textos legais pertinentes à temática proposta, especialmente ao texto da EC 86/2015, objeto deste estudo, à CF/88, bem como também à legislação infraconstitucional.

2 DESENVOLVIMENTO

A EC 86/2015 inseriu no ordenamento constitucional a figura denominada “orçamento impositivo”, que pode ser caracterizado sumariamente, neste momento, como a obrigatoriedade imputada ao Poder Executivo Federal de

executar as emendas parlamentares individuais inseridas no âmbito da Lei Orçamentária Anual (LOA). A questão central será analisar se esta obrigatoriedade de execução implica, ou não, em ruptura do princípio da separação dos poderes, também previsto na mesma CF/88.

Para situar a discussão pretendida, contudo, é primordial conceituar e situar juridicamente o significado da expressão "separação de poderes". O conceito "separação dos poderes" é acima de tudo, um princípio de organização política. Através desse princípio encontram-se os chamados "três poderes"[3] que podem ser determinados como órgãos com funções distintas e coordenadas de um Estado.

A "separação dos poderes" vem sendo objeto de estudo ao longo da história e tema de grandes autores em obras clássicas.[4] Surgiu à época de Montesquieu com o intuito de limitar o poder dos homens impedindo que fosse utilizado indiscriminadamente, pois sempre que tenha ocorrido ao longo da história o poder nas mãos de um indivíduo, acabou por criar desigualdades e enorme temor por aquele que detinha o poder, já que tal ideia remete ao absolutismo que é estigmatizado pelo abuso de poder por aqueles que o detinham (BONAVIDES, 2005).

Desde os primórdios o homem tinha a necessidade de viver em grupos em busca da subsistência e sobrevivência. Para que pudesse ver atingidos esses objetivos, era primordial também a segurança dos grupos. Em busca de garantir a própria defesa e os alimentos, os homens começaram a escolher líderes que chefiassem os grupos entendendo que assim poderiam se organizar melhor e vencer os embates enfrentados em busca da sobrevivência. Através da escolha dos líderes desses grupos primitivos surge a liderança, a autoridade, o poder.

Formando pequenas sociedades, o homem inicia a escolha natural de seu líder e através do objetivo da subsistência o mais forte se sobrepunha sobre o mais fraco, estabelecendo assim, a escolha daquele que detinha a força e a possibilidade de liderar todo o grupo. Desta forma, observa-se que desde os primórdios concebe-se a autoridade para alguns indivíduos em detrimento de outros, sendo possível verificar que o poder acaba por ser natural entre os

[3] O Brasil tem uma clássica divisão de três poderes: o executivo, o legislativo e o judiciário. O poder executivo é aquele formado pelo presidente, seu gabinete de ministros e seus secretários. Eles governam o povo e administram os interesses públicos levando em consideração o que é estabelecido pela Constituição. O presidente é eleito de maneira direta pelos cidadãos e tem um mandato de quatro anos, enquanto que os ministros e secretários são eleitos pessoalmente pelo presidente em questão.
O poder legislativo é aquele que tem como função elaborar normas de Direito e legislar as mais variadas esferas políticas e constitucionais do país, aprovando, rejeitando e fiscalizando as propostas feitas pelo poder executivo. Geralmente é constituído por parlamentos, congressos, câmaras e assembleias. No Brasil o poder legislativo é representado pelas Câmaras de Deputados e pelo Senado Federal. Nos níveis municipais e estaduais o poder legislativo é encaminhado através da Câmara de Vereadores e da Câmara de Deputados Estaduais.
O poder judiciário é aquele que tem a capacidade de exercer julgamentos. Esses julgamentos se dão através das regras constitucionais e leis que advém do poder legislativo. É obrigação do poder judiciário julgar de maneira imparcial qualquer conflito que surja no país. No Brasil seus órgãos de funcionamento são o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais do Trabalho, os Tribunais Eleitorais, os Tribunais Militares e os Tribunais dos Estados (BRASIL, 2017).
[4] É possível citar dentre outras: "A política" de Aristóteles, "O espírito das leis" de Montesquieu, "Segundo tratado do governo civil" de John Locke.

homens e visto como necessário para a manutenção das sociedades (HOBBES, 2001).

Ensina também Bonavides (2005) que o poder é elemento essencial constitutivo do Estado, representando sumariamente a energia básica que anima a existência de uma comunidade humana num determinado território, conservando-a unida, coesa e solidária.

A reprodução da clássica cláusula de divisão tripartite ainda persiste na organização do Estado brasileiro, sendo que o artigo 2º da CF/88 prevê que "são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário". Esta disposição foi acoplada ao texto constitucional na qualidade de princípio fundamental, revestido também pelo manto protetor da cláusula pétrea. Assim, é retomada a tripartição dos poderes, buscando um maior equilíbrio, especialmente pela técnica dos "freios e contrapesos", abrandando a supremacia do Executivo, que imperava (BARROSO, 2015).

Nessa disposição tripartite, todos os poderes previstos têm suas competências ou funções previstas no texto constitucional, de onde se extrai que deve haver independência e harmonia entre eles no exercício de suas funções. Essa harmonia, como se sabe, é garantida pelo sistema de freios e contrapesos (*checks and balances)* que tem como objetivo evitar a sobreposição de um poder a outro. Tais mecanismos se encontram expressamente previstos ao longo de todo o texto Constitucional.

Pode-se citar como exemplos desses mecanismos o poder de veto do Poder Executivo, exercendo desta forma, controle em relação ao Legislativo. Com relação ao Poder Judiciário, o controle é exercido através da indicação de Ministros para a Corte Suprema. Ainda, o controle do Poder Legislativo em relação ao Poder Executivo surge através da sustação dos atos normativos que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa (CF/88, art. 49, inciso V)[5], em referência ao Poder Judiciário, o controle é exercido com a análise, aprovação ou rejeição de proposituras legislativas de iniciativa deste Poder, nos termos do artigo 48 da CF.

O controle do Poder Judiciário exercido em relação aos demais poderes advém do princípio da inafastabilidade de jurisdição previsto no artigo 5º, inciso XXXV[6] e também do teor do artigo 97[7] da CF, tendo o poder de declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos dos outros poderes da União.

O que diz respeito ao exercício das funções constitucionais de cada poder, amparadas no princípio da especialidade, ao Poder Executivo, como regra, cabe a função administrativa e a função de governo, sendo a primeira consubstanciada na administração da nação naquilo que não for da competência interna dos outros poderes e, pela segunda, a função de governo, o Poder Executivo implementa grandes ações e políticas públicas que determinam os

[5] Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: [...] V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa; (BRASIL, 1988).

[6] 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: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;" (BRASIL, 1988).

[7] Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. (BRASIL, 1988).

destinos da nação, além de caber ao Poder executivo, através de seu Chefe de Estado, manter relações com Estados estrangeiros representando a nação o Presidente da República. Já ao Poder legislativo cabe a função legiferante, ou seja, a elaboração de leis, ao passo que ao Poder Judiciário cabe a solução de conflitos aplicando a lei aos casos concreto, em regra. (BRASIL, 1988).

Não obstante essa divisão de funções típicas, o texto constitucional autoriza o exercício de uma função (função atípica) de um poder por outro sem que se possa afirmar existir desarmonia entre os poderes. Cabe citar como exemplo o exercício de função jurisdicional exercida pelo Poder Legislativo (o julgamento do Presidente da república nos crimes de responsabilidade, CF/88, art. 52, I)[8], ou a instituição de súmulas vinculantes pelo Poder Judiciário e, no âmbito do Poder Executivo, a expedição de Medidas Provisórias com força de lei.

Neste contexto, não cabe ao Poder Executivo e ao Legislativo desobedecer a ordem do Poder Judicial, nem a este e aquele descumprirem as leis instituídas pelo Poder Legislativo, nem estes dois últimos interferirem no regular exercício das funções reservadas ao Poder Executivo. Sobre o tema leciona Silva (2005, p. 110):

> [...] cabe assinalar que nem divisão de funções entre órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.

A partir do que se trouxe até este ponto do trabalho, verifica-se que no Estado moderno, a exemplo da inserção da teoria da tripartição dos poderes de Montesquieu na esfera constitucional brasileira, esta distribuição tripartite não mais permite um modelo de Estado dotado de poderes totalmente independentes, mas torna evidente a exigência de poderes eficientes e harmônicos entre si, inclusive com mecanismos que permitam uma efetivação dos direitos fundamentais, que, se violados, insta-se ao Poder Judiciário, quando provocado, adotar medidas para que estes direitos não se traduzam apenas em meros anunciados sem nenhuma eficácia.

Uma vez que os Poderes do Estado dependem de recursos para seu funcionamento, e diante do âmbito da discussão proposta, emerge a relevância da análise do instrumento de orçamento público. O orçamento público surgiu como instrumento formalmente acabado na Inglaterra, por volta de 1822. Não se pode ignorar que o orçamento sempre representou uma conquista de modo a disciplinar as finanças públicas. Sua função principal foi, desde o início, a de possibilitar aos órgãos de representação um controle político sobre o Executivo. Tinha também como objetivo o equilíbrio das finanças públicas (GIACOMONI, 2017).

[8] Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: [...] I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 02/09/99). (BRASIL, 1988).

O orçamento público é uma lei, no sentido formal, pois quando o Legislativo o aprova, ele o faz, de forma autorizativa, isto é, autoriza que as receitas e as despesas sejam arrecadadas da forma como foram apresentadas, mas o poder público pode arrecadar diferentemente do que foi aprovado ou gastar menos do que consta no orçamento, pois é tudo baseado em “previsões”. Dessa forma entende-se que o orçamento não é impositivo (SILVA, 2014).

A Organização das Nações Unidas (ONU) desenvolveu um estudo técnico e científico com o objetivo de determinar as ações a serem realizadas pelo poder público, escolhendo as alternativas prioritárias e compatibilizando-as com os meios disponíveis para colocá-las em execução. Findo o estudo, restou-se demonstrado que a adoção de um Sistema de Planejamento Integrado seria o ideal para que os meios disponíveis de um governo fossem alocados para as alternativas prioritárias no intuito de minimizar os problemas econômicos e sociais existentes em cada país (KOHAMA, 2016).

Este Sistema de Planejamento Integrado foi adotado pelo Brasil, também conhecido como Processo de Planejamento-Orçamento e consubstancia-se nos seguintes instrumentos (sendo inclusive, mandamento constitucional, como se verificará adiante): Plano Plurianual (PPA); Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e Lei Orçamentária Anual (LOA).

O PPA é o instrumento constitucional de planejamento governamental que reflete as diretrizes do governo para um período de quatro anos. Previsto na Constituição Federal de 1988, o PPA, nos termos do § 1º do Art. 165, “estabelecerá de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada” (BRASIL, 1988).

Com base no PPA aprovado, o governo deve atentar para a elaboração de um segundo instrumento orçamentário, o projeto de LDO. O projeto da LDO deve ser elaborado e encaminhado anualmente ao Congresso até o dia 15 de abril, para que seja apreciado e votado até o dia 17 de julho. O artigo 57 § 2º da CF/88 não admite a rejeição do projeto de lei de diretrizes orçamentárias, depreende-se tal afirmação do fato de que sem a votação da LDO, deputados e senadores não iniciam o recesso parlamentar. Tal fato ocorre, pois é através da aprovação da LDO que se estabelecem as prioridades, programas e ações para o exercício subsequente. Assim, apenas o que for aprovado na LDO pode ser discutido e considerado na Lei Orçamentária Anual - LOA (BRASIL, 1988).

Por sua vez, portanto, a LOA, é baseada no PPA e LDO, conforme previsão do artigo 165 da CF/88, e define as metas e prioridades para o exercício seguinte, definindo a origem dos recursos para os gastos específicos e o destino destes recursos. A LOA traz ainda a previsão da receita e fixa a despesa, sendo que este valor fixado como despesa gerará um “teto” (limite máximo) para os gastos do governo (BRASIL, 1988). A proposta de Lei Orçamentária Anual, como o próprio nome indica, deve ser elaborada anualmente e encaminhada pelo Poder Executivo ao Congresso até o dia 31 de agosto de cada exercício. Ao Congresso cabe a tarefa de discutir e votar o orçamento até o dia 22 de dezembro de cada ano (BRASIL, 2016).

Pode-se entender que todo orçamento público implica a determinação de prioridades, relacionadas, por sua vez, com a capacidade de intervenção e negociação de certos setores da sociedade ou com opções do próprio governo

local. O orçamento permite a identificação dos recursos disponíveis, que serão aplicados segundo as prioridades estabelecidas e afinadas com a política adotada pelo gestor público.

Pode-se dizer também que o desenvolvimento do orçamento público implicou num grande avanço para a democracia e para as liberdades individuais, ao corroborar, na sua trajetória histórica, a separação dos poderes, condição para um regime político democrático, e, ao longo do tempo, transformou-se em um instrumento que possibilita reduzir as despesas e diminuir a carga tributária. É um importante meio de esclarecimento das responsabilidades dos governantes perante a sociedade (BRASIL, 2016).

Importa ressaltar que grande parte do orçamento é de natureza obrigatória, isto é, não há opção do governo em não incluir ou executar determinadas receitas e despesas. Exemplos dessas obrigatoriedades podem ser retirados dos repasses para outros entes federativos, dos repasses aos poderes Legislativo e Judiciário, gastos com a dívida pública, pagamento da folha do funcionalismo público, dentre outros. Especialmente no que tange aos repasses obrigatórios aos Poderes Legislativo e Judiciário, está-se diante de evidente garantia ao princípio da separação dos poderes, tendo em vista que, se assim não fosse, o Poder Executivo poderia simplesmente reter recursos com o objetivo de prejudicar o andamento dos demais poderes.

Além dessas despesas obrigatórias, deve o gestor realizar as despesas consideradas prioritárias, como as ações definidas na LDO. Estas despesas têm preferência à frente das demais despesas conhecidas como discricionárias. Ainda, os gastos com educação e saúde, por exemplo, têm garantia constitucional, ficando, portanto, os outros valores do orçamento com a discricionariedade do gestor. Com base nesses limites disponibilizados das despesas obrigatórias, prioritárias e discricionárias é elaborado o orçamento.

O artigo 166[9] da CF/88 dispõe que os projetos de lei relativos ao PPA, à LDO e à LOA, bem como aos créditos adicionais devem ser apreciados pelas Casas do Congresso Nacional em sessão conjunta, conforme disposto no Regimento Comum. O 1º[10] desse artigo prevê, ainda, a existência de uma comissão mista permanente para, entre outras atribuições, examinar e emitir parecer sobre esses projetos. Esta comissão mista (Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização – CMO) é composta por trinta deputados federais e dez senadores da República, com igual número de suplentes, regida pela Resolução nº 1 do Congresso Nacional, de 26 de dezembro de 2006 (Resolução nº 1/06-CN).

A função da CMO é emitir pareceres e deliberar sobre os projetos de lei do plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamentos anuais e suas alterações (créditos adicionais), além de outras matérias relacionadas ao

[9] Art. 166. Os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum.

[10] § 1º Caberá a uma Comissão mista permanente de Senadores e Deputados: I - examinar e emitir parecer sobre os projetos referidos neste artigo e sobre as contas apresentadas anualmente pelo Presidente da República; II - examinar e emitir parecer sobre os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos nesta Constituição e exercer o acompanhamento e a fiscalização orçamentária, sem prejuízo da atuação das demais comissões do Congresso Nacional e de suas Casas, criadas de acordo com o art. 58.

orçamento da União. À CMO são apresentadas as emendas aos projetos para inclusão dos interesses dos parlamentares, respeitando os prazos, limites e condições determinados pela Resolução.

Cada proposta de PPA, LDO ou LOA recebe proposições acessórias durante sua tramitação, que auxiliarão na análise das proposições principais e determinarão regras para atuação dos relatores e a apresentação de emendas. Dentre essas proposições acessórias destacam-se o parecer preliminar, os relatórios setoriais (somente no caso do projeto da LOA), as emendas e os destaques (GIACOMONI, 2017).

Os parlamentares podem apresentar emendas de forma individual ou coletiva. As emendas individuais são apresentadas por qualquer parlamentar detentor do mandato e também por relatores das propostas, sendo estas limitadas à correção de erros ou omissões contidas nos projetos em análise. (BRASIL, 2015a).

Uma vez delimitada a forma com que o orçamento público é apresentado e apreciado no Congresso Nacional, urge discutir acerca das emendas individuais, e sua execução obrigatória pelo Poder Executivo. Com a alteração dos artigos 165 e 166 da CF/88 através da EC 86/2015 criou-se o denominado orçamento impositivo, que fez as emendas individuais passarem a ser "consideradas de execução obrigatória até o limite de 1,2% da receita corrente líquida realizada no exercício anterior" (BRASIL, 2016).

Isso quer dizer que as Emendas Parlamentares Individuais a partir dessa alteração passaram a influir diretamente no orçamento da União, de modo que adquiriram um caráter de execução obrigatória. A partir disso "a execução das programações impositivas deve se dar de forma igualitária e impessoal, independentemente da autoria" (BRASIL, 2016).

Desde há muito tempo, os parlamentares criticavam o poder discricionário concedido ao Poder executivo de decidir pela realização ou não das despesas autorizadas nas leis orçamentárias. Mesmo que, a parcela autorizativa dos orçamentos se reduziu bastante em decorrência da aprovação de inúmeras leis que garantem a obrigatoriedade na execução das despesas. A não execução de autorizações orçamentárias aprovadas, especialmente por meio de emendas parlamentares, tem sido um ponto sensível na relação entre os Poderes Legislativo e Executivo na temática do orçamento. Estudos no âmbito da ciência política demonstram que as emendas ao orçamento têm importante papel na barganha política com o objetivo de manter a coalizão governamental, bem como o apoio de parlamentares na votação de proposições de interesse do governo. (GIACOMINI, 2017)

Nesse sentido discorre Tollini (2008, p.15):

> [...] a existência das emendas individuais tem interessado tanto ao Poder Legislativo quanto ao poder Executivo. Enquanto os parlamentares beneficiam-se politicamente com a possibilidade de destinar recursos federais para as suas bases eleitorais, o Poder Executivo utiliza as emendas como mecanismo de cooptação em suas relações com os partidos políticos, ao aproveitar-se do caráter autorizativo da LOA para condicionar a execução das emendas individuais à votação pelos parlamentares dos projetos de interesse do Executivo nas votações do Congresso Nacional.

Cientes desta intenção velada por parte do Poder Executivo à reação ao papel subalterno do Congresso Nacional nas formulações sobre a execução do orçamento começou com a Proposta de Emenda Constitucional – PEC 22, apresentada em 2000 pelo Senado federal. O centro da medida era a adaptação ao caso brasileiro do *rescission*, mecanismo implantado em 1974 no sistema orçamentário federal norte-americano, que obriga o presidente a obter, de uma das casas do Congresso, aprovação para os casos em que, no entendimento do Poder Executivo, a despesa autorizada não deve ser executada. De acordo com a PEC 22, excluídas as despesas obrigatórias, as demais autorizações orçamentárias, portanto, discricionárias, ficavam sujeitas ao mecanismo do cancelamento apenas nos casos de aprovação pelo Congresso Nacional, o que incluía as emendas parlamentares (GIACOMONI, 2017).

O Poder Executivo não tinha interesse nessa medida e dificultava a tramitação da PEC 22. Apenas em 2006 a matéria foi aprovada e encaminhada à Câmara dos Deputados. Nesta Casa, as dificuldades de aprovação foram ainda maiores, o que levou as lideranças a redirecionarem o mecanismo apenas às emendas individuais inseridas no orçamento. Visto que, o grande interesse dos deputados era ter as suas emendas executadas, certamente uma emenda constitucional nesse sentido seria facilmente aprovada. Aprovada na Câmara em forma de substitutivo, a PEC retornou ao Senado em agosto de 2013, sendo devolvida em novembro desse ano à Câmara. Tramitou nesta Casa no decorrer de 2014 e foi promulgada em 17 de março de 2015 como a EC 86/2015, objeto deste estudo (GIACOMONI, 2017).

No que tange ao processo legislativo que levou à aprovação da EC 86/2015, no Senado Federal, a PEC 22/00, em apreciação de 1º turno (sessão de 11/07/06), teve votação favorável de 55 senadores e somente 01 contrário. Em 2º turno (sessão de 02/08/2006), deu-se aprovação por unanimidade, inclusive com os votos favoráveis dos Líderes do Governo no Congresso Nacional, Senador Fernando Bezerra, e no Senado Federal, Senador Romero Jucá. Já no Congresso, a votação final foi de 458 votos a favor, 18 contrários e apenas uma abstenção.

O relatório pela admissibilidade em termos de constitucionalidade e técnica legislativa da proposição e os apensados foi aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania em 03/04/2013 por maioria (GREGGIANIN, 2015).

A existência de disposição determinando a execução compulsória da peça orçamentária, salvo motivos justificados, como expresso na PEC 565/2006 e proposições apensas, foi considerada constitucional pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados, em 03/04/2013, por maioria. O voto em separado apresentado pelo Deputado José Genoíno arguiu o conflito dessas disposições que propõem o orçamento impositivo com o princípio da separação dos Poderes, inscrito como cláusula pétrea no art. 60, § 4º, II, da CF/88, “pois aliena o Presidente da República, e o Executivo como um todo, da consecução de seus planos de ação governamental, legitimados pelo mandato popular”. Todavia, o voto reconhece a possibilidade da programação orçamentária obrigatória, condicionada a aprimoramentos no processo orçamentário:

Assim se posicionou José Genoíno (BRASIL, 2013, p. 04):

> Igualmente, cabe ressaltar que a implementação de um eventual "Orçamento Impositivo", quando da análise do mérito da matéria, deverá obrigatoriamente estar condicionada ao processo orçamentário como um todo, especialmente aos programas finalísticos, com alocações de emendas em ações estruturantes e obras em curso, iniciativa já contemplada parcialmente na regulação das emendas coletivas de bancada e de Comissões, conforme dispõe a Resolução nº 1, de 2006-CN.

A possível inconstitucionalidade do orçamento impositivo foi reafirmada pela Ministra do Planejamento, Miriam Belchior, em 28 de maio de 2013, durante audiência pública sobre o projeto de LDO/2014, quando se manifestou: "Uma questão que nos preocupa de uma maneira especial é, num Orçamento que já tem 88,4% de vinculações, gerar engessamento ainda maior do Orçamento", referia-se naquele momento também ao princípio de separação dos poderes. (BRASIL, 2013a).

Quanto à questão da constitucionalidade das proposições, destaca-se que a preliminar já havia sido afirmada pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) e que a natureza determinante da LOA decorre de a mesma ser instrumento do planejamento, a teor do art. 174 da CF/88, assim, não se pode afastar a possibilidade de justificação pelo órgão administrativo, de forma motivada, da falta ou do adiamento da execução, tendo em conta os princípios da eficiência e economicidade da administração pública.

Adicionalmente, a CCJC ressaltou que, no estado democrático de direito, a função orçamentária impõe aos gestores públicos um dever geral de execução do planejamento e do orçamento, sob o risco de aceitar-se como normais a ineficiência ou a inércia administrativa, frustrando-se a sociedade. Deve-se ressaltar, no entanto, que ao se promover critério isonômico quanto à incidência do contingenciamento nas programações da LOA, incluídas ou não por emendas, ficou claro que o fim visado do novo modelo (orçamento impositivo das emendas parlamentares individuais) não foi o de construir uma desigualdade ou privilégio, mas o de garantir tratamento equitativo ou uniforme (GREGGIANIN, 2015).

Dentre as disposições, fica esclarecido a natureza e a finalidade do orçamento impositivo – dever de adotar todos os meios para a efetiva entrega de bens e serviços à sociedade. Dá sentido ao acompanhamento e à fiscalização, porque permite a cobrança de resultados por parte da sociedade (GREGGIANIN, 2015).

Assim, através do relatório da CCJC, pode-se verificar que as disposições preliminares para apresentação e tramitação da PEC foram obedecidas e aprovadas pela própria comissão, e que o trâmite exigido pela CF/88 para emendas ao texto constitucional deveria seguir o rito determinado pelo artigo 60 da própria Carta Magna para que não se possa alegar sua inconstitucionalidade.

Importante ressaltar que os argumentos utilizados pelo Poder Executivo em relação ao modelo impositivo de orçamento, durante a tramitação da PEC, também, à exemplo do deputado José Genoíno do Partido dos Trabalhadores (PT), da base governista e da Ministra, já mencionados, foram de alegação de infração à cláusula pétrea da CF/88 – a separação dos Poderes - defendendo-se que o caráter autorizativo da lei é intrínseco ao exercício da função administrativa, não cabendo ingerência do Legislativo.

Dizer que o Executivo detém a primazia do processo de planejamento público e que a impositividade das emendas parlamentares, além de ofender o princípio em análise, ataca a divisão de poderes, coloca a questão sob o prisma da clássica tripartição dos poderes estatais, de caráter essencialmente funcional. (REBOUÇAS, 2014).

Como visto, o princípio da separação dos poderes tem um papel de destaque na formatação do Estado de Direito Liberal, dada a sua compatibilidade com a preservação das liberdades individuais. No contexto da vigente CF/88, entretanto, não pode imperar a segregação "estanque" dos Poderes que caracterizou o Estado de Direito clássico. Faz-se necessária, a superação deste "dogma" do Estado Liberal, de maneira a se avançar para um modelo de colaboração entre os poderes, que caracteriza o atual arranjo constitucional brasileiro. (REBOUÇAS, 2014).

A divisão funcional que marca a separação dos Poderes, ao que tudo indica, não se configura em dogma e nem se prestaria a justificar a hegemonia do Executivo nos processos de planejamento e orçamento. Sobre o princípio, também esclarece Ferreira Filho (2012, p.94):

> A independência recíproca dos poderes — os organismos incumbidos do exercício de cada uma das três funções do Estado — não significa a inexistência de pontos de contacto entre eles, no desempenho de suas tarefas. Ela não exclui que os poderes, no desempenho harmônico de suas funções específicas, colaborem entre si relativamente ao exercício de uma delas, bem como não impede que eles, secundariamente, pratiquem certos atos que em teoria não pertenceriam à sua esfera de competência. Implica apenas uma principalidade. Cada poder desempenha principalmente uma função, sem que lhe seja absolutamente proibido a imissão noutra.

É preciso atentar, como já estudado também, que o Judiciário, ao decidir sobre a alocação de recursos orçamentários para garantir direitos sociais, por exemplo, acaba alterando a programação de despesas traçadas pelo planejamento público. Equivale, portanto, a uma impositividade (pela via da sentença) à execução de determinado dispêndio. Em razão disso, até para que se mantenha a coerência interpretativa, as emendas parlamentares ao orçamento, aprovadas no devido processo legislativo-orçamentário, não poderiam ser consideradas incompatíveis com o sistema de planejamento da Constituição. (REBOUÇAS, 2014)

Batista Jr. (2011, p. 284-285) comenta essas alterações, pelo Judiciário, das alocações orçamentárias definidas pelo legislador:

> A lei orçamentária não deixa vazios de recursos, mas a receita prevista é direcionada para o atendimento dos programas e despesas que o legislador entendeu pertinentes. Não há, em verdade, omissão, mas um "jogo de soma zero". Nesse sentido, quando um juiz decide contrariamente ao desígnio do legislador, que estabeleceu o programa político, em alguma porção, o Judiciário estará alterando os rumos postos pelas políticas públicas e o orçamento proposto. Se recursos financeiros previstos em uma rubrica orçamentária são destinados a outro programa por determinação judicial, o dinheiro necessário deverá ser subtraído do programa proposto pelo legislador, que é legitimado democraticamente.

Desta forma, há uma comunicação entre os poderes, e não mais, a separação clássica dos poderes, vista em Montesquieu. Com efeito, não obstante essa divisão, são várias as passagens do texto constitucional que autorizam o exercício de uma função por um Poder que, em regra, seria de outro Poder, sem que, com isso, se possa falar em usurpação de competência de um poder por outro, como visto, o texto constitucional autoriza o exercício de uma função (função atípica) de um poder por outro sem que se possa afirmar existir desarmonia entre os poderes e se extrai também do texto da CF/88 que deve haver harmonia entre os poderes.

3 CONCLUSÃO

Através da análise das motivações que levaram os parlamentares a propor e aprovar a PEC que criou o orçamento impositivo, percebeu-se uma vontade intrínseca de não mais haver a subordinação do Legislativo no tocante à elaboração da programação orçamentária, principalmente no que diz respeito às emendas parlamentares individuais. Essa subordinação se consubstancia, com efeito, em troca de “favores” entre o Executivo e o Legislativo, portanto, as emendas parlamentares haviam se transformado em moeda de troca para que o governo garantisse o apoio necessário à aprovação dos projetos de seu interesse.

Ainda, após um estudo sobre a discricionariedade do Executivo, percebeu-se que há um poder muito grande do Executivo quanto a todo o processo que gira em torno da peça orçamentária, bem como do posterior contingenciamento de acordo com as dificuldades, nem sempre totalmente esclarecidas e conhecidas pelo Legislativo, que é o legítimo órgão de fiscalização das ações governamentais, mas evidentemente estes contingenciamentos se encontram amparados em lei que os permite.

A partir de toda esta análise percebe-se que o ponto nevrálgico na discussão acerca da impositividade das emendas parlamentares ao orçamento não é o seu controle de constitucionalidade a partir da divisão clássica dos poderes de Montesquieu, porque se depreende da CF/88 que o princípio da separação dos poderes hodiernamente é de harmonia e colaboração entre os poderes, ainda mais no caso do processo orçamentário, em que a emenda parlamentar é um instrumento de prerrogativa constitucional. A emenda parlamentar funciona como uma intervenção do Legislativo nas escolhas orçamentárias.

Ainda, durante os estudos referentes ao papel do Legislativo no processo de planejamento orçamentário, verificou-se igualmente que não se demonstra adequado clamar pelo princípio clássico da separação dos poderes, na medida em que, no âmbito do planejamento, a própria CF/88 criou uma programação orçamentária colaborativa entre os poderes Executivo e Legislativo. A iniciativa das leis orçamentárias como visto, é exclusiva do Poder Executivo, mas deve-se levar em conta, então, que a partir da CF/88 a intenção do Poder Constituinte Originário foi de colaboração nas programações orçamentárias, refutando-se, portanto, a hipótese inicial de pesquisa.

4 REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. A construção democrática das políticas públicas de atendimento aos direitos sociais com a participação do judiciário. In: **Constituição e processo:** entre o direito e a política. Felipe Machado; Marcelo Cattoni (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 271-308.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL, Câmara dos Deputados. Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania. Gabinete do Deputado José Genoíno. **Voto em separado**. Brasília, 2013. Disponível em: < http://www.camara.gov.br>. Acesso em 19 mai. 2018.

_____. Câmara dos deputados. Consultoria de orçamento e fiscalização financeira – CONOF. **Entenda o orçamento**. Brasília, 2016

_____. Câmara dos Deputados. Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira. **Orçamento impositivo e o contingenciamento de emendas parlamentares:** nota técnica nº 10/2013. Brasília, 2013a. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br>. Acesso em: 17 mai. 2018.

_____. Câmara dos deputados. **Orçamento da União.** Instrumento de Planejamento e Orçamento. Brasília, 2015a. Disponível em:< http://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/cidadao/entenda/cursopo/planejamento.html> Acesso em: 18 de ago. 2017.

_____. Congresso Nacional. **Atribuições do Congresso Nacional**. Brasília, 2017. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br>. Acesso em 22 ago. 2017.

_____. **Constituição da república federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Planalto: Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 23 ago. 2017.

DATAFOLHA. **Grau de confiança nas instituições**. Disponível em: < http://media.folha.uol.com.br/datafolha>. Acesso em: 04 ago. 2018.

FARIA, Rodrigo Oliveira de. **Natureza jurídica do orçamento e flexibilidade orçamentária**. 2009. 288 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br>. Acesso em: 22 ago. 2017.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

GIACOMONI, James. **Orçamento Público**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

GREGGIANIN, Eugênio. Consultoria de Orçamento da Câmara dos deputados. **Ampliação do regime do orçamento impositivo para Programas finalísticos e prioritários do PPA/LDO:** Estudo Técnico n. 38/2015. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br>. Acesso em: 18 mai. 2018.

HOBBES, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil.** São Paulo: Martins Claret, 2001.

KOHAMA, Heilio**. Contabilidade pública**: teoria e prática. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

REBOUÇAS, Antonio Helder Medeiros. **A impositividade das emendas parlamentares ao orçamento à luz do princípio constitucional do planejamento público:** um exame sob as perspectivas da “resposta correta” e do “direito como integridade” em Dworkin e das pré compreensões em Gadamer.2014. 128 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2014. Disponível em: <http://repositorio.unb.br>. Acesso em: 21 mai. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Valmir Leôncio da. **A nova contabilidade aplicada ao setor público**: uma abordagem prática. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

TOLLINI, Helio. **Em busca de uma participação mais efetiva do Congresso no processo de elaboração orçamentária**. Consultoria de Orçamento da Câmara dos deputados. Brasília, 2008. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br>. Acesso em: 10 abr. 2018.

ACESSO À JUSTIÇA CONSTITUCIONAL NÃO SIGNIFICA ACESSO À ENTREGA DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: A (não) EFETIVIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DE TRABALHADOR EM TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS

Silvia Perola Teixeira Costa[1]

1 TEMA

Acesso à Justiça Constitucional não significa acesso à jurisdição constitucional: a (não) efetividade de direito fundamental de trabalhador em cortes constitucionais.

2 DELIMITAÇÃO DO TEMA

Efetividade de direitos fundamentais do trabalhador em Tribunais constitucionais.

3 FORMULAÇÃO DOS PROBLEMAS

3.1. PROBLEMA PRINCIPAL

Os direitos sociais do trabalhador (fundamentais) têm efetividade em Corte Constitucional ou a possibilidade de sua apreciação esbarra na mecânica da "jurisprudência defensiva" (caso brasileiro) ou na inacessibilidade à jurisdição constitucional (Portugal)?

3.2. PROBLEMAS SECUNDÁRIOS

Os Tribunais constitucionais cumprem seu papel de Tribunal Constitucional ou se furtam à entrega dessa jurisdição?

Por que direitos sociais do trabalhador, constitucionalmente catalogados, deixam de ser apreciados pelos Tribunais Constitucionais em face da negativa de entrega de jurisdição e dos chavões de infraconstitucionalidade da matéria, bem assim de versar a controvérsia sobre matéria pacificada no Tribunal?

O Tribunal da Relação, o Supremo Tribunal de Justiça e a Corte Constitucional - em Portugal – e o Tribunal Superior do Trabalho e o Supremo Tribunal Federal – no Brasil - efetivam a entrega de uma jurisdição constitucional no tocante aos direitos sociais, muito particularmente, de trabalhador?

O processo acaba por se tornar um fim em si mesmo e não apenas meio para a entrega de uma jurisdição constitucional, ao final, subtraída?

[1] Currículo *Lattes*: http://lattes.cnpq.br/9538069928637805

4 JUSTIFICAÇÃO

A autora atua no Tribunal Superior do Trabalho e no Supremo Tribunal Federal brasileiro há 36 (trinta e seis) anos: 30 (trinta), como servidora, e 6 (seis), como advogada.

A morosidade e equívoco na entrega da prestação jurisdicional em matéria de índole constitucional causa-lhe grande impacto, uma vez que, a despeito de terem sido alçados à condição de direitos fundamentais, os direitos sociais do trabalhador perdem sua efetividade nas esferas ditas constitucionais. No Brasil, pelo avanço de uma jurisprudência defensiva, em um país com cem milhões de processos tramitando, em Portugal, por ausência de mecanismos de acesso direto do jurisdicionado à jurisdição constitucional.

A autora pretende abordar, especificamente, a instância Máxima de Justiça Laboral brasileira, a qual, muito distanciada da realidade fática, acaba, muitas vezes, por retirar efetividade aos direitos mencionados, reformando decisões julgadas procedentes em primeiro grau e mantidas em segundo grau, instâncias soberanas no exame fático-probatório, ou deixando de proceder ao devido enquadramento jurídico dos fatos para que se tornem efetivos os direitos fundamentais do trabalhador.

Na avaliação da autora, a distância da realidade fática mencionada leva a equívocos na edição de número questionável de Súmulas e de Orientações Jurisprudenciais (só existentes no Tribunal Superior do Trabalho - TST)[2], obstaculizando a possibilidade recursal das partes, particularmente, do trabalhador hipossuficiente.

Também é alvo de reflexão desta pesquisa a complexidade de que se revestiu o processo do trabalho brasileiro, na fase recursal, a despeito da previsão legal de que “os recursos serão interpostos por simples petição...”[3], bem assim a reiterada negativa de entrega de jurisdição e aplicação da jurisprudência considerada pacificada, com comprometimento dos institutos do prequestionamento e da vedação de exame de matéria fática[4].

Não se olvida a sobrecarga do Tribunal Superior do Trabalho[5] brasileiro e o esforço hercúleo dos seus magistrados para dar vazão à enxurrada de processos que assola aquela Corte. Mas é preciso, urgentemente, um olhar coerente com o estatuto de constitucionalidade e fundamentalidade de que se revestiram os direitos sociais do trabalhador, sob pena de total esvaziamento dos princípios constitucionais pertinentes elencados, prodigamente, na Carta Magna brasileira, tornando-se assim o processo um fim em si mesmo e não mero instrumento de prestação jurisdicional.

Por outro lado, a Constituição Portuguesa assegura, em seu art.º 20.º/1 “o acesso ao Direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses

[2] Essas Súmulas e Orientações Jurisprudenciais representam a pacificação da jurisprudência no TST e barram a admissibilidade de recursos. Atualmente há 463 Súmulas e 709 Orientações Jurisprudenciais, entre as normais e transitórias só da Subseção 1 de Dissídios Individuais do TST.
[3] Art.º 899.º da CLT.
[4] Súmulas nºs 297 e 126 do TST
[5] O acervo do TST é de quase 300 mil processos, com uma composição de 27 Ministros.

legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios econômicos".

Contudo, o sistema jurídico-constitucional português carece de um processo de "queixa constitucional" (Verfassungsbeschwerde, staatrechtliche Beschwerde, recurso de amparo) "que permita aos cidadãos lesados nos seus direitos fundamentais apelarem diretamente para um tribunal constitucional"[6].

Por isso, tem-se como objetivo investigar o que muito se tem dito de que o Tribunal Constitucional português não é um tribunal de direitos fundamentais.

Ora, se os direitos fundamentais não são efetivos, perdem a sua fundamentalidade. E para que sejam efetivados, devem contar com um sistema jurisdicional garantidor.

Para Gomes Canotilho e Vital Moreira "[o] princípio da efectividade postula, desde logo, a existência de tipos de acções ou recursos adequados (…), tipos de sentenças apropriados às pretensões de tutela deduzida em juízo e clareza quanto ao remédio ou acção à disposição do cidadão"[7] .

5 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PANO DE FUNDO NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS

No Brasil e em Portugal, o princípio da dignidade da pessoa humana tem destaque constitucional, bem assim, e em correlação, a proteção aos direitos fundamentais.

No artigo 1.º, incisos II e III da Constituição de 1988 destacam-se, como alicerce do Estado Brasileiro, a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Nos termos do § 4.º do art. 60.º os direitos e garantias individuais constituem cláusula pétrea. E mais, o art.º 5.º, § 1.º, estatui a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais[8].

O art.º 6.º elenca os direitos sociais como a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados. Há dispositivos constitucionais, no Título VIII - Da Ordem Social, que impõe ao Estado como dever (e ao cidadão como direito) a prestação de saúde[9], educação[10], cultura[11], esporte[12], ciência e tecnologia[13] e outros.

---

[6] CANOTILHO, J.J. Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 507

[7] CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital - **Constituição Da República Portuguesa Anotada**, 2007, I (Artigo 1.º a 107.º), p. 416.

[8] §1º- As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

[9] "Art. 196- A saúde é 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, proteção e recuperação".

[10] "Art. 205- A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho".

[11] [11] "Art. 215- O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais".

[12] "Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados".

[13] "Art. 218- O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação".

Vale lembrar a previsão do § 2.º do art. 5.º da Carta Magna Brasileira, segundo a qual, "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

Na Constituição Portuguesa, igualmente, ganha destaque a proteção aos direitos fundamentais. A Parte I trata dos Direitos e Deveres Fundamentais. A Carta de 1976, com as revisões da Lei Constitucional n.º 01/89, de 8 de julho de 1989, classificou os direitos humanos fundamentais em direitos, liberdades e garantias pessoais (Título II). O título II está dividido em direitos pessoais (Capítulo I), direitos, liberdades e garantias de participação política (Capítulo II), direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores (Capítulo III).

Canotilho faz questão de frisar que não se trata de simples esquema classificatório, mas de um regime jurídico-constitucional, caracterizador, materialmente, desta espécie de direitos fundamentais[14].

Na Constituição Portuguesa, os direitos, liberdades e garantias são identificados como direitos positivos a ações e prestações do Estado; os destinatários são os poderes públicos e as entidades privadas com relação aos direitos dos cônjuges[15], dos trabalhadores[16], à greve[17].

Para Canotilho, outros direitos à prestação do Estado, como o direito à vida[18], quer dizer não apenas "não ser morto", mas ter o direito de viver com dignidade, isto é, com condições mínimas de subsistência.

Infelizmente, no Brasil, a miséria ainda grassa: grande parte da população não tem acesso ao saneamento básico e ainda há fome no país. O Sistema Único de Saúde é péssimo e muitos morrem nos chãos das emergências. Em Portugal não há essa realidade, mas há a necessidade de uma tutela constitucional com relação a outros direitos fundamentais.

Na Constituição Portuguesa, os direitos econômicos, sociais e culturais apresentam-se elencados nos capítulos dos direitos e deveres econômicos (Cap. I, art.º 58.° a 62.°), dos direitos e deveres sociais (Cap. II, art.º 63.º a 72.°) e dos direitos e deveres culturais (Cap. III, art.º 72.° a 79.°).

Ainda invocando o magistério de Canotilho, temos que muitos desses direitos demandam prestações ou atividades do Estado, contudo, no tocante aos direitos econômicos, sociais e culturais, na CRP são classificados como direitos de natureza negativo-defensiva, como os dos art.º 61.º e 62.º (direitos de iniciativa privada e o direito de propriedade privada). Os destinatários, além do Estado, são também os cidadãos (art.º 60.º, 68.º e 69.º).

A Constituição Portuguesa também se refere a outros direitos fundamentais constantes das leis e das regras aplicáveis de direito

[14] "Artigo 17- O regime dos direitos, liberdades e garantias aplica-se aos enunciados no título II e aos direitos fundamentais de natureza análoga".
[15] "Artigo 36- Família, casamento e filiação: 1. Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade; (...); 3. Os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos".
[16] "Artigo 36- Família, casamento e filiação: 1. Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade; (...); 3. Os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos".
[17] "Artigo 57- Direito à greve e proibição do lock-out. 1. É garantido o direito à greve".
[18] "Título II- Direitos, liberdades e garantias. Capítulo I, Direitos, liberdades e garantias pessoais, artigo 24 (Direito à vida); 1. A vida humana é inviolável".

internacional[19]. São os chamados direitos materialmente fundamentais ("norma de fattispecie aberta", princípio da não identificação ou da cláusula aberta).

Na doutrina portuguesa, são direitos extraconstitucionais materialmente fundamentais aqueles que equivalem aos formalmente fundamentais por sua relevância e objeto.

Na parte I da Constituição Portuguesa há um catálogo de direitos fundamentais, mas há outros ao longo da Constituição, os quais Canotilho designa de "direitos fundamentais formalmente constitucionais, mas fora do catálogo".

Para o escritor português, existe uma imposição constitucional, que legitima transformações econômicas e sociais, ainda que se invoque a reserva do possível, que condiciona a efetivação dos direitos fundamentais à sustentabilidade econômica, não se podendo depender simplesmente do legislador.

José Carlos Vieira de Andrade condiciona a concretização dos direitos sociais (à habitação, saúde, assistência, cultura, etc.), a determinadas condições de fato: "Para que o Estado possa satisfazer as prestações a que os cidadãos têm direito, é preciso que existam recursos materiais suficientes e é preciso ainda que o Estado possa dispor desses recursos".

Valendo-nos dos ensinamentos do Professor Gilmar Mendes[20], extraímos que os direitos fundamentais encerram vedação de intervenção e enunciado de proteção. "Nesse sentido, não apenas uma proibição de excesso, mas uma proibição de proteção insuficiente, como mencionado por Canaris"[21].

O professor cita Stephen Holmes e Cass Sunstein para reconhecer que todas as dimensões dos direitos fundamentais têm custos públicos, o que atrai a discussão acerca da "reserva do possível", uma vez evidenciada a "escassez dos recursos", impondo-se escolhas alocativas.

Na obra em comento, resta assentado que "é a dimensão prestacional (positiva) dos direitos sociais o principal argumento contrário à sua judicialização". Isso porque, como para a efetivação dos direitos sociais há dependência de recursos econômicos, parte da doutrina entende que essas normas têm natureza programática, dependem de políticas públicas para se tornarem exigíveis. Nessa linha, conclui o Prof. Gilmar Mendes, há quem defenda que "a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal quanto à construção satisfatória dessas políticas, violaria os princípios da separação dos poderes e o da reserva do financeiramente possível"[22].

Para a estudiosa Helena Karoline Mendonça[23], citando Canotilho, "os direitos de liberdade não custam, em geral, muito dinheiro, podendo ser

[19] "Artigo 16 - Âmbito e sentido dos direitos fundamentais; 1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional".
[20] MENDES, Gilmar - **Curso de Direito Constitucional.** 8.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.607
[21] CLAUS-Wilhelm Canaris, **Grundrechtswirkungen um Verhältnismässigkeitsprinzip**, p.161.
[22] MENDES, Gilmar - **Curso de Direito Constitucional**, p. 608.
[23] MENDONÇA, Helena Karoline; BERTUOL, Mayara Karoline - **Direitos de Segunda Geração: o problema da efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais.** Revistas Eletrônicas **da Toledo Presidente Prudente.** Disponível em: http://intertemas.unitoledo.br/revista/. Acesso em: 16 set 2016.

garantidos a todos os cidadãos sem se sobrecarregarem os cofres públicos. Os direitos sociais, pelo contrário, pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado. Por isso, rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível (Vrbehaltdes Möglichen) para traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos".

O art.º 1.º da Constituição Federal brasileira estabelece um Estado Democrático de Direito, fundado na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo jurídico. A Carta de 1988 foi promulgada no segundo período pós-guerra, inspirada por inúmeros movimentos sociais, após longo período de ditadura em que a Nação foi marcada, sobretudo, pela tortura, pela censura e pela escassez de liberdade de expressão.

Contudo, o sonho transposto para a Lei Maior brasileira não se tornou realidade, como aconteceu em vários países tidos como de Terceiro Mundo, em face da ausência de efetividade dos direitos sociais previstos em longo elenco.

Dessa forma, exsurge a fragilidade do texto constitucional brasileiro, muito dissociado da realidade, uma verdadeira Alice no País das Maravilhas[24], gerando uma crise do Estado que vai desaguar em uma crise jurídica.

Destarte, há uma demanda intensa do Judiciário para que supra, mediante decisões judiciais, a ausência de políticas públicas implementadoras dos direitos sociais constitucionalmente previstos. Essa autonomia do Judiciário é rotulada, no entanto, como "decisionismos" e "discricionariedades", sob o argumento de que o Direito (em especial o direito processual civil) se mantém refém do objetivismo (metafísica clássica) e da filosofia da consciência (metafísica moderna). Justificam os que assim pensam com a assertiva de forte apego ao ritualismo e à ordinarização, alegando que o que deveria ser uma ciência do pensamento torna-se uma ciência matemática.

Passados quase trinta anos da promulgação da constituição brasileira, constata-se que, na prática, seu núcleo existencial ainda se encontra muito distante da efetiva aplicação. Diante disso, é de fundamental importância a discussão do papel que a jurisdição constitucional assume nesse contexto jurídico, principalmente no que concerne aos direitos fundamentais-sociais. Outro ponto que se procura refletir é a forma como o Supremo Tribunal Federal brasileiro interpreta os direitos sociais, se de forma unívoca, dentro do contexto de similitude e unidade que caracteriza todos os direitos sociais, ou conferindo aos casos, submetidos a sua jurisdição, interpretações diversas.

A prodigalidade com que se constitucionalizou os direitos sociais está relacionada à necessidade de proteção aos hipossuficientes, diante de um cenário, no Brasil, de um país de desigualdades, fundando-se o constituinte em princípios básicos constitucionais como a dignidade da pessoa humana e a igualdade.

A Constituição de 1934 já abrigava amplamente o tema, que passou a ser recorrente nas subsequentes. Na Carta Constitucional de 1988, os direitos sociais passaram a compor o rol dos direitos fundamentais, com direito a um capítulo inteiro. Com efeito, os direitos sociais elencados no rol dos direitos e

[24] As Aventuras de Alice no País das Maravilhas (Alice in Wonderland/Alice no País das Maravilhas) é a obra infantil mais conhecida de Charles Lutwidge Dodgson, publicada a 4 de julho de 1865 sob o pseudônimo de Lewis Carroll.

garantias fundamentais estão distribuídos em seu capítulo II entre os artigos 6.º a 11.º, a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

No território português chama a atenção a alteração constitucional, depois da revisão de 1997, que resultou no art.º 20.º/4 da CRP: "todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objeto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo".

Apesar de não existir, no ordenamento jurídico constitucional português, um processo de queixa constitucional[25] para que o jurisdicionado possa acessar o tribunal constitucional diretamente por violação a direitos fundamentais, está previsto o direito constitucional de acesso a uma justiça constitucional. É possível ao jurisdicionado arguir a inconstitucionalidade de qualquer norma ou a ilegalidade de atos normativos que afrontam a lei nos processos submetidos ao julgamento de qualquer tribunal, ou seja, se houver um caso concreto sub judice pode ser feita tal arguição. Há ainda o direito de recurso para o Tribunal Constitucional (art.º 280.º)[26].

Dessa forma, o modelo português de proteção dos direitos fundamentais, no âmbito jurisdicional, não é considerado efetivo, tampouco garantidor dessa proteção, como seria o recurso de amparo.

Na pesquisa da jurisprudência do Tribunal Constitucional português, é relevante o número de acórdãos que consigna a inadmissibilidade do recurso de constitucionalidade sob o fundamento de não estar previsto no ordenamento um recurso de amparo ou de queixa constitucional. Assim, é relevante a discussão acerca da efetividade de direitos sociais a partir dessa perspectiva.

Ao comentar o art.º 20.º da Constituição portuguesa, Canotilho[27] enfatiza que, na epígrafe e no n.º 5 há expressa referência ao direito à tutela jurisdicional efectiva ou ao direito à tutela efectiva[28].

Dessa forma, o mestre português quer enfatizar que não basta assegurar o direito de acesso aos tribunais ou o direito de acção. Salienta que "a tutela através dos tribunais deve ser efectiva"[29]. Para ele, "o princípio da efectividade articula-se, assim com uma compreensão unitária da relação entre direitos materiais e direitos processuais, entre direitos fundamentais e organização e processo de proteção e garantia". Canotilho refere-se a tipos de acções ou recursos adequados para tanto e à responsabilidade do legislador no tocante à organização dos tribunais e dos instrumentos processuais pertinentes. Destaca ser vedado criar dificuldades excessivas e materialmente injustificadas no direito

[25] "VerfassungsbeschwerdeStaatsrechtlicheBeschwerde, recurso de amparo".
[26] "Artigo 280.º - Fiscalização concreta da constitucionalidade e da legalidade, 1. Cabe recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais: a) Que recusem a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade; b) Que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo".
[27] CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MOREIRA, Vital – **Constituição da República Portuguesa Anotada.** Volumes I e II, 4.ª ed. Coimbra: Almedina, 2014. p.416.
[28] **"**1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos.
[29] 5. Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos.**"**

de acesso aos tribunais e a criação do que ele chama de “situações de indefesa” originadas por conflitos de competência negativos entre vários tribunais.

6 METODOLOGIA

Como metodologia de pesquisa utiliza-se os seguintes métodos de abordagem: hipotético-dedutivo e dialético.

No que se refere ao procedimento, os métodos adotados são: histórico, comparativo e estudo de caso.

7 CONCLUSÃO

Passados 125 anos da Lei Áurea, ainda nos deparamos, neste país de esmagadora etnia afrodescendente, com trabalho em condições análogas a de escravo e com características essencialmente escravagistas, como o trabalho doméstico[30]. Não adianta fecharmos os olhos para uma realidade que simplesmente é: nosso país ainda é uma nação que não se livrou da chaga da escravatura. Começa pela exclusão do trabalhador doméstico de vários incisos do rol do art. 7º, alguns só reconhecidos com a Emenda Constitucional nº 72/2013.

Essas reflexões servem apenas de pano de fundo para concluir que, lastimavelmente, o trabalhador ainda não é valorizado o suficiente, continuando na condição de vassalo ao submeter-se (e não aderir) a um contrato de trabalho, sem proteção regulamentada de dispensa arbitrária ainda, o que o mantém na condição de subserviência, sendo incontáveis as situações de assédio moral, principalmente as suportadas em silêncio pelo pavor de perda de emprego. Aliás, a questão de ausência de regulamentação da dispensa arbitrária, erigida à condição de direito fundamental, logo no inciso primeiro do art. 7º, talvez seja a principal causa da pouca efetividade dos direitos sociais do trabalhador.

Assim, resta ao trabalhador o pedido de socorro ao Judiciário, valendo-se da principal garantia fundamental, que é o Processo. Concluímos, contudo que o processo, efetivamente, não constitui instrumento de realização desses direitos fundamentais do trabalhador, mas antes de negação.

Dessa forma, o trabalhador vilipendiado, sem condições de vislumbrar, fora da esfera judicial, a efetividade do extenso rol dos seus direitos fundamentais, deveria encontrar no processo um meio eficaz de aplicação do seu direito material única e exclusivamente. Mas o processo do trabalho tem-se revestido cada vez mais de uma complexidade que se revela incoerente com os princípios processuais que o informam como os da celeridade, oralidade, informalidade, eventualidade e economia processual, dentre outros.

A Constituição de 1988 é pródiga ao elencar os direitos sociais, adotando “o mais amplo catálogo de direitos sociais da história do nosso constitucionalismo, incluindo os direitos trabalhistas em capítulo próprio, o ‘Dos Direitos Sociais’”.·.

Logo no início do texto constitucional - artigo 1º, inciso IV – há destaque para, “os valores sociais do trabalho”1. No artigo 170 há expressa consideração de que “a ordem econômica se funda na valorização do trabalho”2, sendo que o

[30] A Lei Áurea (Lei Imperial n.º 3.353), sancionada em 13 de maio de 1888, foi a lei que extinguiu a escravidão no Brasil.

seu inciso VIII classifica como princípio constitucional a “busca pelo pleno emprego”. Também o artigo 193 estabelece que “a ordem social tem como base o primado do trabalho”3. E o inciso I do artigo 7º da Constituição Federal protege a relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa4.

Mas o que se verifica, na prática, é que quando se trata de dar efetividade a esses direitos fundamentais do trabalhador o tratamento não é o mesmo dispensado aos demais direitos fundamentais. Contudo o direito ao trabalho digno - com a fundamentalidade que a Carta Magna de 1988 quis imprimir - é que respalda os demais direitos fundamentais. Sem trabalho DIGNO não há garantia dos Direitos Sociais elencados no art. 6º.

8 REFERÊNCIAS

ABENDROTH, Wolfgang; FORSTHOFF, Ernst; DOEHRING, Karl. **El Estado social**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

ABRAMOVICH, Victor; COURTS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Trotta, 2004. ISBN 978-848-164-507-1

ACKERMAN, Bruce; Et. al. **Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. ISBN 978-84-259-0874-3.

ALMEIDA, Renata Rua de; CALVO, Adriana. **Estudos comparados das legislações trabalhistas do Brasil e de Portugal**. São Paulo: LTr, 2011. ISBN 978-853-611-781-2.

ALONSO GARCÍA, Enrique. **La interpretación de La constitución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. ISBN 978-842-590-710-4.

ALVES, Giovanni. Crise estrutural do capital e novas dimensões da precarização do trabalho: direitos sociais trabalhistas e barbárie social no século XXI. In **Trabalho constituição e cidadania**: a dimensão coletiva dos direitos sociais trabalhistas. São Paulo: LTr, 2014. ISBN 978-85-361-2881-8
ARANDA ÁLVAREZ, Elviro - Los actos parlamentários no normativos y su control jurisdiccional. Madrid: Centro de estúdios políticos y constitucionales, 1998.

ARROYO, César Landa. **Tribunal constitucional y estado democrático**. 3.ª ed. Lima: Palestra Editores, 2007. ISBN: 9972-224-37-6.

ARRUDA, Kátia Magalhães, MILHOMEM, Rubem. **A jurisdição extraordinária do TST na admissibilidade do recurso de revista**. São Paulo: LTr, 2012. ISBN: 978-853-612-960-0

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3.ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. ISBN 857-469-914-96

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 5.ª. ed. São Paulo: Saraiva. 2015. ISBN 978-850-222-804-7.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. 2.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. ISBN 978-857-147-703-2

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch**: the Supreme Court at the bar of politics. 2.ª ed. New Haven: Yale University Press, 1986. ISBN 978-030-003-299-4.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus. 1982. ISBN 88-06-12174-X.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfang. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Baden-Baden: Nomes Verlagsgesellschaft, 1993. ISBN 978-378-902-996-7.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. ISBN 853-920-271-9.

BRAGE CAMAZANO, Joaquín. **Los limites a los derechos fundamentales**. Madrid: Dykinson, 2004. ISBN 978-849-772-514-9.

BRANDEIS, Louis; WARREN, Samuel. **The right to privacy**. In Harvard Law Review. [sl]: [sn], 1980. ISBN 978-098-275-049-0.

CAETANO, Marcelo. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional** – Tomo I, 6.ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1986. ISBN 9789724005171

CAIRO JR, José. **Curso de direito processual do trabalho**. Salvador: Juspodivm, 2012. ISBN 978-854-420-764-2.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-402-106-5

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Volumes I e II, 4.ª ed. Coimbra: Almedina, 2014. ISBN 9789723222869

CARNEIRO, Thais Safe. Direitos fundamentais e sociais trabalhistas, dignidade da pessoa humana, reserva do possível e proibição ao retrocesso social. In **Trabalho Constituição e Cidadania**: a dimensão coletiva dos direitos sociais trabalhistas. São Paulo: LTr, 2014. ISBN 978-85-361-2881-8.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. **Segurança jurídica e a eficácia dos direitos sociais e fundamentais**. 2.ª ed. Curitiba: Juruá, 2013. ISBN 9788536241760.

COMELLA, Victor Ferreres. **Justicia constitucional y democracia**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997. ISBN 978-842-591-375-4.

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa, Diário da República, I Série. Nº 86 (10-04-76) de 25 de abril. [Em linha]. Lisboa: Assembleia do Parlamento (1976). [Consult. 20 Set. 2016]. Disponível em: http://www. parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx

CÓDIGO de Processo Civil: lei nº 13.105/15, de 16 de março. [Em linha]. Brasília: Planalto (2015). [Consult. 20 Set. 2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/leis/l3071.htm.

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro. [Em linha]. Brasília: Planalto (1988). [Consult. 20 Set. 2016]. Disponível em: http://www.planalto. gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm.

COX, Archibald. **The Courtand the Constitution**. Boston: Houghton Miffin Company, 1987. ISBN 978-039-548-071-7.
CUNHA, Paulo Ferreira da – Direito Constitucional Aplicado. Lisboa: Quid Juris – Sociedade Editora Ltda., 2007. ISBN 9789727243273

CUNHA, Rodrigo Giostri da. **O processo do trabalho como instrumento de efetivação dos direitos sociais trabalhistas**. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade e São Paulo, 2008. 284 páginas. Dissertação de Mestrado em Direito.

DELGADO, Gabriela Neves; RIBEIRO, Ana Carolina Paranhos de Campos. Os direitos sócio trabalhistas como dimensão dos direitos humanos. In **Trabalho constituição e cidadania**: a dimensão coletiva dos direitos sociais trabalhistas. São Paulo: LTr, 2014. ISBN 978-85-361-2881-8. p. 65-77.

DELGADO, Maurício Godinho, DELGADO, Gabriela Neves. **Constituição da República e direitos fundamentais**: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2012. ISBN 9788536121420.

DELGADO, Mauricio Godinho. Constituição da República, Estado Democrático de Direito e Direito do Trabalho. In **Trabalho constituição e cidadania**: a dimensão coletiva dos direitos sociais trabalhistas. São Paulo: LTr, 2014. ISBN 978-85-361-2881-8. P. 151-167.

DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2003. ISBN 978-853-612-755-2.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007. ISBN 978-853-618-720-4.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **Tratado jurisprudencial de direito constitucional do trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. ISBN 978-85-203-4973-1.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. **Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos**. Madrid: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, 2006. ISBN 978-84-259-1324-2.

DRAY, Guilherme Machado. **O princípio da proteção do trabalhador**. São Paulo: LTr. 2015. ISBN 978-853-618-486-9.

DUARTE, Ronnie Preuss. **Garantia de acesso à justiça**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-321-510-6

DUTRA, Renata Queiroz. Direitos fundamentais à proteção da subjetividade no trabalho e emancipação coletiva. In **Trabalho constituição e cidadania**: a dimensão coletiva dos direitos sociais trabalhistas. São Paulo: LTr, 2014. ISBN 978-85-361-2881-8. P. 212—230.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003. ISBN 978-857-827-078-0.

ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. **Constitutionalism and democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1993. ISBN 978-113-917-362-9.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Tradução Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010. ISBN 978-857-827-156-5.

ELY, John Hart. **Democracyand Distrust**: A Theory of Judicial Review. [sl]: Harvard University Press, 1995. ISBN 978-067-419-637-7.

ESKRIDGE JR, William N.; LEVINSON, Sanford. **Constitucional Stupidities, Constitucional Tragedies**. New York: New York University Press, 1998. ISBN-10: 081-475-132-6.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos**. Porto Alegre: Fabris, 1996. ISBN 978-858-827-809-7.

FARIAS, James Magno Araújo. **Direito constitucional do trabalho**: sociedade e pós-modernidade. São Paulo: LTr, 2015. ISBN 978-853-618-668-9.

FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais**. Tradução Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004. ISBN 978-857-629-019-3.

FAVOREU, Louis. **Los Tribunales Constitucionales**. Barcelona: Ariel, 1994. ISBN 978-843-441-114-2.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Por um processo realmente efetivo**. São Paulo: LTr, 2016. ISBN 978-853-618-773-0

FERNÁNDEZ RODRIGUES. **La inconstitucionalidad por omisión**: Teoría General, Derecho comparado. El caso Español. Madrid: Civitas, 1995. ISBN 978-844-701-058-5.

FERREIRA, António Manuel Carvalho de Cassimiro. **Trabalho procura justiça**. Coimbra: Almedina, 2005. ISBN 13: 978-972-402-469-1.

GAONA, Roberto Rodrígue. **El control constitucional de la reforma a la Constituición**. Madrid: Editorial Dykinson, 2006. ISBN 978-849-772-869-0.

GARRATY, John. **Quarrels That Have Shared the Constitution**. New York: Harper Perennial, 2009. ISBN 978-006-132-084-2.

GOMES PUENTE, Marcos. **La inactividaddel legislador**: una realidad susceptible de control. Madrid: MacGraw-Hill, 1997.

GOMES, Fábio Rodrigues. **Direitos fundamentais dos trabalhadores**: critérios de identificação e aplicação prática. São Paulo: LTr, 2013. ISBN 978-853-612-461-2.

GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. ISBN 85-7308-867-2.

GUTMANN, Amy. **Freedom of association**. New Jersey: Princeton University Press, 1998. ISBN 978-069-105-759-0.

HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. Trad. de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. ISBN 968-36-9069-6.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Volume I, 2.ª ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. ISBN 85–282-0091-4.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez**: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. 2.ª ed. Madrid: Trotta, 2000. ISBN 978-848-164-151-6.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Fabris, 1998. ISBN 858-827-805-7.

HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. ISBN 846-152-508-6.

IPSEN, Jörn. **Staatsrecht II**. München: Franz Vahlen, 2011. ISBN 978-3-8006-5239-6.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. ISBN: 978-857-827-646-1.

KRIELE, Martin. **Introducción a la teoría del Estado**. Buenos Aires: Depalma, 1980. ISBN 978-999-904-767-8.

LOBATO, Marthius Sávio Cavalcante. **A reconstrução da jurisdição constitucional**: a garantia constitucional dos direitos sociais do trabalho. São Paulo: LTr. 2014. ISBN 978-853-612-807-8.

MALTZ, Earl M. **Dread Scott and the politics slavery**. Lawrence: University Press of Kansas, 2007. ISBN-13: 978-0700615032.

MARTÍN DE LA VEGA, Augusto. **La sentencia constitucional em Itália**. Madrid: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, 2003. ISBN 978-842-591-242-9.

MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**. Lisboa: Universidade Católica, 1999. ISBN 972-005-400-005-4.

MELLO, Cláudio Ari. **Kant e a dignidade da legislação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. ISBN 9788573486568.

MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014. ISBN 978-854-720-367-2.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Argüição de descumprimento de preceito fundamental**: comentários à Lei nº 9.882, de 3-12-1999. São Paulo: Saraiva, 2011. ISBN 978-850-213-215-3.

MENDES, Gilmar. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 4.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 978-850-204-676-4.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. ISBN 978-972-321-534-2.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**: o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. ISBN 972-32-1370-2.

NADALES, Antonio J. Porras. **El debate sobre la crisis de la representación política**. Madrid: Editorial Tecnos, 1996. ISBN 84-309-2890-1.

NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana**: dignidade e inconstitucionalidade. Coimbra: Almedina. 2016. ISBN 978-972-406-157-3.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. ISBN 978-972-321-805-3.

NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. ISBN 978-972-32-2230-2.

OLIVEIRA, Paulo Henrique ed; PORTO, Noemia. **A perspectiva deontológica de direitos sociais**: dois exemplos de persistência de uma mentalidade anterior à Constituição de 1988. In Trabalho constituição e cidadania: a dimensão coletiva dos direitos sociais trabalhistas. São Paulo: LTr, 2014. ISBN 978-85-361-2881-8.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 978-850-213-036-4.

PIRES, Francisco Lucas. **Introdução ao direito constitucional europeu**. Coimbra: Livraria Almedina, 1997. ISBN 978-972-401-049-6.

PRIETO SANCHÍS, Luis. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003. ISBN 13: 978-848-164-638-2.

QUEIROZ, Cristina. **Interpretação constitucional e poder judicial**: sobre a epistemología da construção constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. ISBN 972-32-0948-9.

RIVAS, Juan José González. **Análisis de los sistemas de jurisdicción constitucional**. Madrid: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, 2001. ISBN 978-84-259-1153-8.

ROSTOW, Eugene. **El caracter democrático del control judicial de la constitucionalidad**. Tradução de Joaquín Brage Camazano e Michael Sachs. Verfassungsrechts II Grundrechte. Berlin: Springer, 2003.

ROUSSEAU, Dominique. **La justicia constitucional em Europa**: estudio preliminar de Teresa Freixes Sanjuán. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

SARLET, Ingo Wolfang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. ISBN 9788573489576.

SARLET, Ingo Wolfang. Os direitos fundamentais (sociais) e a assim chamada proibição de retrocesso: contributo para uma discussão. In **Trabalho, constituição e cidadania**: a dimensão coletiva dos direitos sociais trabalhistas. São Paulo: LTr. 2014. ISBN 978-85-361-2881-8. P. 176-197.

SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Trad. Geraldo de Carvalho. Del Rey: Belo Horizonte, 2007. ISBN 978-857-308-886-1.

SCHNEIDER, Hans Peter. **Democracia y constitución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. ISBN 978-842-590-897-2.

SCHWABE, Jürgen. **Cincuenta años de jurisprudenciad el Tribunal Constitucional Federal Alemán.** Colômbia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañes, 2003. ISBN 978-958-8192-26-0.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Hermenêutica de direitos fundamentais: uma proposta constitucionalmente adequada**. Brasília: Universidade de Brasília, Dissertação de Mestrado em Direito e Estado, 2001. ISBN 857-469-265-4.

SOUTO, Jorge Luiz, SEVERO, Valdete Souto. **O processo do trabalho como instrumento do direito do trabalho**: e as ideias fora de lugar do novo CPC. São Paulo: LTr, 2015. ISBN 9788536186610.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha, REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **O tribunal constitucional como poder**. 2.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. ISBN 9788520366622.

STOLLEIS, Michael. **Herzkammern der Republik**: die Deutschenund das Bundesverfas sungsgericht. Munique: C.H. Beck, 2011. ISBN 978-340-662-377-6.

SUSTEIN, Cass. **A constituição parcial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. ISBN 857-308-987.

TRIBE, Laurence H. **Constitutional choices. Massachusets**: Harvard University Press, 1985. ISBN 978-067-416-539-7.

TRIBE, Laurence; DORF, Michael. **Hermenêutica constitucional**. Tradução de Amarílis de Souza Birchal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. ISBN 857-308-892-3.

URBANO, Maria Benedita. **Curso de justiça constitucional**. 2.ª ed. Almedina. 2016. ISBN 978-972-406-194-8.

VAZ, Manuel Afonso; BOTELHO, Catarina Santos; CARVALHO, Raquel; FOLHADELA, Inês; RIBEIRO, Ana Teresa. **Direito constitucional, o sistema constitucional português**. 2.ª ed. Porto: Universidade Católica Editora, 2015. ISBN 978-858-705-422-7.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003. ISBN 85-3361-896-4.

WANDELLI, Leonardo Vieira. **O direito humano e fundamental ao trabalho**: fundamentação e exigibilidade. São Paulo: LTr, 2012. ISBN 978-853-612-369-1.

WERNER, Keller. **O direito ao trabalho como direito fundamental**: instrumento de efetividade. São Paulo: LTr, 2011. ISBN 978-853-611-682-2.

WOLFE, Christopher. **La transformacion de la interpretacion constitucional**. Madrid: Civitas, 1991. ISBN 978-847-398-887-2.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Isabela Barrichello Zanlorenzi[1]

1 INTRODUÇÃO

Os Direitos Humanos vem sendo assunto cada vez mais recorrente, isso se deve à sua relevância e a necessidade de sua proteção para a existência digna e a vida em sociedade. Direitos Humanos são aqueles inerentes à pessoa humana, reconhecidos e positivados no âmbito do Direito Internacional, através dos tratados e convenções - sendo assim, não se confundem, em termos técnicos, com Direitos Fundamentais, já que estes estão na esfera do Direito Constitucional e, no Brasil, elencados na Constituição Federal.

Tais direitos asseguram a dignidade humana, tendo caráter inviolável, universal e não temporal, sendo reconhecidos tanto no seu país de origem quanto internacionalmente. Fato é que esses direitos não foram conquistados de forma célere. O presente trabalho visa, portanto, analisar a evolução dos Direitos Humanos na história e como eles se fazem presentes na Constituição.

2 METODOLOGIA

Esse trabalho foi desenvolvido com base em pesquisas bibliográficas, analisando doutrinas e materiais já publicados sobre especialistas no assunto, através do método indutivo.

3 DESENVOLVIMENTO

Ainda que muito se fale em Direitos Humanos e que pareçam garantias tão óbvias, a história mostra que nem sempre eles existiram. Vários marcos históricos são importantes para que possamos ter a visão dos Direitos Humanos tal qual temos hoje.

Segundo o jurista Norberto Bobbio

> […]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. [...] os direitos ditos humanos são o produto não da natureza, mas da civilização humana; enquanto direitos históricos, eles são mutáveis, ou seja, suscetíveis de transformação e de ampliação. (BOBBIO, Norberto, 2004, p.20).

É certo que não se pode definir com exatidão quando os Direitos Humanos passaram a surgir, porém, alguns marcos históricos mostram indícios de sua existência.

Rogério Gesta Leal afirma:

[1] E-mail: isabelazanlorenzi@hotmail.com. Currículo *Lattes*: http://lattes.cnpq.br/5308135009238773.

> parece ser consenso entre os historiadores que as origens mais antigas dos direitos fundamentais da pessoa humana se encontram nos primórdios da civilização" (LEAL, Rogério Gesta, 1997, p.20)

Na Antiguidade, inicialmente, não existia qualquer previsão normativa que regulasse a vida das pessoas em sociedade, e, sendo assim, cada pessoa defendia seus interesses da forma que quisesse, porém, a desproporcionalidade era visível, com isso, surgiram normas com esse intuito: regulamentar a vida em sociedade, como, por exemplo, o Código de Hamurabi e a Lei das Doze Tábuas. Ambos tinham a pretensão de criar regras para a sociedade, porém, o Código de Hamurabi tratava as pessoas com diferenças de acordo com suas classes sociais, já a Lei das Doze Tábuas tratava com igualdade todos os integrantes da sociedade - era um indício de igualdade social.

Já na Idade Média a proteção dos direitos humanos foi mais desenvolvida, por conta do surgimento da Magna Carta de 1215. Pela primeira vez, o Rei deveria se submeter às próprias leis, tendo em vista que o poder do Rei era absoluto e qualquer lei não valia para ele. A Magna Carta trouxe a proteção de direitos ainda não presentes na história, como o direito a propriedade, o devido processo legal e o habeas corpus. Ainda que esse desenvolvimento já tivesse sido maior, não foi suficiente.

O início da Idade Moderna trouxe ainda mais evolução aos direitos humanos. Em 1648 os Tratados de Münster e Osnabruque, que juntos são chamados de Paz de Vestfália, designam uma série de tratados que põe fim a Guerra dos Trinta Anos e reconhecem oficialmente as Províncias Unidas e Confederação Suíça, destacando a soberania e a territorialidade.

Ainda dentro da Idade Moderna outro marco temporal importante é a Bill of Rights, documento feito na Inglaterra pelo Parlamento que determinou a vida, a liberdade e a propriedade privada. Essa declaração tinha a previsão de uma Monarquia Parlamentarista. Todos os assuntos de importância, portanto, precisavam da aprovação do Parlamento.

Em 1776 a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virginia, uma declaração estadunidense que visava a Declaração de Independência dos Estados Unidos, inspirada pelo Iluminismo - conhecido como Século das Luzes, foi um movimento que iniciou na Inglaterra com a valorização da razão, espírito crítico e ciência, visava criar uma sociedade de progresso, desenvolvimento humano e que gerasse felicidade - foi o primeiro documento a manifestar princípios democráticos e de soberania popular, além dos direitos de todo ser humano. Esses aspectos ficam claros logo nos primeiros artigos da Declaração:

> Artigo 1° - Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, pôr nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança.
> Artigo 2° - Toda a autoridade pertence ao povo e por consequência dela se emana; os magistrados são os seus mandatários, seus servidores, responsáveis perante ele em qualquer tempo.
> Artigo 3° - O governo é ou deve ser instituído para o bem comum, para a proteção e segurança do povo, da nação ou da comunidade. Dos métodos ou formas, o melhor será que se possa garantir, no mais alto

> grau, a felicidade e a segurança e o que mais realmente resguarde contra o perigo de má administração.
> Todas as vezes que um governo seja incapaz de preencher essa finalidade, ou lhe seja contrário, a maioria da comunidade tem o direito indubitável, inalienável e imprescritível de reformar, mudar ou abolir da maneira que julgar mais própria a proporcionar o benefício público. (Declaração de Direitos do Bom Povo de Virginia, 1776)

Esta, serviu de inspiração para os Direitos Humanos em todo o mundo, trazendo a previsão dos Direitos Naturais, também inspirados pelas ideias o Iluministas.

Posterior à essa Declaração, veio a Constituição dos Estados Unidos, trazendo, pela primeira vez, a introdução do sistema presidencialista.

No período histórico Moderno a sociedade começou a ver queda do absolutismo, porém, ainda haviam fortes marcas das sociedades medievais, que fizeram despontar algumas revoluções burguesas, tendo como destaque a Revolução Francesa e dando início a um novo período: a Idade Contemporânea.

O ano de 1789, veio com a Revolução Francesa, quando a monarquia entrou em colapso e a sociedade passou por uma grande transformação, tendo como tema a liberdade, igualdade e fraternidade. Nesse contexto, surge a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, com os principais pontos: Estado laico; respeito pela dignidade da pessoa humana; liberdade e igualdade dos cidadãos perante a lei; direito à propriedade individual e oposição à opressão política e a liberdade de pensamento e opinião.

De fato, a Declaração de Direito do Homem e do Cidadão teve bastante êxito, servindo, inclusive, de inspiração para as Constituições que sucederam. A importância foi tanta que Paulo Benavides enunciou:

> A vinculação essencial dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos nos conduzirá sem óbices ao significado de universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana. A universalidade se manifestou pela vez primeira, qual descoberta do racionalismo francês da Revolução, por ensejo da célebre Declaração dos Direitos do Homem, de 1789. (BONAVIDES, Paulo, 1997, p.562).

Com isso, a Constituição Francesa trouxe vários direitos, como a igualdade jurídica, fim dos privilégios do clero e da nobreza, a criação dos poderes legislativo, executivo e judiciário, separação do Estado e da Igreja, entre outros.

A Primeira Guerra Mundial, em 1914, teve importância para os Direitos Humanos por conta do Tratado de Versalhes, um tratado de paz, que pôs fim, oficialmente, à Primeira Guerra, além de abordar a criação da Liga das Nações, que fixava a prevenção de conflitos entre seus membros e promoção da paz. Foi criada também a OIT (Organização Internacional de Trabalho), por conta das condições de trabalho análogas a de escravidão que alguns se submetiam, pelo risco de novos conflitos sociais e porque os países que não adotassem condições humanas de trabalho prejudicariam os outros. Apesar de obter sucesso em alguns aspectos, falhou em outros - a maior falha foi não impedir a Segunda Guerra Mundial.

No contexto da evolução histórica dos Direitos Humanos, a Segunda Guerra Mundial foi de suma importância, por conta dos vários tratados que vieram decorrentes dela.

A Alemanha discordava de muitos aspectos do Tratado de Versalhes, que impôs à ela algumas penas por conta dos prejuízos que causou na primeira Guerra Mundial. A Alemanha nazista de Adolf Hitler invadiu a Polônia; o Reino Unido e a França declararam guerra à Alemanha. Foi o estopim para a Segunda Guerra Mundial.

Após o final da Segunda Guerra mundial, foram descobertas violações à pessoa humana. O chamado Holocausto, maior genocídio do século XX, patrocinando pelos Nazistas, tendo como vítimas os judeus, comunistas, homossexuais, deficientes, … Por conta disso, surgiu o Tribunal de Nuremberg, com o intuito de julgar os nazistas pelos crimes ocorridos na Segunda Guerra Mundial, foram então criados quatro crimes: conspiração e atos deliberados de agressão, crimes de guerra, crimes contra a paz e crimes contra a humanidade. Após os representantes nazistas serem condenados, foi criada, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que, em seus trinta artigos, preza pela liberdade, igualdade, dignidade, vida, segurança, direito de não ser torturado, escravizado, a presunção de inocência, a nacionalidade, o bem estar, entre outros, e serviu como inspiração para a Constituição de muitos Estados. Tendo sido o documento mais traduzido do mundo, foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, como direitos universais a todos os seres humanos. A Assembleia geral solicitou, então, que todos os países-membros publicassem o texto da declaração para que fosse divulgado e conhecido por todos.

> A Assembleia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universal e efetiva, tanto entre os povos dos próprios estados-membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição. (Assembleia Geral da ONU, 1948)

A Carta das Nações Unidas defende, como objetivos principais, a garantia da paz mundial contra conflitos armados, promover o progresso social das nações, defender os direitos fundamentais do ser humano e criar condições que mantenham a justiça e o direito internacional - definido por Gustavo Bregalda Neves como “O conjunto de princípios e normas, positivos e costumeiros, representativos dos direitos e deveres aplicáveis no âmbito da sociedade internacional”. (BREGALDA, Gustavo. 2009. p.3.)

Já que a Declaração Universal de Direitos Humanos, por ser uma resolução, não tinha poder de coerção surgindo, então, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Segundo Louis Henkin e citado por Flávia Piovesan (2014, p.107) como:

> O termo ‘tratado’ é geralmente usado para se referir aos acordos obrigatórios celebrados entre sujeitos de Direito Internacional, que são regulados pelo Direito Internacional. Além do termo ‘tratado’, diversas

> outras denominações são usadas para se referir aos acordos internacionais. As mais comuns são Convenção, Pacto, Protocolo, Carta, Convênio, como também Tratado ou Acordo Internacional. Alguns termos são usados para denotar solenidade (por exemplo, Pacto ou Carta) ou a natureza suplementar do acordo (Protocolo)"

O Brasil é um dos países que ratificou Tratados Internacionais dos Direitos Humanos, trazendo importantes influências para a nossa Constituição Federal. Para entender a evolução dos Direitos Humanos na atual Constituição brasileira atual, é importante verificar sua evolução.

Em 1824, a Constituição estabelecia, principalmente: Monarquia constitucional e hereditária; voto censitário, por renda e não secreto; União entre a Igreja e Estado, e a Católica era a religião oficial; divisão dos poderem em quatro: Executivo, Legislativo e Judiciário e Moderador (que era exercido pela figura do Imperador).

A Constituição de 1891 foi inspirada na Constituição norte-americana, e trouxe várias mudanças: o voto deixou de ser censitário e por renda - porém, o voto feminino ainda era proibido; deixou de existir o poder Moderador; houve separação entre Estado e Igreja; os Estados passaram a ter autonomia. Pode-se observar que essa Constituição já era mais liberal que a Constituição de 1824.

A Revolução de 1930 mudou os rumos do Brasil. Após vários confrontos, Getulio Vargas, atendendo a vontade do povo, criou uma nova Constituição, em 1934, trazendo várias novidades: com relação ao voto, ele passou a ser secreto e o voto feminino era permitido; foi criada a justiça eleitoral e a legislação trabalhista, além da autonomia dos sindicatos.

Essa Constituição não durou muito tempo, pois em 1937 Getulio Vargas assumiu o poder através de um Golpe, que instaurou o Estado Novo, trazendo uma nova Constituição, chamada de "Polaca", por ter sido inspirada na Constituição fascista da Polônia. Essa nova Constituição implantou um regime ditatorial e trouxe o fechamento do poder Legislativo; o poder Executivo passou a ser subordinante do Judiciário; eliminação do direito a greve; reintrodução da pena de morte e os Estados não eram mais autônomos, pois eram governados por interventores nomeados por Getulio Vargas. A Constituição de 1937 foi um retrocesso no que diz respeito aos Direitos Humanos e à democracia.

O advento da Segunda Guerra Mundial (1939-1945) e a entrada do Brasil ao lado dos Aliados trouxe uma contradição: ao mesmo tempo que o Brasil vivia uma ditadura nazifascista, estava na Guerra combatendo o próprio nazifascismo na Europa. Com isso, surgiram protestos a favor da redemocratização.

Em 1945, Vargas convocou eleições presidenciais e Eurico Gaspar Dutra assumiu o poder, era o início do Regime Democrático. Em 1946 foi aprovada a nova Magna Carta brasileira, considerada liberal, os pontos principais foram: Poder Executivo exercido pelo Presidente da República, eleito pelo povo para um mandato de cinco anos; Poder Legislativo, estabelecido pelo Senado Federal e Câmara dos Deputados, sendo estes eleitos pelo povo; Poder Judiciário, formado por tribunais federais de cada estado e pelo Supremo Tribunal Federal; Autonomia política e administrativa para os estados.

Em 1967 o país já estava sob influência do Regime Militar, fato que fez surgir uma nova Constituição, onde o poder Executivo estava acima do Legislativo e do Judiciário; as eleições eram indiretas; a pena de morte contra crimes de segurança nacional era permitida; restringia o direito à greve; houve

censura nos meios de comunicação; intervenção militar em Municípios e Estados; cidadãos que cometiam crimes contra a segurança nacional tinham seus direitos civis e políticos suspensos, além do fechamento do Congresso pelo Executivo.

Com o fim do governo militar, a Constituição de 1967 foi revogada. Por fim, a Constituição de 1988, que rege o ordenamento jurídico até hoje.

Nas palavras de Flavia Piovesan

> Ao romper com a sistemática das Cartas anteriores, a Constituição de 1988, ineditamente, consagra o primado do respeito aos direitos humanos, como paradigma propugnado para a ordem internacional. Esse princípio invoca a abertura da ordem jurídica interna ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos. A prevalência dos direitos humanos, como princípio a reger o Brasil no âmbito internacional, não implica apenas o engajamento do País no processo de elaboração de normas vinculadas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas sim a busca da plena integração de tais regras na ordem jurídica interna brasileira. Implica, ademais, o compromisso de adotar uma posição política contrária aos Estados em que os direitos humanos sejam gravemente desrespeitados. A partir do momento em que o Brasil se propõe a fundamentar suas relações com base na prevalência dos direitos humanos, está ao mesmo tempo reconhecendo a existência de limites e condicionamentos à noção de soberania estatal. Isto é, a soberania do Estado brasileiro fica sub metida a regras jurídicas, tendo como parâmetro obrigatório a prevalência dos direitos humanos. Rompe-se com a concepção tradicional de soberania estatal absoluta, reforçando o processo de sua flexibilização e relativização, em prol da proteção dos direitos humanos. Esse processo é condizente com as exigências do Estado Democrático de Direito constitucionalmente pretendido. Vale dizer, surge a necessidade de interpretar os antigos conceitos de soberania estatal e não intervenção, à luz de princípios inovadores da ordem constitucional. Dentre eles, destaque-se o princípio da prevalência dos direitos humanos. Estes são os novos valores incorporados pelo Texto de 1988, e que compõem a tônica do constitucionalismo contemporâneo. (PIOVESAN, Flávia, 2014, p.93-94)

A Constituição de 1988 é dividida nos seguintes títulos: I - Princípios Fundamentais, II - Direitos e Garantias Fundamentais, III - Organização do Estado, IV - Organização dos Poderes, V - Defesa do Estado e das Instituições, VI - Repartição das receitas Tributárias, VII - Ordem Econômica e Financeira, VIII - Ordem Social e IX - Disposições Constitucionais Gerais, X - Disposições Constitucionais Transitórias.

Dentro do Título II, há cinco subdivisões: Direitos individuais e coletivos, que dizem respeito à vida, igualdade, dignidade, honra, segurança, propriedade e liberdade; Nacionalidade, que é a situação do indivíduo perante o Estado (nacional ou estrangeiro); Direitos Sociais, como sendo aqueles que garantem educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social; Direitos políticos, que permitem ao cidadão, através do voto, participar nas atividades do governo; Dos partidos políticos, dando autonomia para que preservem o Estado democrático de Direito.

Na doutrina, encontramos uma classificação dos direitos fundamentais dividida em: primeira geração, segunda geração e terceira geração.

Os de primeira geração dizem respeito aos direitos e garantias individuais e liberdades políticas, são os primeiros direitos a serem observados, ainda nos séculos XVII, XVIII e XIX; De segunda geração são os direitos sociais, econômicos e culturais, verificados com o Tratado de Versalhes e com instituição da OIT.

Solidariedade e fraternidade, qualidade de vida e preservação do meio ambiente são direitos classificados como direitos de terceira geração.

Norberto Bobbio, Pedro Lenza, Marcelo Novelino, Erival Oliveira falam em uma quarta geração, como estando relacionados aos avanços no campo da engenharia genética, democracia, pluralismo e informação.

Para Paulo Bonavides existe, ainda, uma quinta geração de direitos, que refere-se a paz mundial.

É possível observar na Constituição a garantia dos Direitos Fundamentais, que, ainda que sejam diferentes dos direitos humanos em termos técnicos - como já citado - em conteúdo não tem diferença, já que ambos visam garantir os direitos básicos do cidadão, portanto, a Constituição vem como meio de assegurar proteção ao cidadão sobre esses direitos.

Além disso, o Parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal é taxativo:

> § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (BRASIL. Constituição 1988)

Sobre esse artigo, há divergência na doutrina. Alguns autores afirmam que o status dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos é de norma constitucional, por tratar da temática de proteção do indivíduo.

> […] sempre defendemos que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil têm índole e nível constitucionais […] a nossa interpretação sempre foi a seguinte: se a Constituição estabelece que os direitos e garantias nela elencados “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais “em que a República Federativa do Brasil seja parte, é porque ela própria está a autorizar que esses direitos e garantias internacionais constantes dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil “se incluem” no nosso ordenamento jurídico interno, passando a ser considerados como se escritos na Constituição estivessem.” (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, 2011, p. 28-29)

Outros, discordam pelo fato de que esse entendimento colide com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que consagra primeiro a Constituição formal, aquela reconhecida como documento que traz as normas mais importantes do sistema jurídico, não interessando a temática, mas a própria forma e depois a Constituição rígida, que é o que garante que a Constituição esteja no topo das normas jurídicas. Ou seja, o fato de a Constituição estar acima das outras normas é justamente o fato de sua alteração ser mais difícil. O que importa, portanto, não é o conteúdo, mas sim, a forma. O raciocínio de que os Tratados internacionais de direitos humanos devem ser consagrados como direitos fundamentais é um raciocínio material, e não formal, sendo oposto ao entendimento que garante a supremacia formal da Constituição.

Para trazer o Tratado Internacional ao ordenamento jurídico, a Emenda 45 de 2004 acrescentou o parágrafo terceiro ao artigo 5º, que diz:

> § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (BRASIL. Emenda Constitucional nº 45, 2004)

A pretensão da Emenda Constitucional 45 de 2004 era dar aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos status de Norma Constitucional. Essa foi uma solução para os problemas posteriores a Emenda, porém, a doutrina questionou sobre os Tratados Internacionais de Direitos Humanos que já haviam sido incorporados por ela como Lei Ordinária, e, para essa questão, o Supremo declarou que não poderiam ter status de Norma Constitucional, ficando definidos da seguinte forma: os Tratados Internacionais de Direitos Humanos incorporados antes da Emenda 45 estão na categoria da supralegalidade - acima da lei, mas abaixo da Constituição. Por fim, os Tratados Internacionais que não tratem de Direitos Humanos, tem status de lei ordinária.

No art 4º da Constituição de 1988 estão os princípios que regem a atuação brasileira no âmbito internacional.

> A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:
> I - independência nacional;
> II - prevalência dos direitos humanos;
> III - autodeterminação dos povos;
> IV - não-intervenção;
> V - igualdade entre os Estados;
> VI - defesa da paz;
> VII - solução pacífica dos conflitos;
> VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;
> IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
> X - concessão de asilo político.
> Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações (BRASIL. Constituição Federal, 1988)

Em destaque, o inciso II fala especificamente da prevalência dos Direitos Humanos, isso significa que o Brasil tem como característica fundamental respeitar os Direitos Humanos, inclusive, defendendo-os em âmbito internacional.

Ainda sobre a Constituição brasileira, é importante ressaltar o art. 60, § 4º, que trata das Cláusulas Pétreas. O inciso IV se refere aos direitos e garantias individuais, que, por serem classificados como Cláusulas Pétreas não podem ser alterados, portanto, são limitações materiais ao poder constituinte reformador. Conforme citado por Ingo Wolfgang Sarlet:

> A existência de limites materiais justifica-se, portanto, em face da necessidade de preservar as decisões fundamentais do Constituinte, evitando que uma reforma ampla e ilimitada possa desembocar na destruição da ordem constitucional, de tal sorte que por detrás da previsão destes limites materiais se encontra a tensão dialética e

> dinâmica que caracteriza a relação entre a necessidade de preservação da Constituição e os reclamos no sentido de sua alteração. (SARLET, Ingo Wolfgang, 2007, p. 35-36)

Trata-se, então, de mais uma ferramenta para garantir que os direitos já adquiridos não sejam modificados ou retirados da Constituição.

4 CONCLUSÃO

A evolução da história com relação aos Direitos Humanos mostra que foi uma conquista gradativa, e que muitas pessoas tiveram que pagar com a própria vida para que as garantias fundamentais de hoje pudessem ser consolidadas. As Constituições vêm como um meio de organizar melhor a vida em sociedade, especialmente a Constituição Federal de 1988, que foi uma grande evolução para o ordenamento jurídico brasileiro, por ser democrática e institucionalizar os Direitos Fundamentais de uma forma que nunca havia existido nas outras Constituições. Ainda que tenhamos vários dispositivos legais e tutela do Estado, vários direitos são diariamente violados, portanto, a luta pelos Direitos Humanos é diária.

5 REFERÊNCIAS

Assembleia Geral da ONU, 1948.

BRASIL, **Constituição Federal**, 1988.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45**, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª edição. São Paulo: Malheiros, 1997.

BREGALDA, Gustavo Neves. **Direito Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2009

LEAL, Rogerio Gesta. **Direitos Humanos no Brasil**: desafios à democracia. Porto
Alegre: Udunisc, 1997

MAZUOLLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.