

ICJP
INSTITUTO DE CIÊNCIAS
JURÍDICO-POLÍTICAS

CIDP
CENTRO DE INVESTIGAÇÃO
DE DIREITO PÚBLICO



Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional

Volume 13

JORGE MIRANDA | CARLA AMADO GOMES
MARTA CHANTAL RIBEIRO
(Coordenadores)

BLEINE QUEIROZ CAÚLA
KAMILE MOREIRA CASTRO
(Organizadoras)



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA



Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional

E-BOOK INTERNACIONAL VOLUME 13

**Desenvolvimento Socioambiental e Econômico:
o diálogo para um Planeta em crise**

Homenagem ao professor e jurista César Barros Leal



**JORGE MIRANDA
CARLA AMADO GOMES
MARTA CHANTAL RIBEIRO**
(Coordenadores)

**BLEINE QUEIROZ CAÚLA
KAMILE MOREIRA CASTRO**
(Organizadoras)

Instituto de Ciências Jurídico-Políticas
Centro de Investigação de Direito Público

www.icjp.pt | icjp@fd.ulisboa.pt



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

Alameda da Universidade
1649-014 Lisboa

-

Outubro de 2022

ISBN: 978-989-8722-57-7

-

Imagem da capa:

Artista Sérgio Helle

(Instagram @sergiohelle)

Revisão gramatical:

Mônica Zappalenti

Revisão ABTN:

Bleine Queiroz Caúla

-

Produzido por:

OH! Multimédia

mail@oh-multimedia.com



Comissão Científica

Ângela Issa Haonat – UFT

Ana Maria D'Ávila Lopes – Universidade de Fortaleza

Ana Paula Araújo de Holanda – Universidade de Fortaleza

Anna Ciammariconi – Università degli Studi di Teramo

André Leite – Universidade de Vilnius

Beatriz Souza Costa – ESDHC

Bleine Queiroz Caúla – Universidade de Fortaleza

Carla Amado Gomes – Universidade de Lisboa

César Barros Leal – UFC

Claudia do Amaral Furquim – IDEM

Claudia Ribeiro Pereira Nunes – Yale University

Dayse Braga Martins – Universidade de Fortaleza

Délton Winter de Carvalho – UNISINOS

Elvira Domínguez-Redondo – Middlesex University

Fernando González Botija – Universidade Complutense de Madrid

Francisco Lisboa Rodrigues – FATENE

Horácio Wanderlei Rodrigues – UFSC

[Ir para o índice](#)

Jefferson Aparecido Dias – UNIMAR

João Pedro Oliveira de Miranda – Universidade de Lisboa

Jorge Miranda – Universidade de Lisboa

Júlia Maia de Meneses Rocha de Sousa – Universidade de Fortaleza

Katherinne de Macedo Maciel Mihaliuc – Universidade de Fortaleza

Leonel Severo Rocha – UNISINOS

Marco Anthony Steveson Villas Boas – ESMAT

Martonio Mont'Alverne Barreto Lima – Universidade de Fortaleza

Orides Mezzaroba – UFSC

Paulo de Bessa Antunes – UNIRIO

Roberta Teles – Universidade de Fortaleza

Rodrigo Martiniano Ayres Lins – ABRADep

Rômulo Guilherme Leitão – Universidade de Fortaleza

Rubén Miranda Gonçalves – Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

Susana Borràs Pentinat – Universitat Rovira i Virgili

Valério de Oliveira Mazzuoli – UFMT

Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Wagner Menezes – USP



Coordenadores

Jorge Miranda

Licenciado em Direito (1963) e doutor em Ciências Jurídico-Políticas (1979), é professor catedrático das Faculdades de Direito da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa. Nas duas Faculdades já exerceu a regência de todas as disciplinas do Grupo de Ciências Jurídico-Políticas, mantendo hoje a seu cargo as de Direito Constitucional e Direitos Fundamentais. Também na Faculdade de Direito de Lisboa, exerceu funções como presidente do Conselho Científico (1988-1990 e 2004-2007) e presidente do Conselho Directivo (1991-2001). Integrou ainda Comissão Científica da Escola de Direito da Universidade do Minho (1973-2005) e coordenou a licenciatura em Direito da Universidade Católica Portuguesa (1983-1989). Eleito nas listas do Partido Popular Democrático, foi deputado à Assembleia Constituinte (1975-1976), tendo tido um papel importante na feitura da Constituição da República Portuguesa de 1976. A sua colaboração estendeu-se também à elaboração das Constituições de São Tomé e Príncipe (1990), de Moçambique (1990), da Guiné-Bissau (1991) e de Timor-Leste (2001). Foi membro da Comissão Constitucional (1976-1980), órgão precursor do atual Tribunal Constitucional. É Doutor Honoris Causa em Direito, pela Universidade de Pau (França, 1996), Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Brasil, 2000), Universidade Católica de Lovaina (Bélgica, 2003) e pela Universidade do Porto (2005).). Presidente Honorário Vitalício do Instituto Luso Brasileiro de Direito Público.

[Ir para o índice](#)

Carla Amado Gomes

Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professora Convidada da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Porto). Foi Vice-Presidente do Instituto da Cooperação Jurídica da Faculdade de Direito de Lisboa (2006-2014). Foi Professora Convidada da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa (2007-2013). Foi assessora no Tribunal Constitucional (1998/1999). Lecciona cursos de Mestrado e Pós-Graduação em Direito do Ambiente, Direito Administrativo e Direito da Energia em Angola, Moçambique e Brasil. Colabora regularmente em ações de formação no Centro de Estudos Judiciários.

Marta Chantal Ribeiro

Doutorada pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto (por unanimidade e com distinção). A dissertação de doutoramento versa a temática da protecção da biodiversidade marinha através de áreas protegidas - perspectivas nacional, europeia e internacional. (1995). Mestre (Curso de Integração Europeia / 1990-1995) pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. É, desde 1999, docente da Faculdade de Direito da Universidade do Porto (Direito Internacional Público, Direito da União Europeia, História do Direito Português). ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-7937-988X>.



Organizadoras

Bleine Queiroz Caúla

Doutora em Direito, linha Estratégia Global para o Desenvolvimento Sustentável (Universidade Rovira i Virgili, Tarragona, Espanha), reconhecido pela Universidade de Marília- UNIMAR (2021). Professora Assistente da Universidade de Fortaleza. Pedagoga. Advogada agraciada com o V Prêmio Innovare, 2008 (Projeto Cidadania Ativa – gestão 2005-2008). Coordenadora Científica do Seminário Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional. Principais obras publicadas: O Direito Constitucional e a Independência dos Tribunais Brasileiros e Portugueses: aspectos relevantes; Direitos Fundamentais: uma perspectiva de futuro; O direito administrativo na perspectiva luso-brasileira; A Lacuna entre o Direito e a Gestão do Ambiente: os 20 anos de melodia das agendas 21 locais. E-mail: bleinequeiroz@yahoo.com.br. ORCID Id <http://orcid.org/0000-0002-0033-8242>.

Kamile Moreira Castro

Presidente do Colégio de Ouvidores da Justiça Eleitoral – COJE. Doutoranda em Direito – Universidade Federal de Pernambuco. Mestre em Direito pela Uninove. Mestre em Ciência Política pela Universidade de Lisboa/ ISCSP. Especialista em Direito e Processo Eleitoral pela Esmec e em Direito Processual Penal pela Unifor. Juíza titular do TRE/CE e Ouvidora Eleitoral substituta. Professora de Pós-graduação. Supervisora editorial do Seminário Internacional Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional.

Ir para o índice

Grupo de Pesquisa CNPq

Diálogo Ambiental, Constitucional, Internacional

Linhas de pesquisa:

1) Gestão criativa de conflitos

Coordenadora: Dayse Braga Martins (UNIFOR)

2) Direito constitucional multiportas

Coordenador: Francisco Lisboa Rodrigues (FATENE)

3) Direitos Humanos, Estado e Cidadania

Coordenadora: Carolina Hissa (ESUP-FGV)

4) Direito, moda e sustentabilidade

Coordenadora: Dayana Nayara Alves (UNINASSAU)

5) Inteligência artificial, direito e dignidade

Coordenador: Hian Colaço (FBUNI)

6) Direitos sociais, orçamento público e concretização de direitos

Coordenadora: Simone Aguiar (UNIFOR)

7) Análise Jurídica da Economia para uma Revolução Verde

*Coordenadores: Ângela Haonat (UFT); Bleine Queiroz (UNIFOR)
e Sócrates Oliveira (UFC)*

8) Democracia participativa, transparência e direito à informação

Coordenadoras: Anna Carolina Alencar (UNIFOR) e Bleine Queiroz (UNIFOR)



**9) Next Generation EU e Plano Nacional de Ripresa e Resiliência:
uma perspectiva interdisciplinar**

*Coordenadora: Anna Ciammariconi (Università degli Studi di Teramo
– Facoltà di Scienze Politiche)*

10) Direito Eleitoral Internacional

Coordenadora Jéssica Teles de Almeida (Universidade Estadual do Piauí)

[Ir para o índice](#)

Autores

Ana Laura Rocha Cabral

Advogada. Bacharela em Comunicação Social – Publicidade e Propaganda e em Direito, ambas pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). E-mail: analauracabral@hotmail.com

Ana Paula Araújo de Holanda

Professora da Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Doutora em Direito pela Universidad Rovira i Virgili – URV. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Especialista em Direito Público em Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. E-mail: apaholanda@hotmail.com

Bleine Queiroz Caúla

Doutora em Direito, linha Estratégia Global para o Desenvolvimento Sustentável- Universidade Rovira i Virgili, Tarragona, Espanha. Professora Assistente da Universidade de Fortaleza. Líder do Grupo de Pesquisa do CNPq vinculado à UNIFOR – Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional.

Bruno Barbosa de Oliveira

Mestre em Proteção dos Direitos Fundamentais – PPGD da Universidade de Itaúna-MG. Servidor Público. E-mail: brunobarbosaufv@gmail.com



Caio Aragão Mesquita Xerez

Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Advogado. Pós-graduando em Direito e Processo Penal pelo Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7). E-mail: caio.xeres@hotmail.com

Dalvaney Aparecida de Araújo

Mestranda em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna/MG, Brasil. Especialista em Direito Público. Bacharel em Direito pela PUC/MG. Servidora do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. E-mail: dalvaneyx@gmail.com

Dayane Nayara da Silva Alves

Professora da UNINASSAU. Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela UCAM-RJ. Pós-graduada em Direito Tributário pela PUC-Rio. Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza. Coordenadora da linha de pesquisa “Direito, Moda e Sustentabilidade” do Grupo de Pesquisa do CNPq vinculado à UNIFOR – Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional. E-mail: dayanenayarad@outlook.com

Deilton Ribeiro Brasil

Pós-doutor em Direito junto à Università degli Studi di Messina, Itália. Professor da Graduação e do PPGD- Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG. E-mail: deilton.ribeiro@terra.com.br

Érica Patrícia Moreira de Freitas

Mestre em Língua Portuguesa pela PUC Minas. Mestranda em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna/MG. Especialista em Direito Processual pelo IEC/PUC Minas. Especialista em Educação a distância pela FAEL/EDUCON. Especialista em Metodologia da Linguagem pela FAEL/EDUCON. Especialista em Revisão de textos pela PUC Minas. Bacharel em Direito pela PUC Minas. Graduada em Letras pela PUC Minas Betim. Advogada. E-mail: ericapatricia.mf@gmail.com

Ir para o índice

Erick de Sarriune Cysne

Advogado. Mestre em Direito Constitucional. Professor do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza – UNIFOR. E-mail: erick@unifor.br

Fabício Veiga Costa

Doutor em Direito Processual pela PUC/MG. Pós-Doutor em Educação pela UFMG. Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna. E-mail: fvcufu@uol.com.br

Fernando Marques Khaddour

Bacharel em Direito. Advogado militante. Especialista em Direito Criminal. Mestre em Direito ambiental na Escola Superior Dom Helder Câmara. Integrante dos grupos de pesquisa: Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (REGA)/CNPQ-BRA, Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (CEDIS)/FCT-PT. E-mail: fkhaddour@yahoo.com.br

Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Melo Bandeira

Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra, Portugal. Professor do Instituto Politécnico do Cávado e Ave, Portugal. E-mail: gsopasdemelobandeira@gmail.com

Hortencia Silva Aires Leal

Advogada. Pós-graduada em Direito Tributário pela Universidade Cândido Mendes. Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza. E-mail: hortenciairesleal@gmail.com



Júlia Maia de Meneses Rocha de Sousa

Professora do curso de Direito da Unichristus. Doutora em Direito Constitucional Público e Teoria Política pela Unifor. Mestra em Direito Constitucional pela Unifor (bolsista Funcap). Participante do Grupo de Pesquisa da “Constituição de 1937”, sob a orientação do Prof. Dr. Martonio Mont’Alverne. Especialista em Marketing e Direito Público. Graduada em Publicidade e Propaganda e Direito (bolsista FEQ).

Magno Federici Gomes

Pós-doutor em Direito Público e Educação pela Universidade Nova de Lisboa-Portugal. Pós-doutor em Direito Civil e Processual Civil, Doutor em Direito e Mestre em Direito Processual, pela Universidad de Deusto-Espanha. Mestre em Educação pela PUC Minas. Professor do Mestrado Acadêmico em Direito Ambiental e Sustentabilidade na Escola Superior Dom Helder Câmara. Integrante dos grupos de pesquisa: Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (REGA)/CNPQ-BRA, Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (CEDIS)/FCT-PT e Núcleo de Estudos sobre Gestão de Políticas Públicas (NEGESP)/CNPQ-BRA. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-4711-5310>. E-mail: federici@pucminas.br

Manuela Hortêncio Batista

Graduada em Direito pela Unifor. Aluna ouvinte da disciplina de Antropologia Jurídica no semestre de 2017.1. Este artigo é resultado da orientação de pesquisa científica realizada pela aluna em parceria com a professora Júlia Coutinho, em virtude do Evento Colóquio de Antropologia Jurídica, realizado nos dias 02, 04 e 09/05/2017, no auditório A01, da Universidade de Fortaleza

Marcelo Dias Ponte

Doutor em Direito Constitucional pela UNIFOR. Advogado. Professor da Universidade de Fortaleza. E-mail: marceloponte@unifor.br

Ir para o índice

Margareth Thatcher Castelo Branco Moreira

Advogada. Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Juíza Leiga e Mediadora e Conciliadora pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

Nathasha Bianca Macêdo Correia Silva

Advogada. Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade RATIO. Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. E-mail: nathashabiancam@gmail.com.

Natielli Efigênia Mucelli Rezende Veloso

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Estado de Minas Gerais. Pós-graduada em Direito Penal pela Newton Campos. Mestre em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna. Doutoranda em Direito Internacional pela PUC Minas. Advogada. E-mail: natielliveloso@gmail.com

Tatiana Façanha Borges

Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Pós-Graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade Tecnológica de Palmas. Proficiente em LIBRAS pelo Centro de Referência em Educação e Atendimento Especializado do Ceará. E-mail: tatianafacanha@hotmail.com

Zaneir Gonçalves Teixeira

Advogada (OAB-CE 12.638). Bacharel e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Doutora em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC), Professora da Graduação e Pós-Graduação Lato Sensu em Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). E-mail: zaneir@unifor.br



*Quanto Vale tantas Torres Eiffel
Diante do choro, da perda, da morte?
Níquel, cobre, mercúrio, chumbo
Provavelmente esqueci algum elemento
O rio que era doce, está a própria sorte
Quanto Vale o Desenvolvimento
Diante do lamaçal rejeitado de pardo fel?
Se tudo que vejo é falso Envolvimento
De um poder voraz jogando o bem-estar no limbo
Ou seria ao léu?
Tantas perguntas rio abaixo
De inúmeras dúvidas sucumbo
As indagações Gerais de Mariana aqui deixo,
Não a São Mateus, São João, Lucas ou Bento
Mas a São Marcos, e aí, quanto Vale?
Segundo a Vale, a quantidade de ferro garimpado por ela
construiria 375 mil Torres Eiffel.*

Layana Araújo

Graduada em Direito – Universidade de Fortaleza

Poema escrito em abril de 2019.

Ir para o índice

Sumário

19 Prefácio

Carla Amado Gomes

21 Apresentação

Bleine Queiroz Caúla

24 Homenagem ao professor e jurista César Barros Leal

Mantovanni Colares Cavalcante

DIÁLOGOS

I. AMBIENTAL

29 A dimensão ecológica dos Direitos Humanos

Bruno Barbosa de Oliveira, Gonçalo Nicolau Cerqueira
Sopas de Melo Bandeira e Deilton Ribeiro Brasil

51 Responsabilidade do administrador de órgão público por descumprimento de tutelas específicas de obrigações na esfera ambiental

Fernando Marques Khaddour e Magno Federici Gomes

86 ICMS Ecológico nos municípios do Rio de Janeiro e Fortaleza: uma promoção ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado

Dayane Nayara da Silva Alves, Hortencia Silva Aires Leal e
Nathasha Bianca Macêdo Correia Silva



II. CONSTITUCIONAL

- 118** Transexualidade e o direito a identidade sexual diversa: a lacuna legislativa sobre adequação do registro civil no Brasil
Ana Paula Araújo de Holanda e Ana Laura Rocha Cabral
- 145** As mutações constitucionais e inconstitucionais do ordenamento jurídico brasileiro
Margareth Thatcher Castelo Branco Moreira e Erick de Sarriune Cysne
- 172** O controle jurisdicional como instrumento de concretude do Estado Democrático de Direito
Bruno Barbosa de Oliveira, Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Melo Bandeira e Deilton Ribeiro Brasil
- 196** A discricionariedade das decisões judiciais no Brasil na contramão dos pensamentos dworkinianos: com ênfase em matéria ambiental
Fernando Marques Khaddour e Magno Federici Gomes
- 224** Os Direitos Humanos Fundamentais da Mulher e as perspectivas de direitos do embrião
Dalvaney Aparecida de Araújo, Érica Patrícia Moreira de Freitas e Fabrício Veiga Costa
- 248** A PEC 67 de 2016 sob a ótica da discussão entre a vontade de poder e de Constituição
Bleine Queiroz Caúla, Caio Aragão Mesquita Xerez e Marcelo Dias Ponte

III. INTERNACIONAL

- 269** A garantia do direito à educação nas intervenções humanitárias como um meio viabilizador dos Direitos Humanos em contextos de emergência

Fabrcio Veiga Costa e Natielli Efigênia Mucelli Rezende Veloso

- 290** O empoderamento feminino nas questões filosófico-políticas com base no filme da Mulher Maravilha

Júlia Maia de Meneses, Manuela Hortêncio Batista e Zaneir Gonçalves Teixeira

- 316** Universidade Gallaudet: a educação superior para a pessoa surda

Tatiana Façanha Borges, Dayane Nayara da Silva Alves



Prefácio

O Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional constitui um momento renovado de encontro de estudiosos das matérias de Direito Público em torno destes três pólos da Ciência Jurídica. Para além de acolher palestras de professores, advogados e magistrados com créditos firmados, o Diálogo abre as portas a novos talentos do Direito, franqueando um espaço de apresentação de propostas por parte de jovens juristas.

Neste volume reúnem-se papers apresentados por esses jovens talentos nas edições do Diálogo que decorreram no segundo semestre de 2017, no Brasil, em Belo Horizonte (Escola de Direito Dom Helder Câmara) e em Portugal, no Porto (Faculdade de Direito da Universidade do Porto). A quantidade de trabalhos apresentados, nas três áreas suportadas pelo programa de investigação proposto pelo Diálogo, atesta bem o entusiasmo que este evento granjeia junto do público mais jovem e o incentivo que ele constitui para a promoção de uma investigação de qualidade.

Para o e-book internacional foram seleccionados 3 papers no domínio do Direito Ambiental; 6 no domínio do Direito Constitucional; e 3 no domínio do Direito Internacional. Os temas são variados e ilustram o interesse que as matérias despertam, os problemas que colocam e os desafios que postulam aos intérpretes e aplicadores do Direito.

Enquanto co-Coordenadora Científica do evento, só me posso congratular com o efeito multiplicador que o Diálogo vem gerando ao longo

[Ir para o índice](#)

dos anos. Para este sucesso muito contribuem as instituições que conosco colaboram, abrindo as suas portas, disponibilizando as suas instalações e proporcionando sempre caloroso acolhimento. Nesta edição, merecem palavras de agradecimento as Professoras Beatriz Costa (D. Helder Câmara), Marta Chantal Ribeiro e Anabela Costa Leão (Faculdade de Direito da Universidade do Porto). Uma última palavra de agradecimento é sempre devida à alma mater do Diálogo, Professora Doutora Bleine Queiroz Caúla, pelo trabalho incansável que desenvolve para que o êxito desta iniciativa seja cada vez maior.

Lisboa, 28 de junho de 2022.

Carla Amado Gomes



Apresentação

O projeto acadêmico Seminário Internacional Diálogo ACI renova o compromisso científico, a promoção da iniciação à pesquisa e a qualidade metodológica dos artigos publicados. Em comemoração dos 10 anos foi criado o Grupo de Pesquisa no CNPq vinculado à Universidade de Fortaleza. Iniciamos com 10 linhas: Gestão criativa de conflitos – Coordenadora Dayse Braga Martins (UNIFOR); Direito constitucional multiportas – Coordenador Francisco Lisboa Rodrigues (FATENE); Direitos humanos, Estado e cidadania – Coordenadora Carolina Hissa (ESUP-FGV); Direito, moda e sustentabilidade – Coordenadora Dayana Nayara Alves (UNINASSAU); Inteligência artificial, direito e dignidade – Coordenador Hian Colaço (FBUNI); Direitos sociais, orçamento público e concretização de direitos – Coordenadora Simone Aguiar (UNIFOR); Análise Jurídica da Economia para uma Revolução Verde – Coordenadores Ângela Haonat (UFT); Bleine Queiroz (UNIFOR) e Sócrates Oliveira (UFC); Democracia participativa, transparência e direito à informação – Coordenadoras Anna Carolina Alencar (UNIFOR) e Bleine Queiroz (UNIFOR); Next Generation EU e Plano Nacional de Ripresa e Resiliência: uma perspectiva interdisciplinar – Coordenadora Anna Ciammariconi (Università degli Studi di Teramo – Facoltà di Scienze Politiche); Direito Eleitoral Internacional – Coordenadora Jéssica Teles de Almeida (Universidade Estadual do Piauí).

O Seminário Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional comple-

[Ir para o índice](#)

tou quinze edições no ano de 2019, percorrendo cidades brasileiras como Fortaleza, Belém, Belo Horizonte, Brasília, Marília, Palmas e Rio de Janeiro; e as cidades estrangeiras: Braga, Lisboa e Porto (Portugal); Santiago de Compostela, Sevilla e Tarragona (Espanha), Quito (Equador) e Teramo (Itália). O XVI Diálogo ACI terá a temática Recursos energéticos e soberania – uma perspectiva interdisciplinar. Será realizado na Università degli Studi di Teramo – Facoltà di Scienze Politiche (Teramo, Itália) e na Universidad Complutense de Madrid (Espanha), nos dias 21 e 23 de junho de 2022; dias 15 e 16 de setembro de 2022 na Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

São editorados dois livros a cada edição do evento: um volume de artigos apresentados e outro de artigos dos palestrantes e autores convidados. No Brasil, a publicação é impressa e disponibilizada no site www.dialogoaci.com com acesso gratuito. A publicação em e-book internacional pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa tem como madrinha a Professora Carla Amado Gomes, coordenadora acadêmica do Diálogo ACI. Seu entusiasmo e visão continental permitiram a ampliação do universo à leitura dos textos acadêmicos produzidos em todas as edições do Seminário. Uma incansável defensora do “notável percurso do Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional”.

O XI Diálogo ACI elegeu o tema “Desenvolvimento Socioambiental e Econômico: o diálogo para um Planeta em crise”. Foi acolhido pela Escola Superior Dom Helder Câmara –ESDHC, no Brasil; e pela Universidade do Porto – UP, em Portugal, nos meses de setembro e novembro de 2017. Rendemos nossos agradecimentos as professoras Beatriz Costa, Marta Chantal Ribeiro e Anabela Costa Leão, pela impecável organização do evento. O volume 13 compila os artigos submetidos, aprovados e apresentados nesta edição do evento. Momento em que rendemos os agradecimentos aos autores titulares de saber acadêmico.



A Coordenação de Apoio de Pessoal de Nível Superior (CAPES), o Instituto de Ciências Jurídico-Políticas (ICJP) da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, o Centro de Investigação Jurídico Económica (CIJE) da Universidade do Porto, têm relevante contribuição para a continuidade do evento.

O e-book internacional Diálogo ACI – volume 13 traz uma homenagem ao jurista e professor César Barros Leal, dileto amigo com quem aprendo a ser mais humana. Homem que reúne grande saber jurídico, mas principalmente a generosidade de servir ao próximo. Não por acaso carrega consigo o sobrenome Leal, pois é um amigo LEAL.

Boa leitura!

Lisboa, janeiro de 2022.

Bleine Queiroz Caúla
Coordenadora Científica

[Ir para o índice](#)

Homenagem ao professor e jurista César Barros Leal

MANTOVANNI COLARES CAVALCANTE¹

“Abraços são encontros da Cabeça aos Pés,
e não um pomposo Sumo Sacerdote,
entrando por uma Passagem Secreta”.

Octavio Paz

De repente o mundo acordou naquele dia qualquer em março do ano de 2020 com a notícia da necessidade de isolamento social; era o estranho anúncio de uma pandemia ante a invisível ameaça de um vírus nominado, o COVID-19.

Aos poucos as coisas eram assimiladas e compreendidas nesse imprevisível planeta novo sem abraços; as pessoas cercadas por geografias simbólicas em seus individualizados ambientes: trancadas em cubos, observando telas retangulares, num círculo vicioso a anunciar uma vida totalmente on line.

1 Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Mestre pela Universidade Federal do Ceará (UFC), Professor de Direito Processual (UFC), Professor Conferencista do Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET) e Juiz de Direito de Vara da Fazenda Pública. Escritor de textos jurídicos e não jurídicos, sua inspiração no campo literário é a trindade lírica formada por Fernando Pessoa, José Saramago e Chico Buarque. @mantovannicolares



O mais incomum para quem vive o magistério seria imaginar a sala de aula convertida naquela ambiência virtual apática. Isso fez o antigo aluno da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará dos anos 1980 transportar seus pensamentos para aquela tranquila década sem telefones celulares com suas redes sociais, computadores e muito menos internet.

Entretanto, coisas estranhas e imprevisíveis também se passavam ali. O aluno recorda o dia em que o professor entrou em sala de aula, em tranquilidade até certo modo incompatível com a disciplina que se anunciava: Direito Penitenciário. Na mente inquieta do aluno, se narraria ali a ambiência das pesadas consequências de quem era condenado por crimes, a mão pesada do Estado punitivo a anunciar as penitências – daí o nome da disciplina – a ser submetidos os que violavam as leis.

Mas esse quadro não se concretizou, porque a surpreendente placidez do professor veio acompanhada de um discurso sobre Direitos Humanos, evolução da sociedade, prisão como algo tão ultrapassado que poderia até mesmo ser identificada como o crepúsculo de uma era. Foi o suficiente para despertar a curiosidade, até porque o professor adiantou que ao final da disciplina haveria a visita a um presídio de verdade.

E assim foi percorrendo o interior daquele ambiente tão estigmatizado, o professor caminhava com a mesma tranquilidade com que falava em sala de aula sobre a necessidade de superação da visão excessivamente punitiva da sociedade ante os delitos. O professor transitava por todos os nichos da penitenciária, cercado por alunas e alunos, os apenas fornecendo informações, relatando suas vidas, as histórias de cada drama pessoal.

Aquele momento tão marcante virou passado, mas o aluno iria se encontrar com o professor muito tempo depois, quando já se tornara profissional, inclusive do magistério, convidado que seria a ministrar palestras na instituição conduzida pelo professor, cuja relevante missão era a de formar e qualificar as procuradoras e os procuradores do Estado do Ceará.

E o convite desaguou em animadas conversas antes e depois dos eventos; descobriam-se sintonizados em gostos comuns como a música, a literatura, a poesia, na certeza de que tudo isso acabava por gerar uma intersecção entre a arte e o Direito, emprestando a visão mais humanista no trato daquela ciência.

O professor, cuja simplicidade já o marcava desde os antigos tempos da Faculdade de Direito, aos poucos revelava seu imenso talento como escritor, palestrante – inclusive em diversos eventos internacionais – e verdadeiro colecionador de palavras, graças ao seu domínio em diversas línguas.

A língua espanhola, em conjugação com o México, parecia apontar uma nítida preferência sentimental do professor, que praticamente adotou aquele país como sua segunda pátria, tantos foram os eventos nos quais ali atuou como expositor, e por conta de publicação de alguns de seus livros em editora daquela Nação.

Por isso mesmo, a frase de destaque que antecede este texto é de Octavio Paz; convém lembrar as preciosas palavras do extraordinário crítico literário Harold Bloom, para quem “[o] poeta mexicano Octavio Paz foi o maior homem das letras, talvez insuperável, do seu país, e foi um dos poucos ganhadores recentes do Prêmio Nobel de Literatura (1990) que emprestou dignidade ao prêmio (José Saramago foi outro)”. (Gênio: os 100 autores mais criativos da história da literatura. Tradução José Roberto O’Shea. Rio de Janeiro: Objetiva, 2003. p. 554).

O aluno – aluno sempre, ex-aluno na atualidade, mas por certo a referência de um mestre permanece – fez questão de destacar a lição de Octavio Paz, porque esse encontro com abraços é o que mais deixa em expectativa os detentores da amizade. Amigos devem ser abraçados, mas com a pandemia decorrente da COVID-19 isso se tornou gesto adormecido.



E para abraçar, lembrando o Poeta, não é preciso um ritual solene com ares de mistério, como se fosse algo inalcançável. Talvez essa seja a lição mais urgente a se colocar em prática com o fim da pandemia que se anuncia, graças ao avanço da ciência na rápida elaboração de vacinas eficazes.

Nesse embalo de expectativa, rabisca-se esta singela homenagem ao professor, por conta da publicação deste E-book Internacional Volume 13, a ele dedicado, com o tema Desenvolvimento Socioambiental e Econômico: o diálogo para um Planeta em crise, coordenado por Jorge Miranda, Carla Amado Gomes e Marta Chantal Ribeiro, com a organização de Bleine Queiroz Caúla e Kamile Moreira Castro.

Bem a propósito, a saudação aqui se mostra naturalmente emotiva. Sem colocar expressamente o nome do homenageado, muito menos seus inúmeros títulos acadêmicos e profissionais, sua larga obra literária, a impressionante quantidade de palestras nacionais e internacionais. Quem tiver curiosidade consulte seu currículo e se espante.

O aluno almeja nestas linhas tão somente dar um abraço no professor, ainda que por meio de palavras. Uma espécie de vislumbre dos muitos abraços que admiradores do professor – e são numericamente surpreendentes! – irão materializar, com a retomada do mundo que conhecemos e para o qual estamos vocacionados: o mundo do afeto.

Lisboa, 19 de julho de 2020.

[Ir para o índice](#)



I. AMBIENTAL

[Ir para o índice](#)



A dimensão ecológica dos Direitos Humanos

The ecological dimension of Human Rights

BRUNO BARBOSA DE OLIVEIRA
GONÇALO NICOLAU CERQUEIRA SOPAS DE MELO BANDEIRA
DEILTON RIBEIRO BRASIL

RESUMO

O presente artigo destina-se a abordar a dimensão ecológica dos direitos humanos na sociedade de risco, sob a perspectiva havida no direito ambiental nos âmbitos constitucional e infraconstitucional. Para tanto, foram tecidas considerações sobre os direitos humanos e suas particularidades juntamente com a proteção legal do meio ambiente e explicações acerca da magnitude do princípio da dignidade da pessoa humana, que se constitui como componente ético e moral que visa a traduzir de forma eficiente a relação existente entre os conceitos apresentados que integram o conteúdo da referida pesquisa. Na elaboração do artigo utilizou-se pesquisa teórico-bibliográfica e procedimento metodológico indutivo.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Direito Ambiental; Dimensionalidade; Dignidade da Pessoa Humana; Sociedade de risco.

[Ir para o índice](#)

ABSTRACT

The present paper aims to address the ecological dimension of human rights in the risk society, from the perspective of environmental law at the constitutional and infraconstitutional levels. In order to achieve this, human rights considerations and their particularities have been taken together with the legal protection of the environment and explanations about the magnitude of the principle of the dignity of the human person, which is an ethical and moral component. Efficient, the relationship between the presented concepts that integrate the content of said research. In the elaboration of the article we used theoretical-bibliographic research and methodological inductive procedure.

Keywords: *Human Rights; Environmental Law; Dimensionality; Dignity of human person; Risk society.*

INTRODUÇÃO

O presente artigo procura enfatizar o estudo da dimensão ecológica dos direitos humanos, suas incidências e efetivações, assim como as implicações concernentes ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Cabe evidenciar que os direitos humanos, no Brasil, foram de fato incorporados, com a edição da Constituição Brasileira de 1988, ao vislumbrar, em seu texto, noções relativas à proteção dos direitos fundamentais. Notadamente, os direitos fundamentais, como os direitos humanos, refletem um arcabouço histórico e cultural, reforçados em seus regramentos.

Os direitos humanos, com suas normas, convenções e princípios, revelam fundamentos que devem ser inseridos nos ordenamentos dos Estados. Essas manifestações existem para a proteção do homem, o que vincula o direito ambiental como categoria emanada dessa vertente de direitos.



Considerando que o direito ambiental visa sistematizar as normas e princípios que regem a relação dos seres vivos com o meio ambiente, importante enfocar que o seu ordenamento depende das necessidades do homem. As necessidades humanas são o combustível para a permanência e atuação desse ramo do direito. Isso pode ser comprovado por meio da promulgação da Constituição Federal de 1988, que prevê garantias e consagra os direitos e princípios ambientais pátrios no artigo 225, assim como a Lei nº 9.605/98 (Lei dos crimes ambientais) e de outros instrumentos legais.

O Direito Ambiental, na classificação dos direitos humanos, dispõe que o meio ambiente pertence à terceira geração de direitos, que são aqueles que traduzem o princípio da fraternidade. Nesse aspecto e sob uma ótica de abrangência, os direitos ambientais afirmam os direitos humanos, dado o vínculo de sua proteção conferida à coletividade.

O enfoque direcionado à dignidade demonstra-se como sendo um ideal de respeito que deve nortear o comportamento humano em relação a qualquer forma de vida. Vislumbra-se também que a noção de dignidade humana é necessária para reconhecer a dimensão ecológica em que o mundo se insere, com todas as suas mazelas, despertando no homem a consciência necessária para a preservação do meio ambiente.

Para o tema em questão adotou-se a pesquisa teórico-bibliográfica, quando se trata da descrição direta e indireta de bibliografias relacionadas à temática caracterizada, associada ao desenvolvimento do assunto tratado. O procedimento metodológico é indutivo, tendo em conta que o pesquisador parte de uma tônica específica para uma concepção geral, aprimorada durante a realização da pesquisa.

Em relação ao procedimento técnico utilizado, enfoca-se uma análise temática, dado o conteúdo exposto que necessita de ser contextualiza-

do ao longo da execução do trabalho científico. Aborda-se também uma análise crítica, uma vez que os apontamentos sugeridos e as propostas desenvolvidas traduzem a percepção científica implementada.

1. DISCUSSÃO

1.1 Dos direitos humanos

A Carta de 1988 institucionaliza a instauração de um regime político democrático no Brasil. Introduz também indiscutível avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais e na proteção de setores vulneráveis da sociedade brasileira. A partir dela, os direitos humanos ganham relevo extraordinário, situando-se a Constituição Federal de 1988 como o documento mais abrangente e pormenorizado sobre os direitos humanos nunca antes adotados no Brasil¹.

A efetivação do Estado democrático de direito, surgida a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, incorpora a implementação dos direitos humanos no Brasil, traduzidos pelos direitos fundamentais nela esboçados, os quais representam parâmetros a serem cumpridos por toda a sociedade.

A consolidação das liberdades fundamentais e das instituições democráticas no País, por sua vez, muda substancialmente a política brasileira de direitos humanos, possibilitando um progresso significativo no reconhecimento de obrigações internacionais nesse âmbito².

1 PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito internacional constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 24.

2 PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito internacional constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 24.



No caso brasileiro, as relevantes transformações internas tiveram acentuada repercussão no plano internacional. Vale dizer, o equacionamento dos direitos humanos no âmbito da ordem jurídica interna serviu como medida de reforço para que a questão dos direitos humanos se impusesse como tema fundamental na agenda do País. Por sua vez, as repercussões decorrentes dessa nova agenda internacional provocaram mudanças no plano interno e no próprio ordenamento jurídico do Estado brasileiro³.

No que se refere à proteção dos direitos das pessoas, tem-se que os “direitos humanos” (internacionais) são mais amplos que os chamados “direitos fundamentais” (internos). Estes últimos, sendo positivados nos ordenamentos jurídicos internos, não têm um campo de aplicação tão extenso quanto o dos direitos humanos, ainda mais quando se leva em conta que nem todos os direitos fundamentais previstos nos textos constitucionais modernos são exercitáveis por todas as pessoas, indistintamente⁴.

Tome-se como exemplo o direito de voto, que não pode ser exercido pelos conscritos durante o período de serviço militar, sem falar nos estrangeiros, em conformidade com o artigo 14, § 2º da Constituição Federal⁵.

Ademais, os direitos humanos, diferentemente dos direitos fundamentais, podem ser vindicados indistintamente por todos os cidadãos do planeta e em quaisquer condições, bastando ocorrer a violação de um direito seu reconhecido em norma internacional aceita pelo Estado em

3 PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito internacional constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 24. p. 24-25.

4 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Editora Método, 2016, p. 28.

5 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União: 05/10/1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 11 jan. 2018.

cuja jurisdição se encontre. Talvez por isso certa parte da doutrina tenha preferido o uso da expressão direitos humanos fundamentais com o intuito de significar a união material da proteção de matiz constitucional com a salvaguarda de cunho internacional desses direitos⁶.

Nesse contexto, os direitos humanos procuram responder ao antigo desafio de como garantir os direitos individuais e sociais da cidadania unindo-os e petrificando-os nas legislações nacionais dos Estados, minimamente, e oferecendo todos os direitos devidos aos seres humanos apenas porque são seres humanos⁷.

Da mesma forma, os direitos humanos possuem normas, convenções, princípios e conceitos elaborados nos tratados e resoluções internacionais com o desiderato comum de proteção do ser humano, do mesmo modo que na esfera processual, mecanismos dotados de base convencional e não convencional, que agem pela sistemática de petições, produção de documentos e perquirições produzidas por organismos internacionais na esfera global ou regional⁸.

É necessário um amadurecimento de consciência e ao mesmo tempo um estímulo para a busca de efetivação dos direitos humanos, pois se deve buscar o avanço dos regimes de proteção aos direitos humanos também por dentro dos Estados, conscientizando as autoridades nacionais e a sociedade civil organizada de seus direitos e deveres derivados

6 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Editora Método, 2016, p. 29.

7 BARUFFI, Helder. **Direitos fundamentais sociais**: estudos em homenagem aos 60 anos da declaração universal dos direitos humanos e aos 20 anos da Constituição Federal. Dourados: UFGD, 2009. p. 40.

8 BARUFFI, Helder. **Direitos fundamentais sociais**: estudos em homenagem aos 60 anos da declaração universal dos direitos humanos e aos 20 anos da Constituição Federal. Dourados: UFGD, 2009. p. 45.



de valores herdados do Iluminismo, do racionalismo, da tolerância e das grandes religiões monoteístas do mundo de modo a combater o obscurantismo derivado de nacionalismos exacerbados, xenofobias, terrorismos e relativismos culturais usados para não aplicar ou justificar as violações aos direitos humanos ao redor do mundo⁹.

A aplicação dos direitos humanos internamente e externamente depende de fatores inerentes às condições de cada Estado. Devem ser considerados fatores intrínsecos à cultura de cada Estado, assim como fatores políticos, econômicos, sociais e, essencialmente, ideológicos.

A expressão “direitos humanos” é normalmente utilizada para se referir aos valores e direitos consagrados em tratados internacionais. Por sua vez, a expressão “direitos fundamentais” é empregada para fazer menção ao mesmo conjunto de direitos, quando inseridos na Constituição Federal. Assim, tecnicamente, não é correto falar sobre tratados de direitos fundamentais ou afirmar que os direitos humanos são assegurados pela constituição. No entanto, tanto a doutrina quanto a jurisprudência nacional, com certa frequência, confundem os dois termos¹⁰.

Com o fim da Segunda Guerra e a *descoberta* do Holocausto pelo mundo ocidental, diversas foram as pressões para que tais fatos nunca mais se repetissem. A explosão da bomba atômica em Hiroshima e Nagasaki fez a humanidade perceber que o próprio homem poderia colocar um fim ao

9 BARUFFI, Helder. **Direitos fundamentais sociais**: estudos em homenagem aos 60 anos da declaração universal dos direitos humanos e aos 20 anos da Constituição Federal. Dourados: UFGD, 2009. p. 56.

10 CASADO FILHO, Napoleão. **Direitos humanos e fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 19.

planeta. Tais fatos vão alterar substancialmente o imaginário humano e, por consequência, a disposição das nações para aceitar acordos¹¹.

O fato é que, nos períodos de guerra, o ser humano tem um profundo abalo psicológico. Afinal, uma das noções básicas da humanidade é o respeito à vida. Na guerra, esse direito à vida é suprimido, havendo autorização expressa para matar. Não por acaso os grandes projetos de paz do mundo (entre eles o manifesto pela Paz Perpétua de Immanuel Kant) surgem na sequência de grandes conflitos. A Organização das Nações Unidas surge neste contexto de anseio pela paz. Seu objetivo principal é o de “preservar as gerações futuras do flagelo da guerra”. E sua forma de atuar foi, sobretudo, *declarar* os direitos que considerava fundamentais e que precisavam ser respeitados por todos os Estados¹².

A adoção e a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, durante realização de Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, na perspectiva de atingir todos os povos e nações, consagraram e elencaram os direitos humanos, a fim de que sejam promovidos e protegidos por todos os Estados.

A Declaração foi criticada como uma reiteração simples e supérflua da proibição da força nas relações internacionais. Ela teria tido algum significado se o rephraseamento tivesse sido feito ao contrário, a partir do direito à proibição, o que não é incomum no campo dos direitos humanos. Assim, por exemplo, o direito à legalidade é traduzido pela proibição de legislação retroativa em assuntos penais; o direito à liberdade pessoal, pela proibição da prisão arbitrária etc. Mas ainda que se entenda a

11 CASADO FILHO, Napoleão. **Direitos humanos e fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 43.

12 CASADO FILHO, Napoleão. **Direitos humanos e fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 43.



proibição como a insinuação de um direito, a Declaração continua pobre: ela não traz uma definição de paz, um registro sobre agressão ou uma referência à lei humanitária, nem aborda o pertinente direito à vida. Por fim, o direito à paz é concebido somente como um direito coletivo, sem nenhuma consideração ao seu possível significado para o indivíduo¹³.

Há que se mencionar uma dimensionalidade mais específica ao se tratar de direitos humanos, qual seja:

A universalidade consiste no reconhecimento de que os direitos humanos são direitos de todos, combatendo a visão estamental de privilégios de uma casta de seres superiores. Por sua vez, a essencialidade implica que os direitos humanos apresentam valores indispensáveis e que todos devem protegê-los. Além disso, os direitos humanos são superiores a demais normas, não se admitindo o sacrifício de um direito essencial para atender as “razões de Estado”; logo, os direitos humanos representam preferências preestabelecidas que, diante de outras normas, devem prevalecer. Finalmente, a reciprocidade é fruto da teia de direitos que une toda a comunidade humana, tanto na titularidade (são direitos de todos) quanto na sujeição passiva: não há só o estabelecimento de deveres de proteção de direitos ao Estado e seus agentes públicos, mas também à coletividade como um todo. Essas quatro ideias tornam os direitos humanos como vetores de uma sociedade humana pautada na igualdade e na ponderação dos interesses de todos (e não somente de alguns)¹⁴.

13 SYMONIDES, Janusz. **Direitos Humanos: novas dimensões e desafios**. Brasília: UNESCO Brasil, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2003. p. 84.

14 RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 25.

Destaca-se também que os direitos humanos têm distintas maneiras, do ponto de vista subjetivo e objetivo. Do ponto de vista subjetivo, a realização dos direitos humanos pode ser da incumbência do Estado ou de um particular (eficácia horizontal dos direitos humanos) ou de ambos, como ocorre com o direito ao meio ambiente (artigo 225 da CF/88, que prevê que a proteção ambiental incumbe ao Estado e à coletividade). Do ponto de vista objetivo, a conduta exigida para o cumprimento dos direitos humanos pode ser ativa (comissiva, realizar determinada ação) ou passiva (omissiva, abster-se de realizar). Há ainda a combinação das duas condutas: o direito à vida acarreta tanto a conduta omissiva quanto a comissiva por parte dos agentes públicos: de um lado, devem se abster de matar (sem justa causa) e, de outro, têm o dever de proteção (de ação) para impedir que outrem viole a vida¹⁵.

Concernente à universalidade dos direitos humanos, todas as pessoas são titulares desses direitos, bastando a condição de ser pessoa humana para poder invocar a proteção desses direitos, tanto no plano interno como no plano internacional, independentemente de sexo, raça, credo religioso, afinidade política, status social, econômico, cultural etc. Dizer que os direitos humanos são universais significa que não requerem outra condição para a sua efetivação além da de ser pessoa humana; significa, em última análise, que não se pode fazer acepção às pessoas, já que todas elas são dotadas da mesma dignidade¹⁶.

Os direitos humanos são executados, portanto, ao serem incorporados e difundidos nas legislações dos Estados. Essa inserção faz com que

15 RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 25.

16 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 32.



esses direitos sejam reforçados, assegurados e difundidos nos ordenamentos internos desses Estados, alcançando, dessa forma, o caráter universal a eles pertinente.

2. DIREITO AMBIENTAL: ABRANGÊNCIA NORMATIVA

Na atual conjuntura, observa-se que a temática envolvendo o meio ambiente alcança uma dimensão cada vez mais ampla. Para tanto, o direito ambiental surge como expressão e reconhecimento da aplicação de institutos legais e parâmetros ideológicos inerentes à boa convivência humana, no tocante à preservação dos recursos naturais.

Assim, pode-se definir o Direito Ambiental como o sistema de normas e princípios que regem as relações dos seres humanos com os elementos que compõem o ambiente natural. Trata-se de um sistema, e não de um conjunto de normas e princípios, porque seus elementos possuem uma lógica que os vincula entre si, o que vai além da simples existência de alguma característica comum. O Direito ambiental é composto de normas, que se perfazem em leis e atos administrativos, mas também por um enquadramento principiológico extenso, difundido em seu estudo¹⁷.

Dessa forma, o Direito Ambiental é um direito sistematizador, que faz a articulação da legislação, da doutrina e da jurisprudência concernentes aos elementos que integram o meio ambiente. Procura evitar o isolamento dos temas ambientais e sua abordagem antagônica. Não se trata mais de construir um Direito das águas, um Direito da atmosfera, um

¹⁷ LEUZINGER, Márcia Dieguez; CUREAU, Sandra. **Direito ambiental**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 1.

Direito do solo, um Direito florestal, um Direito da fauna ou um Direito da biodiversidade. O Direito Ambiental não ignora o que cada matéria tem de específico, mas busca interligar esses temas com a argamassa da identidade dos instrumentos jurídicos de prevenção e de reparação, de informação, de monitoramento e de participação¹⁸.

O fato que se encontra, ao se tratar de meio ambiente, bem como seu regramento, é a própria vida humana, que necessita de recursos ambientais para a sua reprodução, a excessiva utilização dos recursos naturais, o agravamento da poluição de origem industrial e tantas outras mazelas causadas pelo crescimento econômico desordenado, que fizeram com que tal realidade ganhasse repercussão extraordinária no mundo normativo do dever ser, refletindo-se na norma elaborada com a necessidade de estabelecer novos comandos e regras aptos a dar, de forma sistemática e orgânica, um novo e adequado tratamento ao fenômeno da deterioração do meio ambiente. O valor que sustenta a norma ambiental é o reflexo no mundo ético das preocupações com a própria necessidade de sobrevivência do Ser Humano e da manutenção das qualidades de salubridade do meio ambiente, com a conservação das espécies, a proteção das águas, do solo, das florestas, do ar e, enfim, de tudo aquilo que é essencial para a vida, isso para não falar da crescente valorização da vida de animais selvagens e domésticos¹⁹.

A Constituição de 1988 representou um marco para consagrar os direitos relativos ao meio ambiente, bem como sua proteção. Para tanto, diversas posições doutrinárias refletem essa relevância no cenário políti-

18 MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 58-59.

19 ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 5.



co, econômico, ideológico e social brasileiro, os quais possibilitaram que esse avanço na legislação fosse alcançado.

Daí por que a Constituição Federal de 1988 consagrou de forma nova e importante a existência de um bem que não possui características de bem público e, muito menos, privado, voltado à realidade do século XXI, das sociedades de massa, caracterizada por um crescimento desordenado e brutal adiantamento tecnológico. Assim sendo, a Constituição Federal estruturou uma composição para a tutela dos valores ambientais, reconhecendo-lhes características próprias, desvinculadas do instituto da posse e da propriedade, consagrando uma nova concepção ligada a direitos que muitas vezes transcendem a tradicional ideia dos direitos ortodoxos: os chamados direitos difusos²⁰.

Nesse raciocínio, a Constituição Federal de 1988 possui capítulo específico sobre a matéria de direito ambiental, demonstrando, assim, a importância que o tema assumiu no cotidiano. A redação do artigo 225 da Constituição Federal demonstra que o meio ambiente é um bem jurídico, conceituando-o como qualquer bem que, por seu valor e interesse ao mundo jurídico, mereça a proteção necessária para garantir a sua existência. Esse bem jurídico não é exclusivo, nem superior aos demais. Existe um relacionamento com os demais, também merecedores de dispositivos no texto constitucional. A partir de uma compatibilização de todos é que se poderá ter um correto entendimento do que seja o direito ao meio ambiente e dos demais (exemplo: vida, propriedade, saúde, livre iniciativa, educação etc.), por meio da interpretação sistemática dos textos de lei, pelo menos de toda a Constituição²¹.

20 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 62.

21 MORAES, Luís Carlos Silva de. **Curso de direito ambiental**. São Paulo: Atlas, 2006.

A concretude do Direito Ambiental é uma questão muito séria, eis que está em jogo não só a sobrevivência física, com qualidade, da espécie humana como de todo planeta. O Direito deve atuar harmoniosamente com as demais ciências ambientais, de modo a respaldar diante da sociedade a aplicação de técnicas e modos de vida mais aceitáveis, menos impactantes, que garantam a sustentabilidade da vida na Terra. Caso contrário, ter-se-ão normas jurídicas meramente formais, inócuas ou mesmo inaplicáveis²².

3. AS IMPLICAÇÕES DOS DIREITOS HUMANOS NO DIREITO AMBIENTAL

Os direitos de terceira geração são os que se assentam no princípio da fraternidade, deles fazendo parte, entre outros, o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade. Tais direitos foram fortemente influenciados pela temática ambiental, nascida no mundo a partir da década de 1960, estendendo-se, depois, para outras áreas. Se no plano do direito constitucional tais direitos já se estabeleceram no que tange à órbita internacional, percebe-se que apenas recentemente os documentos internacionais começaram a prever alguns desses direitos. Dentre eles, destaque-se novamente o direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, hoje consagrado tanto nos documentos internos (Constituições) como nos de índole internacional (tratado de direitos humanos)²³.

A característica fundamental dos direitos difusos é a indeterminabilidade dos titulares, ao contrário dos direitos coletivos em sentido estrito.

22 PHILIPPI JÚNIOR, Arlindo; CAFFÉ ALVES, Alaôr. **Curso interdisciplinar de direito ambiental**. Barueri, São Paulo: Manole, 2005.

23 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Foyense: São Paulo: Método, 2016. p. 53.



to, cujos titulares são determinados ou determináveis justamente pela vinculação a uma relação jurídica base. Como exemplo de direito difuso de titularidade indeterminada (toda a coletividade social), o Supremo Tribunal Federal reconheceu que o direito à integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social²⁴.

A questão ambiental, assim como todas as suas projeções, conteúdos e manifestações, deve ser difundida e propagada à coletividade, no decorrer do tempo, visando assegurar às gerações futuras uma melhor qualidade de vida. Dessa forma, o propósito de se alcançar e despertar a consciência ecológica, como interesse da humanidade, acarretará a proteção do meio ambiente e promoverá aptidões para a sua consolidação.

Da mesma forma, garantir uma vida adequada e íntegra para todos os seres vivos é, em essência, o significado do direito ambiental como satisfação de um direito humano. Nesse aspecto, a fim de que sejam firmadas as condições devidas para incrementar essa garantia, mister se faz observar que a implementação de políticas deverá nortear os interesses da sociedade. Políticas que prevejam a proteção do meio ambiente e de todos os seus componentes, uma vez efetivadas, propiciarão a sustentabilidade do planeta, a saúde e o estímulo à diversidade ecológica, todos em proveito da vida.

24 RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 63.

4. A DIMENSÃO ECOLÓGICA DA DIGNIDADE HUMANA SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS

Sem dúvida, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser dotado de suficiente elasticidade para que possa dar conta da sua tarefa monumental, pois possui dimensão ontológica, ligada ao valor intrínseco da pessoa, e à dimensão intersubjetiva, que se conecta às relações sociais em que o indivíduo se insere, que devem se nortear pelo reconhecimento recíproco de direitos e deveres. Esse princípio envolve tanto limites quanto tarefas para o Estado e para a sociedade, cumulando, portanto, a função defensiva e a função prestacional²⁵.

No ordenamento constitucional brasileiro há direitos fundamentais relacionados a cada um desses componentes – alguns se conectam simultaneamente a vários deles. Mas, com exceção da igualdade, integralmente contida no próprio princípio da isonomia (artigo 5º, *caput*, CF), os demais elementos são tutelados apenas parcialmente, de modo fragmentário, pelos direitos fundamentais e princípios enumerados pela Constituição²⁶.

Sob o ponto de vista normativo, o princípio da dignidade tem campo de incidência extremamente amplo, vincula o Estado e os particulares e envolve prestações positivas e negativas. Ele desempenha múltiplas funções em nosso ordenamento: é fundamento moral do Estado e do Direito, diretriz hermenêutica de todo o sistema jurídico, norte para a ponderação de interesses, parâmetro de validade dos atos estatais e privados, limite

25 SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 89.

26 SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 92-93.



para o exercício de direitos, critério para a identificação de direitos fundamentais e fonte de direitos não enumerados pela Constituição. A dignidade humana é assegurada através dos direitos positivados na Constituição, mas também por meio da incidência direta do princípio em questão sobre a ordem jurídica e relações sociais. Esse princípio não possui natureza absoluta, sujeitando-se também a eventuais restrições e ponderações²⁷.

A dignidade da pessoa humana alcança seus fundamentos ao prover a igualdade e o exercício dos direitos esculpidos na Constituição Federal. Reflete, ainda, a responsabilidade que deverá advir de sua imposição, através de seu conteúdo ético e moral.

Também deve ser incluída uma dimensão ecológica (ou socioambiental) da dignidade humana, a qual se restringe apenas a uma dimensão biológica ou física, mas contempla a qualidade do ambiente em que a vida humana se desenvolve. É importante conferir um destaque especial para as interações entre a dimensão natural ou biológica da dignidade humana e a sua dimensão ecológica (ou ambiental), a qual objetiva ampliar o conteúdo da dignidade para um padrão de qualidade e segurança ambiental (e não apenas de existência ou sobrevivência biológica), não obstante muitas vezes estar em jogo a própria existência natural da espécie humana nas questões postas pelos problemas ecológicos, e não apenas um nível de vida com qualidade ambiental²⁸.

27 SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 99-99.

28 FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do meio ambiente**: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 34-35.

Nesse sentido, há ainda uma lógica evolutiva nas dimensões da dignidade humana que podem ser compreendidas a partir de uma perspectiva histórica da evolução dos direitos fundamentais, já que esses simbolizam a própria materialização da dignidade humana em cada etapa histórica. Assim como outrora os direitos liberais e os direitos sociais formatavam o conteúdo da dignidade humana, hoje também os direitos de solidariedade, como é o caso especialmente da qualidade ambiental, passam a conformar o conteúdo da dignidade humana, ampliando o seu âmbito de proteção. Daí falar-se em uma nova dimensão ecológica para a dignidade humana, em vista especialmente dos novos desafios existenciais de índole ambiental a que está submetida a existência humana no mundo “de riscos” contemporâneo²⁹.

Por tais razões, o conceito jurídico de dignidade humana deve servir de moldura conceitual-normativa (aberta) e ponto de partida para pensar (e reformular) o referido conceito em face dos novos desafios existenciais impostos pela degradação ambiental (mas também em vista da evolução cultural e dos novos valores socioambientais legitimados no âmbito comunitário), consagrando-se a sua dimensão ecológica. A reflexão acerca do valor dignidade extrapolará a dimensão propriamente humana, bem como o espaço temporal presente, questionando-se sobre a possibilidade de atribuição de dignidade às gerações humanas futuras e mesmo a outras formas de vida³⁰.

29 FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do meio ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental de direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 35.

30 FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do meio ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental de direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 35.



Lecionam Caúla, Correa e Oliveira³¹

O meio ambiente ecologicamente equilibrado é um bem que, sob a ótica jurídica, carece de ser protegido. Cuida-se de temática cuja negligência resultará em consequências trágicas para o desenvolvimento em suas distintas dimensões: humana, econômica e ambiental. Com o fim de prevenção, o resguardo desse bem é considerado um direito fundamental pela sua essencialidade que possui à digna sobrevivência humana, dentre outros motivos.

Para tanto, a Constituição Federal brasileira, no seu artigo 225, § 1º, VII, enuncia de forma expressa a vedação de práticas que “provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade”, o que sinaliza o reconhecimento, por parte do constituinte, do valor inerente a outras formas de vida não-humanas, protegendo-as, inclusive, contra a ação humana³².

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cumprido destacar que os direitos humanos revelam paradigmas inerentes à proteção do homem. Em busca de sua efetividade, os Estados buscam aprimorar esses paradigmas à repercussão que possam despertar no

31 CAÚLA, Bleine Queiroz; CORREA, Nicole de Almeida; OLIVEIRA, Sócrates Costa. Considerações sobre tributação ambiental no Brasil: uma garantia ao direito fundamental ao meio ambiente? In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz *et. al.* (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. v. 7. Palmas: TJTO, 2017. p. 37.

32 CAÚLA, Bleine Queiroz; CORREA, Nicole de Almeida; OLIVEIRA, Sócrates Costa. Considerações sobre tributação ambiental no Brasil: uma garantia ao direito fundamental ao meio ambiente? In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz *et. al.* (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. v. 7. Palmas: TJTO, 2017. p. 49-50.

seio social. À sociedade cabe o despertar de uma consciência que promova os valores comuns, difundidos com maestria por esses direitos.

O direito ambiental, reconhecido interna e externamente, esculpido como valor pátrio esboçado na Constituição Federal, compreende um direito fundamental. Relaciona-se, conseqüentemente, a um dos Direitos Humanos, uma vez que se estreita diretamente à qualidade de vida das pessoas.

O propósito de se relacionar os direitos humanos e suas implicações no direito ambiental traduz e consagra o vínculo havido entre Direitos Humanos e Meio Ambiente, posto que este último é previsto de forma expressa no texto constitucional e se estabelece como direito fundamental e atinente a toda uma coletividade.

Por outro turno, dimensionar ecologicamente os direitos humanos denota a importância de se despertar a conscientização e a sensibilização para com todas as formas de vida. Uma vez considerados esses aspectos, cabe ainda determinar que a qualidade de vida no planeta só será alcançada quando puder atingir e integrar a dignidade humana como parâmetro motriz.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BARUFFI, Helder. **Direitos fundamentais sociais**: estudos em homenagem aos 60 anos da declaração universal dos direitos humanos e aos 20 anos da Constituição Federal. Dourados, MS: UFGD, 2009.



BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 21 jul. 2019.

CASADO FILHO, Napoleão. **Direitos humanos e fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAÚLA, Bleine Queiroz; CORREA, Nicole de Almeida; OLIVEIRA, Sócrates Costa. Considerações sobre tributação ambiental no Brasil: uma garantia ao direito fundamental ao meio ambiente? *In*: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz *et. al.* **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. v. 7. Palmas: TJTO, 2017. p. 35-56.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do meio ambiente**: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

LEUZINGER, Márcia Dieguez; CUREAU, Sandra. **Direito ambiental**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 22. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

Ir para o índice

MORAES, Luís Carlos Silva de. **Curso de direito ambiental**. 2. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2006.

PHILIPPI JÚNIOR, Arlindo; CAFFÉ ALVES, Alaôr. **Curso interdisciplinar de direito ambiental**. Barueri, São Paulo: Manole, 2005.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito internacional constitucional**. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SYMONIDES, Janusz. **Direitos Humanos**: novas dimensões e desafios. Brasília: UNESCO Brasil, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2003.



Responsabilidade do administrador de órgão público por descumprimento de tutelas específicas de obrigações na esfera ambiental ¹

Liability of the public body manager for deception of judicial specific obligations in the environmental matters

FERNANDO MARQUES KHADDOUR
MAGNO FEDERICI GOMES

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo abordar a possibilidade, ou não, de se responsabilizar pessoalmente, de maneira civil ou criminal, o administrador de órgão público, devido ao não cumprimento de uma ordem judicial, prévia judicialização de políticas, inclusive ambientais. Na realização desta pesquisa, foi utilizado o método teórico-documental e o raciocínio dedutivo, com técnica de pesquisa biblio-

¹ Trabalho financiado pelo Edital n.º 05/2016 (Projeto n.º FIP 2016/11173-S2) do FIP/PUC MINAS, resultante dos Grupos de Pesquisas (CNPQ): REGA, NEGESP e CEDIS (FCT-PT).

[Ir para o índice](#)

gráfica e de jurisprudência. Após a análise da possibilidade de aplicação do instituto da improbidade administrativa e do crime de desobediência de forma pessoal ao representante legal da Fazenda Pública, passando pelos institutos do *contempt of court* e da prisão civil, concluiu-se que a inobservância de um preceito fundamental, mesmo que para atingir ou garantir outro direito fundamental, acaba por violar a essência do Estado Democrático de Direito.

Palavras-Chave: Criminalização. Judicialização. Desobediência. *Contempt of court*. Questões ambientais.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to discuss whether or not the public body administrator is personally responsible, in civil or criminal terms, for failing to comply with a judicial order, before the intervention of the Judiciary in the public policies, including in environmental matters. In the accomplishment of this research, was used the theoretical-documentary method and the deductive reasoning, with technique of bibliographical research and jurisprudence. After analyzing the possibility of applying the institute of administrative impropriety and the crime of disobedience in a personal way to the legal representative of the Public Power, through the institutes of the contempt of court and the civil prison, it was concluded that failure to observe a fundamental precept, even if to achieve or guarantee another fundamental right, it ends up violating the essence of the Democratic State of Law.

Keywords: Criminalization 1. Judicialization 2. Disobedience 3. Contempt Of Court 4. Environmental Matters 5.



INTRODUÇÃO

Hoje, em tempos de crise², com tantos casos de corrupção, com situações onde é clara a luta pelo poder, onde as pessoas, a qualquer preço, querem “defender o seu”, passando por cima de tudo e de todos³, a classe que mais sofre é a da população carente, carente de recursos, carente de oportunidades, carente do piso mínimo existencial, carente do direito à vida⁴.

Diante disso, muito tem se falado no fato do Poder Judiciário interferir em assuntos que deveriam ser realizados por outros Órgãos do Estado, os Poderes Legislativo e Executivo. Ocorre que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) aumentou a autonomia do Poder Judiciário e o colocou como seu guardião. Assim, é importante a análise da validade de tal fato e até que ponto pode o Estado-Juiz utilizar desta prerrogativa, ou seja, se mesmo atuando em prol de algo importante existe limite para esta atuação.

O problema que se pretende responder é se o Juiz, ao determinar liminarmente a prática de uma política pública, seja ela ambiental ou não, pode responsabilizar pessoalmente o servidor, administrador do Estado ou Município, no caso de descumprimento da ordem, e determinar sua prisão, seja através de mecanismos criminalizadores ou não (criminal ou cível), como é apontado no instituto do *contempt of court*.

2 Talvez a real crise seja a moral, em que as pessoas só olham para o próprio umbigo, cuja maioria é egocêntrica.

3 Chacina de Unai; Petrolão; Mensalão; anões do orçamento; etc.

4 Apesar de toda a população estar sofrendo esta crise, aponta-se a mais carente economicamente como a mais sancionada por ela.

O objetivo é analisar as sanções cabíveis ao servidor público pelo descumprimento de tutelas específicas de obrigações impostas em decisões judiciais desfavoráveis às Fazendas Públicas, em contraposição à sustentabilidade e à justiça socioambiental.

Na realização desta pesquisa, foram utilizados o método teórico-documental e o raciocínio dedutivo, com técnica de pesquisa bibliográfica e de jurisprudência, na qual foi necessário, em um primeiro tópico, analisar a própria intervenção do Poder Judiciário na realização de direitos fundamentais e sociais. Em um próximo apartado, foram discutidos os meios que o Estado-Juiz se utiliza para fazer, ou convencer alguém, a cumprir suas ordens, sendo necessária a análise de um caso concreto, o que foi feito em seguida.

Dentro desse diapasão, foi indispensável o estudo das questões de necessidade e possibilidade na realização das políticas públicas, assim como uma análise do devido processo legal em face da criminalização pessoal de agente público.

Tratou-se da questão da possibilidade ou incompatibilidade no desrespeito a um direito fundamental para realização de outro direito fundamental, com a prisão de alguém para cumprimento de ato de responsabilidade do Estado ou Município e, por fim, estudaram-se os institutos da sustentabilidade e do *contempt of court*.

Toda a pesquisa tem por pano de fundo averiguar o desrespeito à CF/88 e corolário a observância e manutenção do Estado Democrático de Direito e, por isso, se justifica.



1. A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO: OBSERVÂNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SOCIAIS

Hoje, pós CF/88, cada vez mais tem se acentuado a intervenção do Poder Judiciário em determinar a realização ou cumprimento de políticas públicas. Tal intervenção, diante de um primeiro olhar mais atento, parece macular a separação dos poderes consagrados no art. 2º desta mesma CF/88, conforme difundido inicialmente por filósofos como Aristóteles, Montesquieu e Locke. Certo é que os poderes são separados e independentes para se garantir que não haja arbitrariedade, tratando-se de requisito para uma democracia, evitando assim a concentração de poder.

Ocorre que com a CF/88 vieram também os direitos fundamentais, não que nunca tivessem existido em Constituições anteriores, porém vêm com um viés de constituição cidadã, atribuindo direitos a todos os cidadãos em comum, de todas as classes sociais, tendo por finalidade assinalar as condições mínimas com as quais cada ser humano tenha possibilidade de uma vida plena e sadia.

Corolário disso é que, com a CF/88, diferente das Constituições anteriores, o Estado-Juiz passou a ter mais poderes na intervenção de políticas públicas, como garantidor de direitos sociais e/ou fundamentais, já que, conforme aponta Zaneti Júnior, a CF/88 prevê deveres sociais que por força dessa mesma norma têm que ser colocada em prática. Leia-se:

Além disto, a Constituição de 1988 estabelece deveres fundamentais ligados às políticas públicas, (v.g., saúde, educação, segurança pública e meio ambiente). Essa especial categoria de direitos subjetivos caracteriza-se por ser exercida *no interesse e benefício de terceiros especialmente determinados pela norma e/ou da própria coletividade,*

[Ir para o índice](#)

rompendo o círculo individualista dos direitos subjetivos clássicos, voltados unicamente para o interesse do titular⁵.

Nesse viés, devido à falta de efetividade na aplicação dos direitos fundamentais previstos pela CF/88 pela Administração Pública, já que na prática tem razão Alexy ao dizer que “toda teoria dos direitos fundamentais realmente existente consegue ser apenas uma aproximação desse ideal”⁶, ainda que seja esta falta de efetividade devido a argumentos como reserva do possível ou possibilidade, mínimo existencial ou necessidade, entre outros, certo é que deságua na inaplicabilidade das políticas públicas e dos direitos fundamentais. Não é sem motivo que Boaventura de Sousa Santos, afirmou o seguinte:

A nova fase do constitucionalismo que hoje se vive no continente latino-americano – que se iniciou com Constituição brasileira de 1988, prolongou-se na Constituição de 1991 da Colômbia e que agora tem um novo alcance com as novas Constituições da Bolívia, do Equador e da Venezuela – concede força constitucional a um novo catálogo de direitos sociais que a hipocrisia e a falta de vontade política dos governantes não tem, até ao momento, tornado efetivo⁷.

Devido, justamente a essa falta de efetividade, e da necessidade de se

5 ZANETI JÚNIOR, Hermes. A teoria da separação de poderes e o Estado democrático constitucional: funções de governo e funções de garantia. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 36.

6 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 39.

7 SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 16.



fazer valer as prerrogativas constitucionais, tendo o Estado-juiz maior autonomia, como protetor da CF/88, e o Brasil, pretendendo ser uma nação ou sociedade democrática, com todas as suas previsões garantidoras, se faz necessária a obrigatoriedade, por meio de uma ordem⁸, para a realização das garantias fundamentais através das políticas públicas, como se segue:

Ademais, a constitucionalização de ampla gama de direitos individuais e supraindividuais, além da ampliação da relação de matérias que não podem ser objeto de decisão política, alargou enormemente sua área de atuação. Em decorrência, o Judiciário – como intérprete da Constituição e das leis, imbuído da responsabilidade de resguardar os direitos e de assegurar o respeito ao ordenamento jurídico – foi alçado a uma posição de primeira grandeza.

Em tese, não há decisão, quer proferida pelo Executivo, quer aprovada pelo Legislativo, que não passível de aprovação judicial. Dessa forma, o Poder Judiciário constituiu-se em um ator com capacidade de provocar impacto significativo no embate político, na elaboração de políticas públicas, bem como na sua execução.

Do ponto de vista dos direitos, a Constituição de 1988 consagra duas mudanças fundamentais: de um lado, reconhece, além dos direitos individuais, os denominados direitos sociais, como o direito ao trabalho, à moradia, à educação, à saúde, à Previdência Social; de outro, fortalece os mecanismos de tutela de direitos. Essas inova-

8 Provimento judicial ou decisão judicial.

ções podem ser consideradas um ponto de inflexão na história nacional, uma vez que tanto os novos direitos como os mecanismos para a sua tutela evocam a exigência de atuação estatal⁹.

Devido a todos esses fatores, fica claro que “o sistema de proteção dos direitos fundamentais concretiza-se na sua viabilização em sede jurisdicional”¹⁰, caso contrário toda a letra da lei estaria fadada ao simples discurso jurídico e ao insucesso.

Entretanto, parte da doutrina defende a inclusão do direito à saúde dentro do máximo social, ou seja, sujeitam sua realização à reserva do possível, como aplicável aos direitos sociais. Conforme esse entendimento, os direitos sociais, econômicos e culturais estão limitados pela dependência de recursos econômicos orçamentários e sua realização está limitada por eles. Como exemplo pode-se citar Perez Luño¹¹, ao afirmar que os direitos sociais não são como os direitos civis e políticos que se inserem no mínimo existencial. Ao contrário, eles se encontram na ideia de justiça social. Portanto, obedecem à reserva do possível e não podem ser confundidos com os direitos de liberdade. Esse pensamento é corroborado por Canotilho e Moreira¹², quando explicitam que a efetivação dos direitos sociais, assim como dos direitos econômicos e culturais, se restringe por recursos econômicos, evidenciando

9 SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 15.

10 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional**: aspectos contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 53.

11 PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos**: estado de derecho y constitución. Madrid: Tecnos, 1984. p. 83.

12 CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra editora, 1991. p. 131.



seu posicionamento quanto à aplicação da teoria da reserva do possível em relação aos direitos sociais. Ao prezar pela compreensão de que o direito à saúde está inserido no mínimo social, cumpre oportunamente levantar o papel do Estado e qual sua responsabilidade frente às demandas da sociedade.

Ocorre que determinar a efetivação de políticas públicas, por ser imperativo constitucional, por se tratar de direito fundamental, é necessário e importante. Porém, na determinação da realização de um procedimento, v.g., entrega de medicamento, a ameaça de criminalização, ou de prisão cível, de um servidor público por desobediência a tal comando é constitucional? Estaria o Magistrado indo além de seu poder de determinação? Poderia um funcionário público ser responsabilizado pessoalmente pelo descumprimento de uma ordem judicial ao órgão público?

Essas questões devem ser solucionadas, pois é corolário ao Estado Democrático.

2. A UTILIZAÇÃO DE MEDIDAS COERCITIVAS PELO PODER JUDICIÁRIO PARA SE ATINGIR UM OBJETIVO: A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

É de senso comum o fato do Poder Judiciário se utilizar de medidas coercitivas para atingir um objetivo. Conforme leciona Hill, ninguém, nenhum homem, faz nada que não seja de seu interesse, pois em suas palavras, “o triunfo, é principalmente o produto de negociações harmoniosas e hábeis com outras pessoas. De modo geral, o homem que sabe levar os outros a ‘fazer’ o que ele deseja conseguirá triunfar em qualquer parte”¹³, a menos que seja por meio da força.

¹³ HILL, Napoleon. **A lei do triunfo**. 33. ed. Tradução de Fernando Tude de Souza. Rio de Janeiro: José Olympio, 2011. p. 569.

Nesse sentido, é notório que o Poder Judiciário tem o viés coercitivo, por meio de punições que vão desde feridas econômicas (tais como multas, apreensões, bloqueios, penhoras), a feridas físicas (como é o caso da prisão), no sentido de obrigar alguém a fazer alguma coisa. Como aponta Roxin, ao falar do Direito penal, o qual, através do Poder Judiciário, causa dor aos que lhe desobedecem:

Ela submete numerosos cidadãos, nem sempre culpados, a medidas persecutórias extremamente graves do ponto de vista social e psíquico. Ela estigmatiza o condenado e o leva à desclassificação e à exclusão social, conseqüências que não podem ser desejadas num Estado Social de Direito, o qual tem por fim a integração e a redução de discriminações¹⁴.

Não é por menos que Dworkin lecionou que o Juiz Learned Hand (mão sábia), seu mentor, tinha maior temor de uma demanda judicial que da morte ou do fisco. Leia-se:

É importante o modo como os juízes decidem os casos. É muito importante para as pessoas sem sorte, litigiosas, más ou santas o bastante para se verem diante do tribunal. Learned Hand, que foi um dos melhores e mais famosos juízes dos Estados Unidos, dizia ter mais medo de um processo judicial que da morte ou dos impostos. Os processos criminais são os mais temidos de todos, e também os mais fascinantes para o público. Mas os processos civis, nos quais uma pessoa pede que outra a indenize ou ampare por causa de algum dano causado no passado ou

14 ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 02.



ameaça de dano, têm às vezes consequências muito mais amplas que a maioria dos processos criminais¹⁵.

Assim, o Poder Judiciário se utiliza desses expedientes para obrigar alguém a fazer algo ou deixar de fazer algo, pois caso contrário terá uma punição.

Certo é que, até o momento, não foi descoberto outro modo de se conseguir o cumprimento de uma determinação judicial, pelo menos de uma forma que não seja a espontaneidade de quem tem a obrigação.

Também é imprescindível a garantia, ainda que precária, de eficácia dos direitos fundamentais que, como dito, deixam de ser observados na prática (v.g. art. 225 da CF/88), e deve o juiz social, conforme Bonavides, ainda que coercitivamente, fazer valer tais direitos sociais. Leia-se:

Os direitos fundamentais são a sintaxe da liberdade nas Constituições. Com eles, o constitucionalismo do século XX logrou a sua posição mais consistente, mais nítida, mais característica. Em razão disso, faz-se mister introduzir talvez, nesse espaço teórico, o conceito de juiz social, enquanto o consectário derradeiro de uma teoria material da Constituição, e sobretudo da legitimidade do Estado social e seus postulados de justiça, inspirados na universalidade, eficácia e aplicação imediata dos direitos fundamentais. Coroam-se, assim, os valores da pessoa humana no seu mais elevado grau de juridicidade e se estabelece o primado do Homem no seio da ordem jurídica, enquanto titular e destinatário, em última instância, de todas as regras do poder¹⁶.

15 DWORIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 03.

16 BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 540.

Por outro lado, ante a complexidade das relações sociais e humanas, onde não se pode engessar os entendimentos devido à relativização das situações que favorecem “a criação de uma série de limitações que, em certos momentos e em determinados lugares, são de tal modo numerosas e frequentes que chegam a afetar seriamente a própria liberdade humana”¹⁷, até que ponto essa coerção, para se fazer valer um direito fundamental, é legítima ou legal. Será que dentro de um ato judicial, ainda que com o viés de se cumprir um preceito constitucional, com a melhor das intenções (como o diz o ditado: de boas intenções o inferno está cheio), estaria havendo um abuso? Uma arbitrariedade?

3. DAS DECISÕES QUE DETERMINAM LIMINARMENTE OBRIGAÇÃO DE FAZER

Face ao exposto, se faz mister um exemplo prático, conforme a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG), que se segue:

Ementa: MANDADO SEGURANÇA - MEDICAMENTOS - DIREITO À SAÚDE - DEVER DO MUNICÍPIO, NA CONDIÇÃO DE GESTOR DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - LEI N.º 8.080/90 - ILEGITIMIDADE PASSIVA AFASTADA - FORNECIMENTO DO MEDICAMENTO DEVIDO - MULTA COMINATÓRIA - MANDADO DE SEGURANÇA - DESCUMPRIMENTO - CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. É dever do Município, na condição de gestor do Sistema Único de Saúde, zelar pela saúde dos

¹⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 09.



necessitados, oferecendo tratamento adequado a saúde e vida dos pacientes, fazendo-se desnecessária a intervenção do gestor estadual do SUS na lide, nos termos do art. 7º, inciso IX, e art. 9º, inciso III, da Lei n.º 8.080/90. O direito à saúde deve ser garantido pelo Estado de forma irrestrita, com a disponibilização dos recursos que se fizerem necessários ao tratamento da moléstia de que padece a parte, incluindo internações, cirurgias e o fornecimento de medicamentos prescritos. A sentença do mandado de segurança deve ser cumprida imediatamente e a demora injustificada da autoridade administrativa em fazê-lo implicará na responsabilização pessoal da mesma, tanto cível quanto penal, e, assim, pela própria natureza do procedimento eleito, desnecessária a fixação de “astreinte”¹⁸.

Conforme se observa, foi determinado a um Município, por meio de um mandado de segurança, a entrega de medicamento a um paciente, sob pena de responsabilização pessoal da autoridade administrativa, tanto na esfera cível quanto penal.

Observa-se que o Estado também foi incluído na lide, porém a decisão do mandado de segurança o isentou da responsabilidade, fato que, corolário, isentou a responsabilidade pessoal da autoridade administrativa estadual, colocando toda a carga sobre o administrador do Município.

Ocorre que a sentença, principalmente por se tratar de liminar em mandado de segurança, deixou de observar alguns fatores, como o orçamento do Município e a reserva do possível, que segundo Canela Júnior:

18 MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n.º 1.0694.08.045289-9/001. Rel. Des. Teresa Cristina da Cunha Peixoto, Belo Horizonte, 29 jan. 2009. **Diário do Judiciário eletrônico**, Belo Horizonte, 13 mar. 2009. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 21 jul. 2017.

Um dos argumentos mais utilizados para justificar a inação da atividade jurisdicional no controle de políticas públicas é a insuficiência atual de recursos públicos para a satisfação do provimento jurisdicional. Afirma-se, em geral, que os direitos sociais demandam enormes investimentos públicos, de forma que a interferência do Poder Judiciário no orçamento, para a respectiva satisfação, poderia inviabilizar economicamente o funcionamento do próprio Estado.

Assim é que se condiciona a concessão de direitos sociais à prévia dotação orçamentária do erário público, invocando-se como argumento de referência a teoria da “reserva do possível”¹⁹.

Certo é que esse argumento, “reserva do possível”, pode ser realmente um argumento para justificar a inação, impedindo a ação do Poder Judiciário, como pode ser um fato, uma realidade, em determinado Estado ou Município, tratando-se até, e porque não, de um Estado falido, sem recursos para adquirir um medicamento, como determinado em tal decisão, em que o não cumprimento vai gerar uma responsabilização pessoal do administrador.

Observa-se que, no caso apresentado, trata-se de um mandado de segurança, com uma ordem exaurida por meio de liminar, *inaudita altera parte*, sem o juiz saber da questão relativa à reserva do possível, ou outra questão qualquer que poderia impedir, sem subterfúgios, a realização da determinação judicial, de tal forma que a autoridade administrativa

19 CANELA JUNIOR, Osvaldo. O orçamento e a reserva do possível dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 225.



sequer teve chance de demonstrar a real situação do Ente público e de seus problemas, caso existissem.

Importante frisar que o mandado de segurança, que tem como provimento uma liminar, trata-se de procedimento reconhecido por Lei, porém, no caso apontado pode ser arbitrário²⁰, e deixa de observar o devido processo legal, procedimento concernente a um Estado Democrático de Direito, em sua acepção mais remota, conforme salientado por Ribeiro, nos seguintes termos:

A origem remota está na Magna Carta de 1215, que João Sem Terra foi compelido a conceder aos barões. Ela assegurava, em seu art. 39, que nenhum homem livre teria sacrificada sua liberdade ou sua propriedade, salvo na conformidade com a lei da terra (*Law of the land*). Tratava-se de uma garantia contra o arbítrio real e a consagração de um julgamento segundo as leis do país, de acordo com o costume assentado nas decisões proferidas pelos pares, as quais exprimiam o *Common Law*²¹.

Além do devido processo legal, é importante frisar o fato do Poder Judiciário, com os contornos de seu exercício, dados pela CF/88, por intermédio do Juiz, não ter a discricionariedade do gestor público, sendo obrigado a observar a legalidade de suas decisões, ainda que tenha uma intenção nobre.

20 Aponta-se como arbitrária a ameaça de responsabilização pessoal sem uma defesa, não a determinação em si de realização de um ato, sem entrar no mérito de ser legal ou ilegal, legítima ou ilegítima, possível ou não.

21 RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves. **Práticas processuais penais**: uma contribuição para a adequação constitucional da persecução penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 27.

Abel, ao analisar a crítica de Dworkin ao positivismo, assim escreve:

O juiz, ao contrário do gestor público, não desfruta de discricionariedade de caráter político-programático, a menos que se entenda que os juízes ingressam na magistratura tão somente para realizar uma agenda ideológica particular, e não para atuarem como técnicos, operadores e estudiosos (ou seja, intérpretes qualificados) do Direito, comprometidos com o ordenamento jurídico que rege a vida em sociedade, e não com suas opiniões pessoais e juízos prévios.

Dito de outro modo: o gestor público assume o poder com o propósito declarado de dar início a um projeto programático (que, pelo menos em parte, será inevitavelmente partidário e ideológico), e não há nisso qualquer choque com a idéia contemporânea de democracia representativa. O juiz, por sua vez, não ingressa no Poder Judiciário para dar início a um projeto, nem para atender uma agenda político-ideológica, mas sim para usar o seu elevado conhecimento do Direito (pressuposto de seu ingresso na magistratura) a fim de solucionar os conflitos que provoquem sua prestação jurisdicional²².

Assim, o não cumprimento da ordem gera uma responsabilização da autoridade administrativa, sem o devido processo legal e uma fundamentação adequada para a coerção, que não se basta na seara civil, mas se estende a uma ameaça de criminalização do ato devido à desobediência.

22 ABEL, Henrique. **Positivismo jurídico e discricionariedade judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 132.



4. NECESSIDADE E POSSIBILIDADE E A CRIMINALIZAÇÃO PESSOAL EM FACE DE DIREITOS SOCIAIS

Como já apontado, não se pode olvidar a realização de práticas públicas para se assegurar a efetivação das promessas constituintes, ou garantidoras, à população em geral, que tem no Poder Judiciário uma, ou a única²³, forma democrática de fazer valer seus direitos, conforme bem exposto por Bodnar:

O acesso à Justiça também torna concreto o escopo político da jurisdição à medida que significa uma forma de exercício substancial de democracia, pois permite ao cidadão o questionamento jurisdicional dos atos e omissões da Administração Pública, mediante o ajuizamento de Ações Populares Ambientais ou Ações Públicas por intermédio de associações e em benefício de toda a coletividade²⁴.

Ao fazer um paralelo da intervenção do Poder Judiciário na gestão de risco, que tem total similaridade com a administração de políticas públicas, ainda Bodnar aponta, na observância dos pilares democráticos para a garantia de direitos fundamentais:

Dessa forma, é necessário que as decisões sejam tomadas com todas as cautelas preventivas e precautórias, por intermédio de um planejamento estratégico e democrático que considere todas as variáveis que possam influenciar direta

23 No caso de entrega de medicamentos.

24 BODNAR, Zenildo. Os novos desafios da jurisdição para a sustentabilidade na atual sociedade de risco. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 6, nº 12, p. 101-119, jan./jun. 2009. p. 107.

ou indiretamente na garantia plena da qualidade de vida em todas as suas formas, inclusive das futuras gerações.

Qualquer decisão, lei ou ato administrativo que não considere a gestão e o controle dos riscos, numa perspectiva futura, integrada e conglobante, poderá caracterizar situação de incompatibilidade material com a ordem jurídica constitucional e internacional, por outorga de proteção deficiente ao direito humano fundamental ao meio ambiente sadio e equilibrado.

Um dos maiores desafios da Modernidade a ser implementado é a adequada gestão e o controle dos riscos ambientais e sociais gerados pelas ações humanas. Afinal, são as decisões e ações do presente que irão condicionar os acontecimentos e as consequências imprevisíveis e incertas do futuro, também serão essas decisões as responsáveis pela qualidade de todas as espécies de vida no planeta no futuro da humanidade. Por isso, as instituições não podem manter-se na passividade, precisam outorgar respostas prontas e enérgicas para garantir, inclusive às futuras gerações, um pacto de civilização mais promissor e que inclua necessariamente a variável ambiental e a adequada gestão dos riscos como componente de todo e qualquer processo ou projeto de desenvolvimento com sustentabilidade²⁵.

Dentro desse conceito, quando se fala em controle jurisdicional de políticas públicas, não se pode olvidar pontos como necessidade e possi-

25 BODNAR, Zenildo. Os novos desafios da jurisdição para a sustentabilidade na atual sociedade de risco. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 6, nº 12, p. 101-119, jan./jun. 2009. p. 110.



bilidade, já que uma decisão judicial, que não seja autoritária, deve levar em consideração todos esses elementos, além de outros, em confronto à realização de direitos fundamentais e sociais, observando também a legalidade de seus atos.

E quando se fala em uma decisão autoritária, a referência é no sentido de deixar de observar a CF/88 e as Leis que regem o ordenamento jurídico, pois o crime de desobediência não pode ser praticado por servidor ou funcionário público. Ao se analisar doutrinadores como Salles Junior e Salles, observa-se que o Código Penal, quando trata do crime de desobediência (art. 330), no Capítulo II do Título XI (Dos crimes contra a administração pública), traz no título do referido Capítulo II a seguinte definição, “Dos crimes praticados por particular contra a administração em geral”, daí a seguinte referência de Salles Junior e Salles:

Procura a lei tutelar o cumprimento de determinações legais emanadas de funcionários públicos, por isso que é um dispositivo relacionado à tutela da administração pública.

Sujeito ativo é qualquer pessoa, podendo figurar também o funcionário público, desde que não esteja nessa condição²⁶.

Ocorre que no caso estudado, ao deixar de cumprir determinação judicial de entrega de medicamento, por exemplo, o servidor está na condição de funcionário público. Logo, não poderia ser criminalizado com base em tal tipificação.

26 SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida; SALLES, Roberto de Almeida. **Curso completo de direito penal**. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 459.

Entretanto, por outro viés ou ótica, para se preservar a garantia constitucional, as ordens judiciais devem ser obedecidas, a menos que não exista possibilidade, devendo o juiz, ciente disto, retratar em sua decisão.

5. A INCOMPATIBILIDADE ENTRE DIREITO SOCIAL E COERÇÃO

Conforme já exposto exaustivamente, uma das funções do Poder Judiciário é a observância dos mecanismos constitucionais e democráticos e, por meio desses, fazer valer os direitos fundamentais e sociais, quando provocado.

Porém, não se pode esquecer que a liberdade é um direito fundamental, assim como o trabalho²⁷, e o juiz, na análise do caso, deve levar isso em consideração.

O que se quer dizer é que, no julgamento o juiz deve levar em consideração o direito de quem pede o provimento, assim como se deve ter em conta o direito fundamental do administrador, independentemente do motivo que alega para relutar em cumprir a determinação, pois o ideal seria a realização de políticas públicas sem a atuação do Poder Judiciário. Segundo Alexy:

As indagações sobre quais direitos o indivíduo possui enquanto ser humano e enquanto cidadão de uma comunidade, quais princípios vinculam a legislação estatal e o que a realização da dignidade humana, da liberdade e da igualdade exige expressam grandes temas da filoso-

27 A Administração Pública é um trabalho, que caso não esteja sendo realizado de forma adequada, a autoridade pode ser substituída por outra que realize o trabalho a contento. Afastando-se os interesses em prol da sociedade e dos direitos fundamentais.



fia prática e pontos centrais de lutas políticas, passadas e presentes. Elas tornam-se problemas jurídicos quando uma Constituição, como é o caso da Constituição da República Federal da Alemanha, vincula os poderes Legislativos, Executivo e Judiciário a normas de direitos fundamentais diretamente aplicáveis, e quando essa vinculação está sujeita a um amplo controle por parte de um tribunal constitucional²⁸.

Certo é que é muito difícil dizer qual direito vale mais ou é mais ou menos importante que outro direito fundamental.

Claro que é difícil também imaginar uma pessoa, no caso um juiz, que na eminência de ver alguém, outrem, necessitando de um medicamento, sem o qual pode ir a óbito, tendo o poder para conceder, negá-lo. Algo que, na visão de uma pessoa com um entendimento um pouco racional da vida, irá compreender e aceitar, principalmente por ser, talvez, a vida o mais importante de todos os direitos, pois sem ela não existe qualquer outro direito.

Ocorre que conceder um direito é compreensível, porém, sob a ameaça de restringir outro direito fundamental, de outra pessoa, é difícil de compreender tal concessão.

Além de todos esses apontados, um fator na responsabilização pessoal cível e criminal de um servidor público deve ser levado em consideração, ainda que sem se aprofundar no assunto, a saber: a impossibilidade de se responsabilizar, por desobediência, funcionário público no exercício de sua atividade.

28 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 25.

Salles Junior e Salles apontam que, no crime de desobediência, o “sujeito ativo é qualquer pessoa, podendo figurar também o funcionário público, desde que não esteja nessa condição”²⁹ de funcionário público.

No mesmo sentido é a responsabilidade cível, pois a CF/88, em seu art. 37, §6º, assim determina:

[...] §6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa³⁰.

Logo, o funcionário público, no exercício de sua função, não pode ser responsabilizado, no caso apontado, na decisão judicial acima, pelo não cumprimento de determinação judicial, ali consistente na entrega de medicamento, pois se encontra revestido de autoridade, e a responsabilidade do Município é objetiva.

6 SUSTENTABILIDADE, *CONTEMPT OF COURT* E ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS

Em continuação, o desenvolvimento sustentável tornou-se um novo modelo para o agir do Estado, que terá que observar as dimensões do paradigma ambiental. Do contrário, irá violar o disposto no art. 225 da CF/88.

29 SALLÉS JUNIOR, Romeu de Almeida; SALLÉS, Roberto de Almeida. **Curso completo de direito penal**. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 459.

30 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 21 jul. 2019.



Atualmente, existem múltiplas dimensões do desenvolvimento sustentável, algumas consideradas clássicas e outras modernas. De qualquer forma, todas podem ser extraídas da própria CF/88, de maneira explícita ou não.

Classicamente, compreendem-se as dimensões social, ambiental e econômica. Qualquer implementação de política pública deve observar simultaneamente essas dimensões, sob pena de contrariedade ao próprio princípio normativo do desenvolvimento sustentável. Assim, a utilização pura do argumento econômico, pelo agente político, produz interpretação insustentável e incompatível com o princípio³¹ e induz a retrocesso socioambiental.

Nota-se que a dimensão econômica é informadora da contínua produção de riquezas, ou seja, a geração constante de algum bem ou serviço. Tal dimensão sempre foi privilegiada nas decisões sociopolíticas, mas o desenvolvimento do Direito ambiental está permitindo essa mudança paradigmática. Assim, a dimensão econômica permaneceu com grande peso nas decisões, apesar de não ser a única ou principal.

Por sua vez, a dimensão social é a que pretende diminuir as desigualdades sociais. Para Almeida e Araújo, o objetivo dela “é construir uma civilização com maior equidade na distribuição de renda e de bens, de modo a reduzir o abismo entre os padrões de vida dos ricos e dos

31 Para analisar a ideia de desenvolvimento econômico em contraposição ao desenvolvimento sustentável e estudar um caso concreto, ver: BIZAWU, Kiwonghi; GOMES, Magno Federici. Oil exploitation at Virunga park as a threat to the environment and to endangered animal species. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 13, n. 27, p. 11-29, set./dez. 2016. p. 18-21.

pobres³², como, v.g., a diferença de renda dos integrantes da nação. Nota-se que a CF/88 apresenta como diretriz a diminuição das desigualdades regionais e sociais.

Após os encontros internacionais, a partir de Estocolmo em 1972, pensou-se no pilar ambiental que tutela os recursos naturais e que deu origem ao termo desenvolvimento sustentável. Essa foi a dimensão que criou o novo paradigma da sustentabilidade, mas infelizmente os pilares clássicos não produzem efeitos na solução do dilema deste estudo.

A dimensão espacial é conceituada por Almeida e Araújo como:

Deve ser dirigida para a obtenção de uma configuração rural-urbana mais equilibrada e uma melhor distribuição territorial de assentamentos urbanos e atividades econômicas, reduzindo a concentração excessiva nas áreas metropolitanas e freando a destruição de ecossistemas frágeis, mas de importância vital através de processos de colonização sem controle³³.

De outro turno, a dimensão ética conceituada por Freitas engloba o dever de fraternidade desta geração e com as demais. A integração do indivíduo com a sua comunidade e, subsequentemente, à sua sociedade

32 ALMEIDA, Alessandra Bagno F. R. de; ARAÚJO, Marinella Machado. O direito ao desenvolvimento sustentável e a dimensão simbólica de sua aplicação. *In*: REZENDE, Elcio Nacur; CARVALHO, Valdênia Geralda de (org.). **Direito ambiental e desenvolvimento sustentável**: edição comemorativa dos dez anos da Escola Superior Dom Helder Câmara. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara ESDHC, 2013. p. 28.

33 ALMEIDA, Alessandra Bagno F. R. de; ARAÚJO, Marinella Machado. O direito ao desenvolvimento sustentável e a dimensão simbólica de sua aplicação. *In*: REZENDE, Elcio Nacur; CARVALHO, Valdênia Geralda de (org.). **Direito ambiental e desenvolvimento sustentável**: edição comemorativa dos dez anos da Escola Superior Dom Helder Câmara. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara ESDHC, 2013. p. 28.



e à universalidade. De modo que a fraternidade deverá reger todas as condutas sociais, obstando ações individualistas e egoísticas que geram o mal-estar da coletividade, que é o caso do descumprimento das decisões judiciais, em todas as suas vertentes³⁴.

Nesse ínterim, a adoção das boas práticas pelo Poder Público é o tema a ser estudado a seguir, a partir dos pilares informadores do desenvolvimento sustentável³⁵, possibilitando a resposta do problema ora proposto. Com isso:

Uma ampla concepção de desenvolvimento requer, obrigatoriamente, que o Estado esteja presente tanto na economia quanto na sociedade, integrado com os demais atores sociais para que seja possível alcançar os objetivos desenvolvimentistas. Assim, liberdade passa, então, a representar a capacidade crítica e consciente de o indivíduo existir na sociedade em relação à atividade institucional. Mais do que isso, a sustentabilidade requer, além de uma orientação individual e consciente, a firmação de responsabilidades objetivas e públicas, cujo sentido atinja à universalidade, enquanto processo integral de firmação de um contexto seguro e possível para as gerações futuras³⁶.

34 Para aprofundamento, ver: FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 57-60.

35 Para aprofundamentos nas dimensões do desenvolvimento sustentável, ver: FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 53-70; e GOMES, Magno Federici; SANTOS, Ariel Augusto Pinheiro dos. As dimensões e normatização do desenvolvimento sustentável. **Revista da Universidade Vale do Rio Verde**, Três Corações, v. 14, n. 1, p. 834-838, jan./jul. 2016.

36 ALMEIDA, Ana Paula de; ENGELMANN, João Gilberto. Direito e sustentabilidade: perspectivas de uma geração livre e possível. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 7, nº 13/14, p. 11-25, jan./dez. 2010. p. 24.

Consequentemente, a justiça socioambiental permeia a ideia de acesso à jurisdição, que envolve a multidimensionalidade do desenvolvimento sustentável e o restabelecimento da paz social por um processo justo. Nesse sentido:

É importante perceber que do conceito de injustiça ambiental extrai-se que a justiça ambiental exprime certa ressignificação do meio ambiente, de modo a ampliar igualmente a garantia de acesso à Justiça nas questões que envolvam o desenvolvimento econômico, político e social, e a dignidade da pessoa humana. A partir da Constituição Federal, de 1988, assegurar o acesso à Justiça de forma qualificada significa também direito ao meio ambiente sadio e equilibrado, assegurando-se formas alternativas de resolução de conflitos ambientais, pois as ações judiciais que envolvem esses conflitos normalmente são complexas, e os processos tendem a se arrastar por anos, para, no fim, a decisão (sentença/acórdão que põe fim ao processo) não conseguir restabelecer a paz social. Os problemas são reiterados, a exemplo da ocupação irregular, na questão da moradia, além da falta de políticas públicas que permitam a fixação do homem no campo (política agrícola e agrária efetivas). A decisão judicial pode pôr um fim momentâneo, mas de forma quase imediata os problemas retomam o seu curso (às vezes na mesma localidade, às vezes em lugares próximos)³⁷.

37 HAONAT, Angela Issa. Justiça ambiental: uma perspectiva a partir da obra vidas secas. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz; VILLAS BOAS, Marco Anthony Steveson; CARMO, Valter Moura do (org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. v. 8. Palmas: Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, 2017. p. 32.



Diante de tais argumentos, fica evidente que o cumprimento de uma determinação judicial pela Administração Pública é essencial ao desenvolvimento sustentável e democrático, realizando assim a integração do sujeito à sociedade e à universalidade, além da subsistência da ordem, como aponta Assis, em um trabalho sobre *contempt of court* no Brasil, nos seguintes termos: “o poder de o juiz exigir e impor acatamento às suas determinações, decorrentes da parcela da soberania que lhe é conferida, parece essencial à subsistência da ordem, nas suas esferas legítimas de governo e da justiça”³⁸.

Daí surge a questão de ser ou não possível uma prisão cível cabível para obrigar o cumprimento de uma decisão, levando-se em conta o disposto no inciso IV do art. 139 cumulado com o parágrafo único do art. 774 do Código de Processo Civil de 2015 (CPC), que dispõem o seguinte:

[...] IV- determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

[...] Parágrafo único. Nos casos previstos neste artigo, o juiz fixará multa em montante não superior a vinte por cento do valor atualizado do débito em execução, a qual será revertida em proveito do exequente, exigível nos próprios autos do processo, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material³⁹.

38 ASSIS, Araken de. O *contempt of court* no Brasil. **Academia Brasileira de Direito processual civil**, v. 7, 2012, p. 02.

39 BRASIL. **Código de Processo Civil**. Art. 139, inciso IV. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 19 set. 2019.

Na análise de tais artigos, observa-se que, no inciso IV do art. 139, o juiz pode determinar medidas coercitivas, sem destacar o CPC que medidas seriam essas, e o parágrafo único do art. 774 informa que o juiz pode aplicar outras sanções, além da multa, de natureza processual ou material, sem, igualmente, delimitar que sanções seriam essas, o que pode ser encarado como discricionariedade e se ter a prisão civil incluída aí, por deliberação do juiz que quiser fazer valer sua autoridade.

Tem-se aí o *contempt of court*, que é um instituto utilizado no sistema *common law*, em Países como Estados Unidos e Inglaterra, tendo sua primeira referência datada do ano de 1187, segundo Assis, no caso de um réu que não atendeu a uma citação. Ainda segundo o mesmo autor, o *contempt of court* seria definido como:

A ofensa ao órgão judiciário ou à pessoa do juiz, que recebeu o poder de julgar do povo, comportando-se a parte conforme suas conveniências, sem respeitar a ordem emanada da autoridade judicial.

À semelhança de outros institutos jurídicos, o *contempt of court* comporta variadas classificações, consoante diferentes critérios; porém, as principais distinguem o *contempt* civil e criminal, o direto e o indireto. A importância da distinção dessas espécies, às vezes sutis, e sempre heterogêneas, em ambos os casos, reside na diversidade de procedimento para aplicar as respectivas sanções e nos seus efeitos⁴⁰.

40 ASSIS, Araken de. O *contempt of court* no Brasil. **Academia Brasileira de Direito processual civil**, v. 7, 2012. p. 02.



Certo que o referido tema merece maior atenção e estudo, pois as diferenças da sanção criminal e da sanção cível são facilmente observáveis, principalmente por ser a sanção criminal, no Brasil, o crime tipificado como de desobediência, pois ainda, segundo as regras de Direito penal, ninguém pode ser preso sem que tenha cometido crime, e deve haver tipificação anterior à prática do crime.

Ainda que exista tal possibilidade, saindo do requisito de que o poder do juiz decorre da viabilidade do Poder Judiciário sancionar a inobservância da sua autoridade com discricionariedade, não existindo dúvidas que tal ação pode ser realizada de vários modos, inclusive dentro do instituto do *contempt of court*, a prisão parece inviável, e tratando-se de agente público, a regra da responsabilização objetiva da Fazenda Pública, com a possibilidade de regresso, parece prevalecer, podendo o juiz determinar o ato, mas não punir o servidor (principalmente com a prisão), e sim o órgão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil é um país jovem, com uma história desfavorável na garantia e realização de direitos humanos e sociais. Ainda há muito caminho a se percorrer, se realmente se pretende efetivar os direitos fundamentais previstos na CF/88, já que existem outros dentro de uma visão globalizada dos direitos naturais, e isso inclui sem dúvida o meio ambiente, que está positivado em carta política (art. 225 da CF/88).

Certo é que hoje, em pleno século XXI, com tantos avanços tecnológicos e fatos inimagináveis, pelo menos no Brasil ainda não se sabe o que é direito fundamental. Tal termo é utilizado, muitas vezes, para se atingir interesses particulares. Basta observar que as garantias constitucionais mais básicas, como saúde, educação, trabalho e meio ambiente saudá-

vel, não têm efetividade. Não são respeitados ou cumpridos como meta, por vários motivos que não são discutidos nesta pesquisa, v.g., falta de fiscalização, falta de vontade política, falta de planejamento, falta de recursos (humano e financeiro), por corrupção ou não, interesses particulares, falta de visão e falta de treinamento.

Ocorre que, com a CF/88, um dos três poderes do Estado brasileiro, o Poder Judiciário, conseguiu uma autonomia maior a ser o garantidor, ou protetor, desta CF/88, tendo em suas mãos o poder de fazer cumprir as promessas ali arroladas. Aponta-se que essa afirmação não é ingênua, pois é certo que o Estado-Juiz manda realizar um ato de política pública quando se vê na iminência de um prejuízo maior.

Assim, o Estado-Juiz, por meio da provocação dos interessados e protegidos pela letra da lei, passou a determinar que se cumpram as políticas públicas, a chamada judicialização de políticas.

Acontece que, ao determinar a efetivação de uma política pública fundamental ou social, como, por exemplo, a outorga de um medicamento, em alguns casos como o apontado no acórdão do TJMG estudado, ou mesmo uma tutela específica de obrigação ambiental ao Poder Público, com a intenção de ver cumprida a determinação, o Juiz ameaça o destinatário da ordem, caso não cumpra o mandado, com a responsabilização pessoal cível e criminal, sendo esta última pelo crime de desobediência.

Não há dúvidas de que os preceitos constitucionais devem ser realizados, de que a população deve ter um amparo, e o Estado, por todo seu histórico, deve garantir o mínimo existencial por meio de políticas públicas. E quando se fala em piso vital mínimo não se entra na discussão aprofundada do que seja isso, aqui mínimo existencial é visto simplesmente como direito à vida, o que inclui o meio ambiente intergeracional sadio.



Assim, a intervenção do Poder Judiciário passa a ter um papel importantíssimo, ao determinar que se realize o que foi prometido pela carta política. Porém, o mandar não significa abusar, ou ser autoritário e arbitrário, significa obedecer à lei respeitando a mesma lei.

Ao se determinar algo a um ente da Federação, conforme a própria CF/88 prevê (art. 37, § 6º, CF/88), a responsabilidade pelo ato de desobediência é do próprio ente, caso não cumpra o mandamento. O importante é saber como responsabilizá-lo.

Certo é que o servidor, pessoa física, nunca poderá ser responsabilizado, seja por se tratar de um desrespeito a direitos fundamentais na realização de direitos fundamentais; seja em respeito à CF/88 (art. 37, § 6º, CF/88), que imputa ao Ente federado o instituto da responsabilidade objetiva ou ainda na hipótese de lei infraconstitucional (Código Penal), pois o instituto do crime de desobediência não criminalizará funcionário público por tal delito quando no exercício de suas funções.

Então existiria o *contempt of court* para simplesmente prender o agente público, obrigando o cumprimento da decisão, sem gerar um processo autônomo por desobediência? Uma simples prisão civil sem consequências posteriores, estigmatizando e obrigando o cumprimento, amparado no parágrafo único da art. 774 e no inciso IV do art. 139, todos do CPC, que a princípio dá discricionariedade ao juiz para definir ações coercitivas atípicas, prevendo sanções processuais e materiais sem mencionar que coerções seriam elas, o que, por certo, sem um maior estudo ou aprofundamento, pode se entender a prisão como possível. Todavia, a doutrina hoje existente descarta tal hipótese de prisão, sendo óbvio que tal tema, *contempt of court* no Brasil, ainda é carente de estudo e aprofundamento e jamais se encerraria nestas poucas linhas.

Logo, uma determinação, bem-vinda por realizar políticas públicas necessárias, não pode extrapolar os parâmetros da legalidade, como são os casos em comento, por melhor que seja a intenção, sob pena de se colocar em risco a própria democracia. Trata-se assim de usurpação de competência legiferante, pois estaria o Poder Judiciário criando regra jurídica em detrimento do Poder Legislativo, em prejuízo de outros direitos fundamentais assegurados na CF/88 e da própria separação de poderes.

REFERÊNCIAS

ABEL, Henrique. **Positivismo jurídico e discricionariedade judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

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

ALMEIDA, Alessandra Bagno F. R. de; ARAÚJO, Marinella Machado. O direito ao desenvolvimento sustentável e a dimensão simbólica de sua aplicação. *In*: REZENDE, Élcio Nacur; CARVALHO, Valdênia Geralda de (org.). **Direito ambiental e desenvolvimento sustentável**: edição comemorativa dos dez anos da Escola Superior Dom Helder Câmara. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara ESDHC, 2013. p. 11-51.

ALMEIDA, Ana Paula de; ENGELMANN, João Gilberto. Direito e sustentabilidade: perspectivas de uma geração livre e possível. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 7, nº 13/14, p. 11-25, jan./dez. 2010. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/viewFile/177/140>. Acesso em: 24 dez. 2017.



ASSIS, Araken de. O *contempt of court* no Brasil. **Academia Brasileira de Direito processual civil**, v. 7, p. 01-21, 2012. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/araken%20de%20assis%284%29%20-%20formatado.pdf>. Acesso em: 10 maio 2017.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BIZAWU, Kiwonghi; GOMES, Magno Federici. Oil exploitation at Virunga park as a threat to the environment and to endangered animal species. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 13, n. 27, p. 11-29, set./dez. 2016. Disponível em: <http://www.domholder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/897>. Acesso em: 20 jun. 2017.

BODNAR, Zenildo. Os novos desafios da jurisdição para a sustentabilidade na atual sociedade de risco. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 6, n.º 12, p. 101-119, jan./jun. 2009. Disponível em: <http://www.domholder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/viewFile/271/339>. Acesso em: 23 out. 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 21 jul. 2019.

BRASIL. **Lei n.º 13.105, de 16 mar. 2015**. Código de Processo Civil. Diário Oficial, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 01 mai. 2017.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. O orçamento e a reserva do possível dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. *In*: GRINOVER,

Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 225-236.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra editora, 1991.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GOMES, Magno Federici; SANTOS, Ariel Augusto Pinheiro dos. As dimensões e normatização do desenvolvimento sustentável. **Revista da Universidade Vale do Rio Verde**, Três Corações, v. 14, n. 1, p. 834-838, jan./jul. 2016. Disponível em: <http://periodicos.unincor.br/index.php/revistaunincor/article/view/2646>. Acesso em: 22 jul. 2017.

HAONAT, Angela Issa. Justiça ambiental: uma perspectiva a partir da obra vidas secas. *In*: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz; VILLAS BOAS, Marco Anthony Steveson; CARMO, Valter Moura do (org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. v. 8. Palmas: Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, 2017. p. 29-40.

HILL, Napoleon. **A lei do triunfo**. 33. ed. Tradução de Fernando Tude de Souza. Rio de Janeiro: José Olympio, 2011.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível n.º 1.0694.08.045289-9/001**. Rel. Des. Teresa Cristina da Cunha Peixoto, Belo Horizonte, 29 jan. 2009. Diário do Judiciário eletrônico, Belo Horizonte, 13 mar. 2009. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 21 jul. 2017.



PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos**: estado de derecho y constitucion. Madrid: Tecnos, 1984.

RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves. **Práticas processuais penais**: uma contribuição para a adequação constitucional da persecução penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 01-32.

SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida; SALLES, Roberto de Almeida. **Curso completo de direito penal**. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. A teoria da separação de poderes e o Estado democrático constitucional: funções de governo e funções de garantia. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 33-72.

ICMS ecológico nos municípios do Rio de Janeiro e fortaleza: uma promoção ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado

Ecological ICMS in the municipalities of Rio de Janeiro and fortaleza: a promotion to the fundamental right to the environment ecologically balanced

DAYANE NAYARA DA SILVA ALVES

HORTENCIA SILVA AIRES LEAL

NATHASHA BIANCA MACÊDO CORREIA SILVA

RESUMO

Este artigo se propôs a esclarecer a importância do ICMS Ecológico como um instrumento de preservação do meio ambiente, bem como a valoração econômica a atividades de proteção ambiental, almejando ampliar as iniciativas dos municípios na conservação de espaços naturais e em projetos de saneamento ambiental. O trabalho discorreu acerca dos direitos humanos e a tributação, demonstrando



a íntima ligação entre eles, tendo em vista o meio ambiente ser considerado um objeto de resguarda internacional. Perpassando pela análise dos critérios e eficiência do Município do Rio de Janeiro e Fortaleza frente à obediência das leis estatais que disciplinam os respectivos ICMS, em cada Estado, o repasse de suas receitas aos Municípios integrantes de seus territórios, bem como a contraprestação ofertada pelo Estado em decorrência das benesses inseridas no meio ambiente, e que refletem diretamente na qualidade de vida da população. Foi utilizada pesquisa bibliográfica e documental, tanto física quanto virtual, além de metodologia formal e baseada em fatos, já que lida com conceitos e trata de fatos com mensuração.

Palavras-chave: ICMS Ecológico, Meio ambiente, Direitos Humanos, Direito Tributário, Municípios.

ABSTRACT

This article sets out to clarify the importance of the Ecological ICMS as an instrument for the preservation of the environment, as well as the economic valuation of environmental protection activities, aiming to broaden the initiatives of municipalities in the conservation of natural spaces and environmental sanitation projects. The work covered human rights and taxation, demonstrating the close connection between them, in view of the environment being considered an international safeguard. Through the analysis of the criteria and efficiency of the Municipality of Rio de Janeiro and Fortaleza, in compliance with the state laws that regulate the respective ICMS, in each State, the transfer of their revenues to the municipalities that are part of their territories, as well as the Ecological ICMS, their Criteria and percentage to be allocated. It used bibliographical and documentary research, both physical and virtual, as well as a formal and fact-based methodology, since it deals with concepts and deals with facts with measurement.

Keywords: ICMS Ecological, environment, Human Rights, Tax Law, Municipalities.

[Ir para o índice](#)

INTRODUÇÃO

O rol de direitos extensíveis a todas as pessoas foi duramente conquistado ao longo da história da humanidade, a Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 é extensa quanto ao rol de direitos e garantias que prevê, com a finalidade de proteger a dignidade da pessoa humana. Outro norte preconizado por nosso ordenamento jurídico é quanto ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, devendo a ordem econômica se pautar em seu atendimento, o direito à propriedade e a ação estatal.

O ICMS Ecológico é uma maneira de o Estado promover a preservação ambiental ao estipular determinados critérios ambientalmente relevantes, a serem obedecidos pelos Municípios integrantes de seu território e, com isso, obter um repasse de recursos a maior, oriundo da repartição de receita tributária autorizada pela Constituição da República vigente.

O presente artigo se dispõe a analisar os critérios e eficiência do Município do Rio de Janeiro e Fortaleza frente à obediência das leis estaduais que disciplinam os respectivos ICMS em cada Estado, o repasse de suas receitas aos Municípios integrantes de seus territórios, bem como o ICMS Ecológico, seus critérios e percentagem a ser repartida.

Dessa forma, a justificativa deste trabalho se encontra em demonstrar a necessidade de o Poder Público atuar em direção à promoção a um meio ambiente saudável usando as possibilidades que tem. O repasse constitucional de ICMS aos Municípios, atendendo a discricionariedade do legislador e Poder Executivo estadual que, por meio de lei, delimita como critérios ambientalmente relevantes a serem atendidos pelos Municípios para obter mais receita, é um meio eficaz de promover um meio ambiente ecologicamente equilibrado.



No primeiro capítulo será estruturado o meio ambiente como objeto de resguarda internacional, motivo pelo qual é um Direito Humano, e a sua positivação pela Carta Constitucional de 1988, tornando-o um direito fundamental indispensável ao respeito da dignidade da pessoa humana, base do nosso ordenamento jurídico.

No segundo capítulo, será estudado o repasse constitucional de receita tributária oriunda do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação pelos Estados-membros aos Municípios pertencentes ao seu território, conforme autoriza o artigo 158, inciso IV da Constituição da República de 1988.

O terceiro e último capítulo analisará o ICMS Ecológico do Estado do Rio de Janeiro e Ceará, pormenorizado nos Municípios do Rio de Janeiro e Fortaleza quanto a eficiência no atendimento aos critérios legais e a efetiva atuação na promoção a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

1. DIREITOS HUMANOS E TRIBUTAÇÃO

A maneira como um Estado se apresenta é fruto de variadas lutas e conquistas sociais para conter o arbítrio de governantes para que cada indivíduo possa desenvolver-se. Os direitos humanos explicitam uma expressão que denota direitos que são garantidos por normas de índole internacional¹, ao passo que direitos fundamentais já estão positivados nas respectivas Constituições de cada Estado.

¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo, Método, 2017. p. 20.

Ensinam Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet de Branco²:

O cristianismo marca impulso relevante para o acolhimento da ideia de uma dignidade única do homem, a ensejar uma proteção especial. O ensinamento de que o homem é criado à imagem e semelhança de Deus e a ideia de que Deus assumiu a condição humana para redimi-la imprimem à natureza humana alto valor intrínseco, que deve nortear a elaboração do próprio direito positivo.

[...]

Os direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos.

A doutrina clássica aponta que a evolução histórica dos direitos fundamentais se divide em três gerações, a primeira se caracteriza pela consolidação dos direitos políticos e civis, referindo-se a uma abstenção estatal e liberdades individuais, como a de consciência, inviolabilidade de domicílio³. A segunda geração exige do Estado prestações positivas a garantir os direitos sociais, tais como saúde e educação. E, por fim, os direitos de terceira geração não consideram o homem isoladamente e

2 MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 134.

3 MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 135.



sim como sujeitos indeterminados ligados por uma circunstância fática, enquadram-se o direito à paz, desenvolvimento, qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural⁴.

O termo *gerações* de direitos encontra-se ultrapassado pela doutrina pátria devido à ideia errônea de que as últimas gerações de direitos ultrapassaram as anteriores, o correto termo seria dimensões dos direitos fundamentais, mais contundentes à evolução e complementariedade com que os direitos devem ser lidos, complementa Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet de Branco⁷:

A visão dos direitos fundamentais em termos de gerações indica o caráter cumulativo da evolução desses direitos no tempo. Não se deve deixar de situar todos os direitos num contexto de unidade e indivisibilidade. Cada direito de cada geração interage com os das outras e, nesse processo, dá-se à compreensão.

Nesse sentido, o Brasil apresenta-se como uma República Federativa, constituindo-se em Estado Democrático de Direito, extraem-se desses preceitos constitucionais os princípios republicano e federativo. O primeiro preza que o poder emana do povo, exercido em seu nome por representantes eleitos, no atendimento de vantagens para os cidadãos, senhores da coisa pública. O segundo informa que o poder político é repartido nos diversos entes que compõem a federação; Estados-membros, Distrito Federal e Municípios que gozam de autonomia, autogoverno, autoadministração e autolegislação.

⁴ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 136.

Dessa forma, tais vantagens a serem disponibilizadas aos administrados, atendendo às necessidades públicas, como o respeito e a promoção aos direitos e garantias fundamentais expostos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, denotam a necessidade de arrecadação, prerrogativa estatal de imiscuir-se de parte do patrimônio e riqueza produzida pelos seus administrados para prestar os serviços que lhes compete fornecer determinados bens e equipamentos públicos a toda população.

O Poder de Tributar, manifestação estatal quando este age com superioridade com a finalidade precípua de arrecadar recursos para o Estado, forma com o particular a relação jurídica tributária que o ordenamento jurídico pátrio disciplina especial atenção às limitações constitucionais ao poder de tributar, com o fito de respeitar e promover os direitos e garantias fundamentais para que essa relação seja lastreada em direitos e deveres recíprocos, de forma equilibrada, transparente e cooperativa.

1.1 O meio ambiente como um direito humano e fundamental e sua tributação

A preocupação com o meio ambiente surgiu na metade do século XX, num contexto fático de intensa degradação ambiental devido à expansão tecnológica, a finitude de recursos naturais, o intercâmbio de relações comerciais e o fenômeno da globalização, bem como as duas grandes guerras e a demonstração do seu poderio de destruição com a habilidade da tecnologia nuclear e seu poder de destruição propiciaram a consciência da proteção ambiental e a internacionalização do debate com esse fim. Acrescenta Paulo Bessa Antunes⁵:

5 ANTUNES, Paulo Bessa de. **Direito Ambiental**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 871.



No período compreendido entre 1945 e 1962, o mundo assistiu perplexo, a 423 detonações nucleares comunicadas oficialmente por seus responsáveis. [...] Em 1º de março de 1954, os EUA detonaram a bomba de hidrogênio, com potencial ofensivo de 15 megatons, no atol de Bikini. A carga detonada foi bastante superior às dos artefatos lançados sobre Hiroshima e Nagasaki nos últimos dias da Segunda Guerra Mundial.

A explosão da bomba de hidrogênio suscitou veementes protestos populares. [...] A precipitação de chuvas com resíduos radioativos e toda uma série de outros acidentes fizeram com que a opinião pública internacional se posicionasse firmemente contra a energia nuclear, especialmente quando utilizada como arma de guerra.

A Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, em Estocolmo na Suécia, ocorrida em 1972 e promovida pela Organização das Nações Unidas, é considerada um marco onde países industrializados e em desenvolvimento se reuniram para discutir e elaborar princípios e critérios a serem observados pelos estados de forma a melhorarem a qualidade ambiental.

O desdobramento dessa conferência é percebido em 1982, onde os países se reúnem para formar uma Comissão Mundial do Meio Ambiente que expediu um relatório, conhecido como “Relatório de Brundtland”, ou Relatório Nosso Futuro Comum, em 1987. Esse documento dividiu as principais questões a serem enfrentadas pelos países. Ensina Sidney Guerra⁶:

6 GUERRA, Sidney Cesar Silva. Direito Internacional Ambiental: breve reflexão. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**. Curitiba, v. 2, n. 2, 2007. p. 6. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/191/183>. Acesso em: 19 jul. 2017.

Foram apontados os principais problemas ambientais em três grandes grupos:

- a) poluição ambiental, emissões de carbono e mudanças climáticas, poluição da atmosfera, poluição da água, dos efeitos nocivos dos produtos químicos e dos rejeitos nocivos, dos rejeitos radioativos e a poluição das águas interiores e costeiras.
- b) diminuição dos recursos naturais, como a diminuição de florestas, perdas de recursos genéticos, perda de pasto, erosão do solo e desertificação, mau uso de energia, uso deficiente das águas de superfície, diminuição e degradação das águas freáticas, diminuição dos recursos vivos do mar.
- c) problemas de natureza social tais como: uso da terra e sua ocupação, abrigo, suprimento de água, serviços sanitários, sociais e educativos e a administração do crescimento urbano acelerado.

Em 1992, na cidade do Rio de Janeiro, foi realizada a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento – CNUMAD, conhecida como Cúpula da Terra ou Rio 92. Teve como diferencial a abertura de um diálogo multilateral, colocando os interesses globais como sua principal preocupação⁷. Nesse diálogo foi aprovada a Declaração do Rio, que conteve diversos princípios ambientais, com especial atenção ao poluidor-pagador, onde quem

7 GUERRA, Sidney Cesar Silva. Direito Internacional Ambiental: breve reflexão. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**. Curitiba, v. 2, n. 2, 2007. p. 7. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/191/183>. Acesso em: 19 jul. 2017.



polui responde por sua atividade impactante, tendo esse valor de ser agregado ao seu custo produtivo de maneira a socializar os prejuízos. Outro documento de suma importância, porém não vinculante, foi a Agenda 21, com metas para diminuir a poluição ambiental e alcançar o desenvolvimento sustentável, a serem fiscalizadas e pressionadas por Organizações não-Governamentais¹⁹.

A Constituição da República de 1988 foi a primeira constituição brasileira a cuidar do meio ambiente, deveras, reservou um capítulo inteiro para a sua disciplina, o capítulo VI do título VIII da ordem social. Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet, Paulo Afonso Leme Machado e Tiago Fensterseifer⁸:

[...] Além disso, e talvez esta seja a inovação normativo-constitucional mais importante, a CF/88 atribuiu *status* jurídico-constitucional de *direito-dever* fundamental ao direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, colocando os valores ecológicos no “coração” da ordem jurídica brasileira e, portanto, influenciando todos os demais ramos jurídicos, inclusive a ponto de implicar mesmo limites a outros direitos (fundamentais ou não).

Destarte, tamanha é a importância à proteção ambiental que autores defendem um novo modelo de Estado, o Pós-social ou Estado Socioambiental no qual a proteção à dignidade da pessoa humana resta protegida, bem como os demais direitos tão duramente conquistados ao longo tempo, porém com o adendo da dimensão ecológica guiando o

8 SARLET, Ingo Wolfgang; MACHADO, Paulo Afonso Leme; FENSTERSEIFER, Tiago. **Constituição e legislação ambiental comentadas**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 31.

comportamento dos administrados e os países comprometendo-se com a estabilização e prevenção de riscos e degradação ecológica⁹.

1.2 Tributação ambiental no Brasil

A tributação perde o caráter de ser fruto de um instituto de dominação para ser visto como um dever fundamental a ser adimplido por todos os administrados, servindo como a principal fonte estatal para atender às necessidades públicas almeçadas pelos detentores do poder, o povo.

Os tributos possuem uma classificação doutrinária quanto à sua finalidade. A finalidade fiscal corresponde aos tributos cuja finalidade é precipuamente arrecadatória, por exemplo, as taxas. Nesse sentido, outra classificação surge, a parafiscalidade que alguns tributos apresentam, sendo diferenciada a pessoa instituidora da exação para a que fiscaliza, arrecada e fica com o recurso obtido, por exemplo, as contribuições corporativas.

Nessa perspectiva, a tributação ambiental encontra-se na classificação da extrafiscalidade dos chamados ecotributos, com a finalidade de intervir na conduta dos contribuintes para que comportamentos contrários ao meio ambiente sejam substituídos Carlos Eduardo Peralta Monteiro¹⁰:

Grosso modo, os tributos ambientais são instrumentos jurídico-econômicos que permitem orientar as condutas dos diversos agentes econômicos de forma que o seu impacto no meio ambiente seja realizado de maneira sustentável.

9 SARLET, Ingo Wolfgang; MACHADO, Paulo Affonso Leme; FENSTERSEIFER, Tiago. **Constituição e legislação ambiental comentadas**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 36.

10 MONTERO, Carlos Eduardo Peralta. **Tributação ambiental: reflexões sobre a introdução da variável ambiental no sistema tributário**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 183.



[...]

O sucesso desse tipo de instrumento de gestão ambiental dependerá de uma população bem informada e de uma Administração Tributária eficiente. (grifos originais).

Nessa toada, a legislação tributária traz exemplos condizentes com a intervenção no comportamento dos contribuintes e na melhoria da qualidade ambiental, por exemplo, o estado do Tocantins, por meio da Lei Complementar 327 de 2015 cria o Programa Palmas Solar, no qual prevê a redução de até 80% do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU), que aproveita a energia solar tão abundantemente ofertada em todo território nacional e também a redução da exação de Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) para instalação e manutenção dos painéis fotovoltaicos.

Por derradeiro, o estado do Ceará, por meio da Lei nº 12.023/1992, mais precisamente artigo 4º, inciso IX, atribui uma isenção do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores àqueles que são movidos à energia elétrica, portanto, ecologicamente mais “limpos” dos que utilizam combustíveis à base de petróleo. Ana Barros e Bleine Queiroz Caúla¹¹, dispõem

[...] os chamados impostos verdes têm duplo efeito: enquanto elevam o montante arrecadatário para a máquina pública, também incentivam comportamentos mais positivos no tocante à exploração dos recursos naturais. Muitos desses impostos se sustentam no

11 BARROS, Ana; CAÚLA, Bleine Queiroz. Tributação ambiental e o princípio do protetor-recebedor posto em prática: requisitos de atendimento aos critérios do ICMS ecológico no Estado do Ceará. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz *et al.* (org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. v. 4. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 45.

Princípio do Protetor-Recebedor, ou seja, a ação postura sancionatória deixa de ser única política, busca-se o fomento de ações ecologicamente desejáveis por parte do contribuinte, através do incentivo fiscal.

O Imposto sobre Circulação de Mercadoria e Serviços, objeto do presente artigo, figura como mais uma possibilidade para influir na conduta dos contribuintes a fim de adequá-las aos anseios de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. No tocante ao ICMS ecológico ou verde, podemos vislumbrar um repasse de receitas a maior aos Municípios que atendam a critérios ambientalmente relevantes conforme inframencionado.

2. REPARTIÇÕES CONSTITUCIONAIS DA ARRECADAÇÃO DO PRODUTO DA RECEITA DE IMPOSTOS

No Brasil, a forma de Estado que foi adotada, em observância às disposições constitucionais, foi o sistema de Federação, composto pelos Estados, Municípios e o Distrito Federal. A República Federativa do Brasil só será legítima se cada ente da Federação puder dispor de autonomia administrativa e fiscal, em conformidade com esse entendimento, a Constituição Federal de 1988 constituiu a competência tributária de cada ente da Federação. Senão, vejamos o que demonstram Guilherme Simões Crepaldi e Silvio Aparecido Crepaldi¹²:

Em decorrência do princípio da legalidade, temos que o tributo só pode ser instituído por meios de lei. Partindo

12 CREPALDI, Guilherme Simões; CREPALDI, Silvio Aparecido. **Direito Tributário: teoria e prática**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.17.



desse princípio, e verificando-se o disposto no Art. 145 e incisos da Constituição Federal, é de se afirmar que a União é competente para a edição de leis tributárias federais, instituindo, assim, tributos federais. Já aos Estados compete instituir tributos estaduais; aos Municípios, tributos municipais; e, finalmente, ao Distrito Federal, cabe a edição de leis tributárias distritais, instituindo tributos distritais.

No entanto, salienta-se que a existência de tributos na esfera federal é mais concentrada, e devido à constatação dessa discrepância, o legislador constituinte estabeleceu que algumas receitas tributárias devem ser repartidas com os demais entes integrantes da Federação. Essa repartição tem o objetivo de fazer uma melhor distribuição dos tributos arrecadados¹³.

O sistema constitucional de repartição das receitas tributárias foi implementado pela Emenda Constitucional nº 18/65, e atualmente tem previsão expressa na Seção VI, do Capítulo I, Título VI da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹⁴. Para garantir que a repartição constitucional de receitas tributárias seja efetiva, o artigo 160 apresenta expressamente uma vedação à retenção ou qualquer tipo de restrição ao repasse da repartição das receitas tributárias devidas, senão vejamos o que expõe o artigo mencionado:

13 CF/88, art. 145 A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: I – impostos; II – taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição; III – contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas. §1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultando à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitar os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. §2º As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos.

14 MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 922.

Art. 160. É vedada a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos, nesta seção, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, neles compreendidos adicionais e acréscimos relativos a impostos.

Parágrafo único. A vedação prevista neste artigo não impede a União e os Estados de condicionarem a entrega de recursos: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

I - ao pagamento de seus créditos, inclusive de suas autarquias; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

II - ao cumprimento do disposto no art. 198, § 2º, incisos II e III. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)¹⁵.

Apesar de a norma contida no *caput* do supracitado artigo fazer menção apenas à vedação da prática descrita pela União, a mesma norma também é aplicada aos demais entes federados que devam incorrer no repasse dos recursos por eles arrecadados. Por essa razão, a alínea b, do inciso V, do artigo 34 da Constituição Federal de 1988¹⁶, prevê a intervenção federal, no caso de o Estado ou o Distrito Federal não repartirem a arrecadação do produto da receita de impostos.

15 BRASIL. **Constituição Federal. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 21 jul. 2019.

16 CF/88, art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: V- reorganizar as finanças da unidade da Federação que: b) deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas nesta Constituição, dentro dos prazos estabelecidos em lei;



2.1 Exceção ao Princípio da Não Afetação

A Constituição Federal de 1988, em seu inciso IV do artigo 167, faz expressa proibição à vinculação da receita de impostos, conhecido no âmbito financeiro como o princípio da não vinculação, também popularmente conhecido como princípio da não afetação. As exceções a esse princípio estão elencadas no art. 167, trata-se justamente da repartição do produto de arrecadação de impostos.

Art. 167. São vedados:

- IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, **ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos** a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) – (grifo nosso)

Nesse sentido, Vanessa Siqueira afirma que “o princípio da não vinculação diz respeito àquilo que se deve fazer com o produto arrecadado a título de impostos”¹⁷. E Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Mendes e Carlos

¹⁷ SIQUEIRA, Vanessa. O princípio da não vinculação de impostos a fundo, órgão ou despesa e a DRU. 2015. Disponível em: <https://blog.ebeji.com.br/o-principio-da-nao-vinculacao-de-impostos-a-fundo-orgao-ou-despesa-e-a-dru/>. Acesso em: 19 jul. 2017.

Valder do Nascimento¹⁸ expõem que existem dois fundamentos e objetivos da consagração constitucional do princípio da não afetação, quais sejam:

- a) [...] preservar a disponibilidade dos meios financeiros para programar gastos, segundo as prioridades escolhidas e a realidade conjuntural esperada [...]
- b) [...] garantir o sentido democrático e redistributivo da receita de impostos, que devem ser arrecadados de acordo com a capacidade econômica (dos mais ricos) e aplicados segundo as necessidades públicas [...]

Quanto à exceção ao princípio da não afetação, a sua ocorrência em relação à repartição da arrecadação do produto da receita de impostos é devida por estar legalmente instituído no texto da nossa Carta Magna. Desta forma, o compartilhamento da arrecadação “mostra-se como mitigação ao postulado que veda a vinculação de receita tributária a órgão, fundo ou despesa”¹⁹.

2.2 Repartição do ICMS

O ICMS (Imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação) é um imposto de competência dos Estados e do Distrito Federal, como aduz o inciso II do artigo 155 da Constituição Federal²⁰. Senão, vejamos o que dispõe o artigo:

18 MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar; NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Tratado de Direito Financeiro**. 2.V. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 360-361.

19 SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 630.

20 BRASIL. **Constituição Federal. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 21 jul. 2019.



Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

II- operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

O ICMS é um imposto que tem a sua arrecadação repartida com os municípios, podemos observar que a apropriação desta arrecadação tem previsão legal, estabelecida no artigo 158, inciso IV e parágrafo único da Constituição Federal de 1988.

Art. 158. Pertencem aos Municípios:

IV- vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

Parágrafo único: As parcelas de receita pertencentes aos Municípios, mencionadas no inciso IV, serão creditadas conforme os seguintes critérios:

I – três quartos, no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios;

II – até um quarto, de acordo com o que dispuser lei estadual ou, no caso dos Territórios, lei federal.

Ir para o índice

Eduardo Sabbag²¹, em análise ao dispositivo retromencionado, entende “O Estado-membro (ou Distrito Federal) apropria-se de 75% do volume de arrecadação do ICMS, enquanto $\frac{1}{4}$ (ou 25%) é dividido com os Municípios”. Desta forma, a repartição do ICMS funciona como um “meio garantidor da autonomia dos entes federados”, visto que esses não teriam sua existência se não possuíssem uma autonomia financeira, fato que seria pouco provável sem a repartição do tributo em análise. Segundo o autor, o ICMS representa aproximadamente oitenta por cento da arrecadação tributária dos Estados.

Pedro Barreto²² leciona que a porcentagem de 25% que é repassada aos Municípios, quando analisada, é transformada em uma porcentagem relativa a 100%, dos quais “75%, no mínimo, deve ser distribuído de acordo com o índice denominado VAF (valor adicionado fiscal)” que, em breve explanação, significa “a média do valor das mercadorias saídas, acrescido do valor das prestações de serviços, deduzido o valor das mercadorias entradas, em cada ano civil”; quanto aos 25% restantes, devidos aos Municípios, esses devem ter a sua distribuição em conformidade com “os critérios fixados por Lei Estadual”.

Diante do informado, é certa a análise quanto à importância do efetivo repasse da arrecadação do ICM, pois caso a arrecadação seja frustrada, os Municípios sofreriam um grande abalo econômico, pois estariam sem receber parte do produto do imposto mais arrecadado nos Estados.

21 SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 636.

22 BARRETO, Pedro. **Livro/Apostila de Direito Tributário**. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 106.



3. ICMS ECOLÓGICO NO BRASIL

O Brasil tem buscado meios de potencialização de preservação do Meio Ambiente, tendo em vista a preocupação com seus recursos naturais para gerações futuras, além de ter uma questão de desenvolvimento econômico embutido.

Para isso, se utiliza do ICMS Ecológico, o qual destina parte da quantia recebida a questões ambientais, como gestão de resíduos, tratamento de esgoto ou combate a desmatamento. Desse modo, o tributo verde acaba sendo um instrumento de incentivo à proteção ambiental, porque aufere mais aquelas cidades que preservam e cuidam melhor do seu ambiente.

Tomando por base os dados da *The Nature Conservancy* – TNC, em parceria com a Conservação Internacional e a Fundação SOS Mata Atlântica²³, pode-se dizer que desenvolvido primeiro no estado do Paraná, atualmente o ICMS Ecológico tem aderência de 14 estados brasileiros: Acre, Amapá, Ceará, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Rondônia, São Paulo e Tocantins. No total, cerca de seiscentos milhões são repassados para os municípios a cada ano. Sendo assim, agora é possível acompanhar o andamento do imposto verde em todo o território nacional.

3.1 O ICMS Ecológico do Município do Rio de Janeiro

O estado do Rio de Janeiro sancionou, em 04 de outubro de 2007, a Lei nº 5.100, com alcinha de ICMS verde, que se trata de um remaneja-

²³ BRASIL. **The Nature Conservancy**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.tnc.org.br/>. Acesso em: 23 jul. 2017.

mento tributário com base na conservação ambiental que os Municípios do Rio de Janeiro cumprem em seu território, não se tratando de criação e majoração de imposto. Pode-se também dizer que tal iniciativa corrobora o princípio do protetor-recebedor oriundo do princípio da precaução.

Em decorrência da integração da questão ambiental como um dos requisitos utilizados para o cálculo dos repasses, a Lei Estadual nº 5.100/2007²⁴ acresceu o critério ambiental como um dos seis índices elencados pela Lei Estadual nº 2.664/96, que dispõe sobre a distribuição da parcela de 1/4 dos 25% (vinte e cinco por cento) do produto da arrecadação do ICMS no estado do Rio de Janeiro, o qual encontra-se sob a égide da seguinte redação:

Art. 1º- (...) VI- conservação ambiental: a área e a efetiva implantação das unidades de conservação existentes no território municipal, observadas as disposições do Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza – SNUC e seu correspondente no Estado quando aprovado; as áreas protegidas, a qualidade ambiental dos recursos hídricos, bem como a coleta e disposição final adequada dos resíduos sólidos.

O percentual que fora distribuído ao município do Rio de Janeiro descreveu no artigo 2º, inciso III, §2º da Lei os critérios ambientais e a porcentagem do ICMS Ecológico a ser recebida pelo município:

24 RIO DE JANEIRO. **Lei nº 5100 de 04 de outubro de 2007**. Altera a lei nº 2.664, de 27 de dezembro de 1996, que trata da repartição aos municípios da parcela de 25% (vinte e cinco por cento) do produto da arrecadação do ICMS, incluindo o critério de conservação ambiental, e dá outras providências. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/f25edae7e64db53b032564fe005262ef/d59484fb516c0f13032564fb005eec2f?OpenDocument>. Acesso em: 31 ago. 2019.



- I- área e efetiva implantação das unidades de conservação, das Reservas Particulares do Patrimônio Natural – RPPN, conforme definidas no SNUC, e Áreas de Preservação Permanente – APP, 45% (quarenta e cinco por cento), sendo que desse percentual 20% (vinte por cento) serão computados para áreas criadas pelos municípios; II- índice de qualidade ambiental dos recursos hídricos, 30% (trinta por cento); 32 III- coleta e disposição adequada dos resíduos sólidos, 25% (vinte e cinco por cento).

Atualmente, o Município do Rio de Janeiro é considerado um dos que mais presta serviços ambientais à sociedade, com a criação da unidade de conservação e gestão de resíduos, o mesmo recebe o equivalente ao percentual de 2,5% (dois vírgula cinco pontos percentuais), do total de ICMS arrecadado pelo Estado, é o que assevera Inês Infante²⁵:

O município do Rio de Janeiro possui 38 (73,08%) das 52 unidades de conservação municipais dessa região. Clare (2009) identificou em sua pesquisa junto à prefeitura municipal do Rio de Janeiro, 43 unidades de conservação criadas pelo próprio município. Cinco delas pertencentes à categoria Área de Proteção Ambiental e Recuperação Urbana (APARU), existente apenas no município do Rio de Janeiro. Essas unidades cobrem uma área de 14.803,31ha ou 1,83% da área total de unidades de con-

25 INFANTE. Inês de Souza. **Avaliação do potencial dos municípios do estado do Rio de Janeiro de participação no repasse do ICMS Verde a partir da criação de unidades de conservação**. RJ. 2010. p. 45. Dissertação (Mestrado em Ciências) – Pós-Graduação em Ciências Ambientais e Florestais. Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Seropédica.

servação do estado, 47,70% da área total de unidades de conservação municipais da região e 40,01% de seus remanescentes florestais. Dentro de seu território, o município possui ainda, uma unidade de conservação federal, seis unidades de conservação estaduais e três RPPNs, totalizando 48 unidades de conservação distribuídas dentro de seus limites, sendo o município, em todos os estados, a possuir o maior número e percentual (24,49%) de unidades de conservação.

Desta feita, constata-se a importância que o Município do Rio de Janeiro tem pela busca do desenvolvimento de políticas focadas na preservação do meio ambiente que permitam o desenvolvimento sustentável, buscando sempre sua expansão vegetal, preservação da água e tratamento adequado e a coleta e o descarte do lixo.

Para que pudesse se beneficiar dos recursos previstos na Lei do ICMS Verde, o Município do Rio de Janeiro seguiu o exposto no artigo 3º da Lei nº 5.100/2007, a qual expressa a necessidade de cada município organizar seu próprio Sistema Municipal de Meio Ambiente, compondo-o minimamente de Conselho Municipal do Meio Ambiente, Fundo Municipal do Meio Ambiente, Órgão administrativo executor da política ambiental municipal e Guarda Municipal ambiental.

3.2 O ICMS Ecológico do município de Fortaleza

O Estado pode se valer de instrumentos para estimular as práticas ambientalmente relevantes dos contribuintes, sendo o repasse de receita do ICMS, arrecadados pelo Estado aos seus Municípios que atendam a determinados critérios ambientalmente relevantes, um meio eficaz



de se atender a tal objetivo constitucional, de ter um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O ICMS é um imposto estadual, tendo suas normas gerais dispostas na Lei Complementar 87/86 e o Estado do Ceará o pormenoriza por meio da Lei nº 12.670/96, regulamentado pelo Decreto nº 24.569/97.

O ICMS Ecológico fora criado em 2007, regulamentado em 2008 e os valores começaram a ser passados para os Municípios em 2009²⁶. A Lei ordinária estadual cearense 14.023/2007²⁷ definiu como critérios de repasse o ensino, a saúde e o meio ambiente, conforme se extrai do artigo 1º, incisos I, II e III, senão vejamos:

Art. 1º ...

I- ...

II- 18% (dezoito por cento) em função do Índice Municipal de Qualidade Educacional de cada município, formado pela taxa de aprovação dos alunos do 1º ao 5º ano do ensino fundamental e pela média obtida pelos alunos de 2º e 5º ano da rede municipal em avaliações de aprendizagem;

26 BARROS, Ana; CAÚLA, Bleine Queiroz. Tributação ambiental e o princípio do protetor-recebedor posto em prática: requisitos de atendimento aos critérios do ICMS ecológico no Estado do Ceará. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz *et al.* (org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. v. 4. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 47.

27 CEARÁ. Lei nº 14.023, de 17 de dezembro de 2007. Modifica dispositivos da Lei nº 12.612/1996, que define critérios para distribuição da parcela de receita do produto e arrecadação do Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, pertencente aos municípios e dá outras providências. Disponível em: <http://www.icmsecolgico.org.br/site/images/legislacao/leg002.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2017.

III- 5% (cinco por cento) em função do Índice Municipal de Qualidade da Saúde de cada município, formado por indicadores de mortalidade infantil;

IV- **2% (dois por cento) em função do Índice Municipal de Qualidade do Meio Ambiente** de cada município, formado por indicadores de boa gestão ambiental. (grifo nosso).

As regulamentações do repasse de receita do ICMS aos Municípios cearenses se dão por meio dos Decretos 29.306/2008 e 29.881/2009. O primeiro regulamento em seus artigos 16 a 21, disciplina o Índice Municipal de Qualidade do Meio Ambiente (IQM). Segundo Ana Barros e Bleine Queiroz Caúla²⁸:

Os cinco pontos básicos para a satisfação ao IQM no Estado do Ceará estão focados unicamente na gestão de resíduos sólidos. São eles: implantação da estrutura operacional de gestão de resíduos sólidos, implantação da coleta sistemática, implantação de coleta seletiva, licenças de instalação e licença de operação para estrutura de disposição final dos resíduos sólidos.

O atendimento a esses índices e a possibilidade de receber os recursos do repasse hoje é feita de maneira proporcional ao atendimento dos quesitos, devido à dificuldade enfrentada pelos Municípios em atender todos os critérios em conjunto.

28 BARROS, Ana; CAÚLA, Bleine Queiroz. Tributação ambiental e o princípio do protetor-recebedor posto em prática: requisitos de atendimento aos critérios do ICMS ecológico no Estado do Ceará. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz *et al.* (org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. v. 4. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 48.



Cumpra ressaltar que os critérios propostos pela Lei são mutáveis, a depender, em última análise, da vontade legislativa, deparando-se com a ineficiência dos Municípios em atender os quesitos e, com isso, não promover um ambiente saudável que é o fim último para o qual esse repasse fora criado. Dessarte, alguns Estados inovam em critérios e vêm mostrando experiências positivas, tais como Minas Gerais, que delimita como quesito a educação ambiental, e Tocantins que assim o faz com a aprovação de leis ambientais, tratamento de água e outros²⁹.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Resta perceptível que o campo tributário vem cada vez mais se tornando um instrumento de defesa e preservação ambiental. Deste modo, é claramente identificada a função social que os tributos carregam em sua essência. Principalmente na geração atual, tão voltada à tecnologia e aos avanços oriundos das ferramentas que trazem praticidade ao cotidiano, mas que degradam o meio ambiente.

É nesse atual cenário social e econômico que o ICMS ecológico pode ser considerado como um meio eficaz de preservação do meio ambiente, sendo dado até mesmo como uma fonte unificadora do valor econômico a atividades de proteção ambiental. Fortalecendo a manutenção do equilíbrio financeiro entre os entes políticos por meio da sistemática de repartição de receitas.

29 BARROS, Ana; CAÚLA, Bleine Queiroz. Tributação ambiental e o princípio do protetor-recebedor posto em prática: requisitos de atendimento aos critérios do ICMS ecológico no Estado do Ceará. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz *et al.* (org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. v. 4. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 47.

Nessa esteira, vislumbra-se a suma importância que o repasse de receitas tributárias possui para garantir o equilíbrio federativo, podendo ser considerado uma forma muito mais eficaz de atenuação da assimetria econômica dos Estados federados.

As experiências do ICMS Ecológico analisados no Município do Rio de Janeiro e Fortaleza indicam e demonstram, sobretudo, as benesses ocasionadas em municípios onde predominam áreas protegidas e com restrições às atividades econômicas, esses recursos participam significativamente na receita como fonte importante para a economia local.

Visto ainda que apesar de se tratar da região Sudeste e Nordeste a importância do ICMS ecológico para ambos, tomando por base que os dois Estados possuem o fito de conquistar a melhora da qualidade ambiental, eles conseguirão também contribuir com o aumento da qualidade de vida de suas populações.

Percebeu-se com o estudo que os Estados ainda estão em processo de adaptação e implantação do ICMS verde como um meio de aproximação do Fisco ao meio ambiente, não obstante os Estados terem regulamentado as leis Estaduais no ano de 2007. Pois, acima de tudo, o ICMS ecológico tem incutido em sua finalidade extrafiscal uma mudança de paradigmas para a sociedade.

Os resultados têm sido positivos, a tendência é a melhoria dos critérios adotados pelos Estados a promoverem a promoção a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, princípio e direito fundamental preconizado na nossa Constituição da República de 1988.



REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo Bessa de. **Direito Ambiental**. 12 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARRETO, Pedro. **Apostila de Direito Tributário**. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

BARROS, Ana; CAÚLA, Bleine Queiroz. Tributação ambiental e o princípio do protetor-recebedor posto em prática: requisitos de atendimento aos critérios do ICMS ecológico no Estado do Ceará. *In*: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz *et al.* (org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. Vol.4. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 39-56.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 21 jul. 2019.

BRASIL. **The Nature Conservancy**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.tnc.org.br/>. Acesso em: 23 jul. 2017.

CEARÁ. **Lei nº 12.023, de 20 de novembro de 1992**. Dispõe sobre o Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores - IPVA. Disponível em: <http://www.al.ce.gov.br/legislativo/tramitando/lei/12023.htm>. Acesso em: 20 abr. 2017.

CEARÁ. **Lei nº 14.023, de 17 de dezembro de 2007**. Modifica dispositivos da Lei nº. 12.612/1996, que define critérios para distribuição da parcela de receita do produto e arrecadação do Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, pertencente aos

Ir para o índice

municípios e dá outras providências. Disponível em: <http://www.icmse-cologico.org.br/site/imagens/legislacao/leg002.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2017.

CEARÁ. **Decreto nº 29.306, de 05 de junho de 2008**. Dispõe sobre os critérios de apuração dos índices percentuais destinados à entrega de 25% (vinte e cinco por cento) do ICMS pertencente aos municípios, na forma da Lei nº 12.612, de 7 de agosto de 1996, alterada pela Lei nº 14.023, de 17 de dezembro de 2007, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.icmsecologico.org.br/site/imagens/legislacao/leg001.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2019.

CEARÁ. **Decreto nº 29.881, de 31 de agosto de 2009**. Altera dispositivos do Decreto nº 29.306, de 5 de junho de 2008, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=122886>. Acesso em: 31 ago. 2019.

CEARÁ. **Lei nº 12.670, de 27 de dezembro de 1996**. Dispõe acerca do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=121922>. Acesso em: 31 ago. 2019.

CEARÁ. **Decreto nº 24.569, de 31 de julho de 1997**. Consolida e regulamenta a Legislação do Imposto Sobre Operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS), e dá outras providências. Disponível em: http://www.legiscenter.com.br/minha_conta/bj_plus/direito_tributario/atos_legais_estaduais/ceara/decretos/1997/decreto_24569_de_04-08-97.htm. Acesso em: 31 ago. 2019.

GUERRA, Sidney Cesar Silva. Direito Internacional Ambiental: breve reflexão. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia** / Faculdades In-



tegradas do Brasil. Curso de Mestrado em Direito da UniBrasil. v. 2, n. 2 (jul./dez. 2007). Curitiba: UniBrasil, 2007. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.uni-brasil.com.br/index.php/rdfd/issue/view/2>. Acesso em: 19 jul. 2019.

INFANTE. Inês de Souza. **Avaliação do potencial dos municípios do estado do Rio de Janeiro de participação no repasse do ICMS Verde a partir da criação de unidades de conservação**. RJ. 2010. Dissertação (Mestrado em Ciências) – Pós-Graduação em Ciências Ambientais e Florestais. Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Seropédica. Disponível em: <https://tede.ufrjr.br/jspui/bitstream/jspui/1620/4/2010%20-%20In%C3%AAs%20de%20Souza%20Infante.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2019.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo, Método, 2017.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MONTERO, Carlos Eduardo Peralta. **Tributação ambiental: reflexões sobre a introdução da variável ambiental no sistema tributário**. São Paulo: Saraiva, 2014.

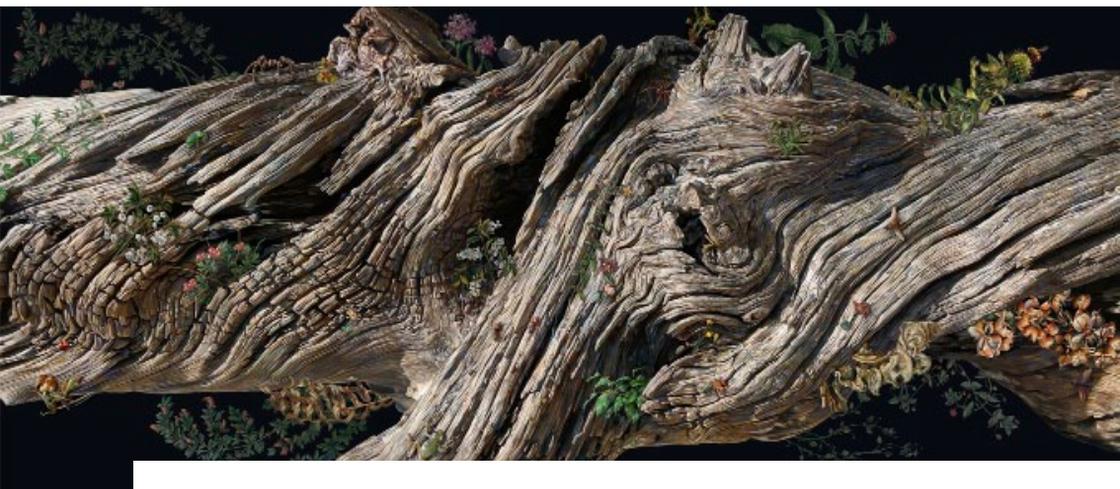
RIO DE JANEIRO. **Lei nº 5.100 de 04 de outubro de 2007**. Altera a Lei nº 2.664, de 27 de dezembro de 1996, que trata da repartição aos municípios da parcela de 25% (vinte e cinco por cento) do produto da arrecadação do ICMS, incluindo o critério de conservação ambiental, e dá outras providências. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/0/edd5f699377a00078325736b006d4012?OpenDocument>. Acesso em: 31 ago. 2019.

RIO DE JANEIRO. **Lei nº 2.664, de 27 de dezembro de 1996**. Dispõe sobre a distribuição aos municípios de parcela de 25% (vinte e cinco por cento) do produto da arrecadação do imposto sobre operações relativas à circulação

de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação – ICMS. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/f25edae7e64db53b032564fe005262ef/d59484fb516c0f13032564fb005eec2f?OpenDocument>. Acesso em: 31 ago. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; MACHADO, Paulo Affonso Leme; FENSTERSEIFER, Tiago. **Constituição e legislação ambiental comentadas**. São Paulo: Saraiva, 2015.

TOCANTINS. **Lei Complementar 327/2015**. Cria o Programa Solar para estabelecer incentivos ao desenvolvimento tecnológico, ao uso e a instalação de sistemas de conversão e/ou aproveitamento de energia solar no município de Palmas e adota outras providências. Disponível em: <http://resolve.palmas.to.gov.br/media/formularios/a3bae72ca71447b8aced2c985feed924.pdf> . Acesso em: 21 jul. 2017.



II. CONSTITUCIONAL

[Ir para o índice](#)

Transexualidade e o direito a identidade sexual diversa: a lacuna legislativa sobre adequação do registro civil no Brasil

Transexuality and the right to diverse sexual identity: the legislative law on the adequacy of the civil registry in Brazil

ANA PAULA ARAÚJO DE HOLANDA
ANA LAURA ROCHA CABRAL

RESUMO

O presente estudo possui como objetivo a análise relacionada à omissão de uma legislação específica sobre os direitos da personalidade dos transexuais. Para tanto, expõe as divergências sobre identidade de gênero e os entendimentos relevantes sobre a despatologização dessas pessoas. Evidencia o direito a ter



uma identidade reconhecida, com uma breve reflexão sobre o direito à felicidade, os princípios constitucionais pertinentes de uma democracia e a visão dos tribunais brasileiros sobre a adequação do prenome e gênero. Por fim, uma reflexão sobre a lacuna legislativa, destacando os projetos de lei que tentam regular as questões relativas à retificação do Registro Civil, mas que não encontram diálogo para prosperarem, tornando-se fator primordial de marginalização e exclusão social. Metodologia utilizada: descritiva-analítica e bibliográfica. Conclui-se que entender a transexualidade e debater sobre, é um dos caminhos para dirimir preconceitos e angústias desta minoria. Assim, promover uma reflexão sobre a construção de norma específica.

Palavras-chave: transexualidade. gênero. identidade. registro civil. lacuna legislativa.

ABSTRACT

The objective of this study is the analysis related to the omission of specific legislation on transexual personality rights. To do so, it exposes the divergences on gender identity and relevant understandings about the despatologization of these people. It evidences the right to have a recognized identity, with a brief reflection on the right to happiness, the pertinent constitutional principles of a democracy, and the Brazilian courts' view on the adequacy of the name and gender. Finally, a reflection on the legislative gap, highlighting bills that try to regulate issues related to the rectification of the Civil Registry, but which do not find dialogue to thrive, becoming a primary factor of marginalization and social exclusion. Methodology used: descriptive-analytical and bibliographical. It is concluded that, understanding transexuality and debating about it, is one of the ways to resolve prejudices and anguishes of this minority. Thus, promote a reflection on the construction of specific standard.

Keywords: transexuality. genre. identity. civil registry. legislative gap.

[Ir para o índice](#)

INTRODUÇÃO

No Brasil contemporâneo não existe estimativa do número de transexuais, em face do modo de vida com discrição, bem como a inexistência de censo oficial que aborde a temática. Os únicos dados expostos hoje no Brasil são de que o país possui o maior número de assassinatos de transexuais e travestis no mundo¹. Esse fato tem provocado um movimento pelos direitos dos que rompem com o sistema binário de gênero, imposto logo ao nascer, e tem buscado mudanças nas diversas esferas da sociedade.

A luta pela visibilidade tem ganhado destaque ao longo dos anos, pois gera o debate sobre os conceitos existentes que ainda geram dúvidas e as omissões que o Legislativo brasileiro insiste em perdurar, priorizando regulamentar dentro dos conceitos de cisgênero e heteronormatividade. Isso provoca um preenchimento desta lacuna pelo Executivo e Judiciário, porém não traz segurança jurídica por não existir um pensamento uníssono sobre a questão.

Além disso, o crescente incremento da complexidade das relações sociais e a contínua evolução do meio que as circundam, no qual o pluralismo, a comunicação e a desconstrução de um único ponto de vista para tudo, acabam sendo movimentos necessários da própria sociedade. Porém, para coibir a exclusão social de um grupo já marginalizado é substancial a concretização de uma legislação específica aliada a políticas públicas de Estado que possibilitem uma nova forma de efetividade do Direito, em consonância com a tendência internacional em entender a identidade psicossocial em detrimento da identidade biológica.

1 ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE TRAVESTIS E TRANSEXUAIS. **Dados sobre a violência da comunidade LGBT**. Disponível em: <https://pt-br.facebook.com/antrabrazil/>. Acesso em: 10 maio 2017.



A problemática em torno dos direitos dos transexuais, mais do que coibir os transtornos sociais por não ajustarem o sexo físico e o psíquico, é a real efetivação do direito de liberdade e da autodeterminação da identidade de gênero, dando-lhes a possibilidade de plena vivência da cidadania. Isso significa uma identificação civil que não destoe da identificação social. Quando existe uma nítida omissão acerca desses direitos, vê-se usurpada a autonomia privada existencial, galgada no respeito a princípios fundamentais como os da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

A justificativa para a apresentação deste trabalho decorre da necessidade de trazer o assunto para uma discussão sobre a efetividade desses direitos, esclarecendo os pontos salientes e lacunas existentes, sobretudo, demonstrando a importância da necessária reformulação da legislação brasileira com o intuito de assegurar os direitos e dirimir os preconceitos voltados a essa parcela da sociedade que se encontra usurpada de exercer sua cidadania de forma completa, como qualquer outra pessoa, por encontrar limitações em possuir uma documentação que a represente de forma verdadeira.

O ponto principal deste estudo é demonstrar a relevância e urgência em assegurar uma vivência digna e plena aos transexuais na sociedade a partir da criação de normativos específicos, reconhecendo o princípio da dignidade da pessoa humana como a luz a ser seguida para promover a igualdade e respeitar as certezas e projetos de cada um, possibilitando o exercício da cidadania com o reconhecimento de uma identidade. Para tanto, utilizou-se de procedimento descritivo-analítico, a partir de levantamento bibliográfico e documental.

1. TRANSEXUALIDADE E QUESTÕES PERTINENTES AO TERMO

Ao falar de transexualidade não é raro se deparar com a palavra transexualismo. Apesar de terem o mesmo sentido, o sufixo “-ismo”, de origem grega, encontra-se repleto de conotação patológica, portanto, tem se feito um movimento para desvinculação de preconceitos e afastamento da ideia de que a pessoa trans possui algum tipo de patologia. Refuta-se o termo transexualismo, apesar de ser nomenclatura formal, principalmente no início dos estudos sobre a temática e na própria medicina, que emprega o termo por conta da CID 10/F64.0.

A mitologia greco-romana, estudos antropológicos e a literatura mundial mostram personagens que se vestiam e diziam se sentir como membros do sexo oposto. Portanto, o fenômeno da transexualidade não é próprio da modernidade, sendo tão antigo como qualquer outra expressão da sexualidade. O que de fato é novidade encontra-se no escopo da medicina, sobre a possibilidade, através de técnicas cirúrgicas e hormonoterapia, a readequação do sexo².

Faz-se pertinente diferir transexualidade de travestilidade, comumente confundidas. Este não nega seu sexo biológico, porém, identifica-se mais com o feminino do que, propriamente com a ideia de mudar de sexo. O travesti comporta-se dentro deste gênero, porém, permeia entre o feminino e o masculino³. Acredita-se existir um fetichismo para o uso das roupas/acessórios que lembrem o sexo oposto e sobre a existência do órgão sexual masculino.

2 CECCARELLI, Paulo Roberto. Transexualismo e identidade sexuada. In: VIVIANI, Alejandro Luis (org.). **Temas da Clínica Psicanalítica**. São Paulo: Experimento, 1998, p. 137-147. Disponível em: <http://ceccarelli.psc.br/texts/transsexualismo.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2017.

3 DINIZ, Maíra Coraci. **Direito à não Discriminação: Travestilidade e Transexualidade**. São Paulo: Estúdio.com, 2014.



Em contrapartida, o transexual é o indivíduo que sente incompatibilidade entre o sexo psíquico e o físico, ou seja, existe conflito entre o sexo biológico e o que sua mente diz, tendo a nítida sensação de ter nascido no corpo errado, não existindo harmonia entre o que se vê e o que se é. Para Maria Helena Diniz⁴ transexualidade é:

[...] a condição sexual da pessoa que rejeita sua identidade genética e a própria anatomia de seu gênero, identificando-se psicologicamente com o gênero oposto. Trata-se de um drama jurídico-existencial, por haver uma cisão entre a identidade sexual física e a psíquica. É a inversão da identidade psicossocial, que leva a uma neurose reacional obsessivo-compulsiva, manifestada pelo desejo de reversão sexual integral. Constitui, por fim, uma síndrome caracterizada pelo fato de uma pessoa que pertence, genotípica e fenotipicamente, a um determinado sexo ter consciência de pertencer ao oposto.

Já para o psicólogo Paulo Roberto Ceccarelli⁵:

[...] o transexual- é, de fato, um homem ou uma mulher. Não se trata de um “desejo” de pertencer ao outro sexo mas, antes, de uma evidência: o sujeito “é” do outro sexo. Isto introduz uma particularidade no transexualismo: os sujeitos que reivindicam a redesignação sexual, o fazem em nome do estatuto social de sua identidade e não em nome do exercício da sexualidade [...].

4 DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

5 CECCARELLI, Paulo Roberto. Transexualismo e caminhos da pulsão. **Reverso: Revista do Círculo Psicanalítico de Minas Gerais**, Belo Horizonte, ano 25, n. 50, 2003. p. 41.

O Conselho Federal de Medicina do Brasil (CFM), por meio da Resolução nº 1.955/2010, considera transexual o “portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e/ou autoextermínio”. É válido ressaltar que as definições dadas pela ciência vivem em constante modificação a depender da época estudada. Transexualidade, hoje conhecida como uma disforia de gênero, já foi compreendida como anomalias do instinto sexual (1896); homossexualidade congênita e metamorfose sexual paranoide (1895); inversão sexo-estética (1949); alteração da identidade de gênero (1994)⁶.

Explicita-se que esse conceito do CFM vai de encontro aos direitos fundamentais, pois o mesmo confere um estado de patologia ao indivíduo transexual que deveria ser individualizado no contexto social tendo como norte o princípio da dignidade humana. A despatologização corrobora o direito de se expressar, formando a identidade sexual e, por conseguinte, a personalidade, direitos assegurados pela Constituição.

Apesar de ser senso comum que o transexual deseja fazer a ablação sexual, e só o é quando realiza o procedimento, bem explicita Maíra Coraci Diniz⁷ que “a pessoa transexual possui identidade de gênero diversa do seu sexo biológico, mas não necessariamente tem aversão ao seu órgão sexual”. Para a autora, o fenômeno da transexualidade é tão amplo que fica impossibilitado de se criar algum tipo de rótulo absoluto, sendo mais lógico levar em consideração as variáveis da vida de cada indivíduo para assim defini-lo como trans.

6 DINIZ, Maíra Coraci. **Direito à não Discriminação:** Travestilidade e Transexualidade. São Paulo: Estúdio.com, 2014.

7 DINIZ, Maíra Coraci. **Direito à não Discriminação:** Travestilidade e Transexualidade. São Paulo: Estúdio.com, 2014. p. 19.



A identidade de gênero está no íntimo do ser humano e de toda percepção que o mesmo constrói de si na sociedade, abarcando questões psicológicas, culturais e genéticas. A partir do momento que entendemos a pluralidade das pessoas, as características próprias de cada um e a identidade como construção social, desatrelando-se de uma organização social pautada no indivíduo cisgênero/heterossexual, vê-se a figura do transgênero como algo inerente do progressivo desenvolvimento da espécie humana, quebrando a coerência binária da constituição dos gêneros⁸.

A orientação sexual é o ponto mais confundido quando se fala em transexualidade. No esteio dos Princípios de Yogyakarta⁹, entende-se por orientação sexual:

[...] uma referência à capacidade de cada pessoa de ter uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas¹⁰.

Aqui se encontra a heterossexualidade, homossexualidade e bissexualidade. Não há o que se confundir, por exemplo, o homossexual com o transexual. Naquele o indivíduo não encontra desarmonia entre seu gênero e sexo.

⁸ Cisgênero é o termo utilizado para as pessoas que encontram harmonia entre seu sexo de nascença e seu gênero.

⁹ PRINCÍPIOS de Yogyakarta. Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Yogyakarta, Indonésia, 2006. In: **Centro Latino-americano em Sexualidade e Direitos Humanos**. 2006.

¹⁰ PRINCÍPIOS de Yogyakarta. Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Yogyakarta, Indonésia, 2006. In: **Centro Latino-americano em Sexualidade e Direitos Humanos**. 2006. p. 7

A identidade de um indivíduo tem por base a construção social, por conseguinte, nasce da pluralidade e das possibilidades do desenvolvimento constante do ser humano. Manter uma visão única tem se mostrado retrógrada e insuficiente, conseguindo somente criar estereótipos que só culminam na proliferação de preconceitos. O resultado disso acaba sendo a exclusão social dos que não se acomodam em aceitar os conceitos impostos pela sociedade.

O comportamento sexual, ou mesmo a forma como dispomos do nosso próprio corpo, sempre foram assuntos polêmicos, pois permeiam entre questões morais e religiosas. A ciência, mais distante desses dois polos, veio categorizar o que se encontra dentro do campo da normalidade e do patológico. Isso fez com que a realidade de uma minoria, que não se propõe a seguir os padrões reinantes na sociedade, fosse patologizada.

Existe uma militância para a despatologização da transexualidade, na qual se visa retirar essa categoria dos catálogos das doenças mentais (DSM-IV, CID-10)¹¹. A OMS (Organização Mundial de Saúde), em 2015, comunicou que tiraria o termo da categoria de transtornos e criaria uma nova, afastando-o da condição de “transtornado”, incluindo esta mudança no próximo Código Internacional de Doenças (CID-11)¹².

Segundo Barreto e Ceccarelli¹³ a plataforma ativista internacional denominada *Stop Trans Pathologization*, criada em meados de 2009, atua

11 DSM – Manual de Diagnóstico e Estatísticas de Distúrbios Mentais da Associação Psiquiátrica Americana – APA. CID-10 – Classificação Internacional de Doenças.

12 Neste caso, transtorno de identidade de gênero, que depois passou a se chamar disforia de gênero.

13 BARRETO, Ocilene; CECCARELLI, Paulo Roberto. Entre o Eu e o corpo... um estranho: reflexões sobre as transexualidades. **Reverso: Revista do Círculo Psicanalítico de Minas Gerais**. Belo Horizonte, ano 37, n. 69, junho 2015, p. 113-120. Disponível em: http://ceccarelli.psc.br/pt/?page_id=2118. Acesso em: 01 mar. 2017.



no Brasil realizando reivindicações e atividades de informação, e conta com o apoio dos Conselhos Federal e Regionais de Psicologia. Essa temática no país ainda é delicada já que a patologização é um dos argumentos do Sistema Único de Saúde para fazer procedimentos que envolvam mudança de sexo, necessitando da corroboração de que o paciente possui desvio psicológico permanente.

Logo, assegurar a plena vivência, e convivência, em todas as searas da sociedade, inclusive no tocante à adequação do Registro Civil, também faz parte do movimento contra a patologização, pois é a plena efetivação do direito de liberdade e da autonomia privada existencial.

2. IDENTIDADE RECONHECIDA PARA UMA CIDADANIA COMPETENTE¹⁴

O direito à identidade é direito fundamental inerente a toda pessoa e intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana. Para tanto, é necessário que três atributos sejam respeitados e vivenciados: alteridade, autonomia da vontade e dignidade. A alteridade é o poder ser diferente e ter reconhecido que cada ser humano é único; a autonomia da vontade é o direito a autodeterminação consciente e a dignidade vem da concretização da autonomia da vontade e alteridade. Quando esse direito é desrespeitado, não há como experimentar a cidadania competente em seu livre desenvolvimento.

14 Termo utilizado para caracterizar aqueles cidadãos que são conscientes de seus direitos e deveres e acima de luta pela efetivação dos mesmos nas instâncias públicas e privada. Ver HOLANDA, Ana Paula Araújo de. Estágio em direito: a contribuição do novo projeto pedagógico do curso de Direito da Unifor. **Revista de Ciências Jurídicas Pensar**, Fortaleza. v. 8, n. 8, p. 1-7, fev. 2003. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/731/1593>. Acesso em: 24 set. 2019.

Uma das principais necessidades dos transexuais no Brasil é a adequação do Registro Civil, afinal, torna-se impraticável uma vida digna quando sua identificação civil destoa da identificação social. Sem a representatividade de um nome e a modificação na identificação de gênero, é como se não existissem, anulando a possibilidade de um reconhecimento e individualização no meio social, ratificando a cultura de marginalização dessas pessoas. Silvio de Salvo Venosa¹⁵ define:

O nome, afinal, é o substantivo que distingue as coisas que nos cercam, e o nome da pessoa a distingue das demais, juntamente com os outros atributos da personalidade, dentro da sociedade. É pelo nome que a pessoa fica conhecida no seio da família e da comunidade em que vive. Trata-se da manifestação mais expressiva da personalidade.

Entendendo o nome como um signo externo e exato, e tendo como funções fundamentais a identificação e individualização, o mesmo precisa estar em conformidade com a identidade de gênero da pessoa. O artigo 16, do Código Civil brasileiro vigente, determina que todo indivíduo tenha direito ao nome, sendo este um dos primordiais direitos da personalidade e categorizado como um direito à integridade moral e pessoal¹⁶. Quando esse não coaduna com a realidade dos fatos, em desencontro com sua imagem social e pessoal, gera uma cidadania incompleta, violando, assim, direitos constitucionais e gerando situações vexatórias por

15 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: parte geral. v.1. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 210.

16 HOGEMANN, Edna Raquel. Direitos humanos e diversidade sexual: o reconhecimento da identidade de gênero através do nome social. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, v. 21, n. 39, p. 217-231, abr. 2014. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/74822>. Acesso em: 23 mar. 2017.



expor a pessoa ao ridículo e zombaria.

A liberdade de se autodeterminar, respeitando a autonomia da vontade, mesmo que essa fuja do pensamento majoritário de uma sociedade conservadora, não pode calar o Estado de sua obrigação precípua de promover o bem estar de todos os seus cidadãos portadores de direitos e deveres, afinal, o Estado Democrático de Direito vem para tornar possível uma vida plena e justa. Lacerda¹⁷ vislumbra bem o papel do Estado para com o indivíduo:

O sentido de uma República lastreada na dignidade da pessoa humana acolhe a ideia de um indivíduo conformador de si próprio e de sua vida segundo o seu próprio projeto espiritual. Trata-se do reconhecimento do indivíduo como fundamento do domínio político da República, onde esta é tão somente uma organização política que serve ao homem, não é o homem que serve os aparelhos político-organizatórios.

Buscando o reconhecimento de sua identidade e uma vida digna, que deveria ser direito inerente para qualquer pessoa, a fim de diminuir as angústias que surgem de um nome que não condiz com o gênero identificado, os transexuais buscam o suporte do Poder Judiciário.

O principal entrave para reconhecimento do direito dos transexuais, no que concerne à retificação do Registro Civil, encontra-se na própria interpretação da Lei nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973 (Lei dos Registros Públicos). Lei essa pautada em uma sociedade bem diferente da que

17 LACERDA, Dennis Otte. **Direitos da Personalidade na Contemporaneidade: a Repactuação Semântica**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2010. p. 45.

se vivencia atualmente. Com valores sociais, morais e jurídicos inadequados ao atual modelo de sociedade brasileira e mundial. Inicialmente, em seu artigo 58, previa que o prenome seria imutável, com a justificativa de preservar a segurança jurídica.

Com a Lei nº 9.708/98 foram permitidas mudanças, em determinadas situações, por apelidos públicos notórios, tirando o caráter absoluto da imutabilidade. Não está explícito, com a modificação, que a pessoa transexual poderá converter seu registro de nascimento, porém, a mesma é nítida quando diz que o nome não pode expor a pessoa ao ridículo, como vemos no artigo 55, parágrafo único, da Lei dos Registros Públicos. Seguindo a mesma linha de raciocínio, é ilógico não permitir que seja feita uma adequação no registro de quem não mais se enxerga com o sexo biológico e jurídico dado ao nascer, pois o mesmo fomenta a exclusão social. Uma visão mais ampla, compreendendo que o direito precisa amparar a vida digna, mesmo que essa seja diferente da maioria, afastaria decisões que destoassem da busca pelo direito à identidade, não ferindo princípios constitucionais e bioéticos.

A Procuradoria Geral da República propôs, em 2009, Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4275)¹⁸, com o intuito de que o artigo 58 da Lei nº 6.015/73 seja interpretado em conformidade com a Constituição Federal de 1988, propiciando a retificação do Registro Civil aos transexuais, não atrelando este direito à cirurgia de transgenitalização. A ação tramita no Superior Tribunal Federal e ratifica que o impedimento ao exercício de princípios fundamentais fere a Carta Magna.

18 O Supremo Tribunal Federal, por unanimidade da Corte, na data de 1º de março de 2018, julgou procedente a ação, sendo possível a alteração de nome e gênero no assento de registro civil mesmo sem a cirurgia de redesignação sexual e sem a necessidade de autorização judicial.



Um desses princípios é o da Dignidade da Pessoa Humana, que é luz diretriz exposta no inciso III, do artigo 1º, da CF/88. Tem tamanha importância que está antes das atribuições do Estado, não podendo se desprezar este fato no ponto de vista da hermenêutica constitucional¹⁹.

O ser humano é o ponto central, sendo sua dignidade o direcionador do novo discurso jurídico, não podendo ser afastado do ideal de justiça, permeando as mais variadas esferas. Como bem esclarece Eduardo C.B. Bittar²⁰:

Parece a personalidade recuperar o espaço perdido nos desvãos da erosão da ética das últimas décadas do século XX, e do longo processo que deu origem ao niilismo, ao tecnicismo, ao ceticismo e a relativização absoluta de todos os valores. Enfim, em poucas palavras, parece a ideia de personalidade recuperar seu sentido pleno, preenchendo o vazio das experiências céticas e materialistas do tecnologismo do século XX, e invadindo as diversas linhas de pensamento ocupadas com os desvarios da história contemporânea. Os discursos que se afinam e depuram na aurora do século XXI se aprimoram em proteger, conhecer, desvendar, em uma palavra, dignificar a personalidade humana, não em atitude de idolatria, mas em atitude de autoconhecimento [...].

19 BITTAR, Eduardo C.B. Igualdade, Diferença e Direitos Humanos: Perspectivas Global e Regional. In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudineu de. (org.). **Direitos Humanos, Democracia e República**: Homenagem a Fábio Konder Comparato. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 358-378.

20 BITTAR, Eduardo C.B. Igualdade, Diferença e Direitos Humanos: Perspectivas Global e Regional. In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudineu de. (org.). **Direitos Humanos, Democracia e República**: Homenagem a Fábio Konder Comparato. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 372.

Assim sendo, uma sociedade que possui uma Constituição democrática e pluralista não pode se encontrar com valores dormentes e calcados numa visão monopolizada de autoridades de Estado. Pelo contrário, a diversidade nunca poderá ser motivo de negação de direitos, devendo a democracia permanecer em evolução constante, garantindo a promoção de novos direitos.

Para Elisa Scheibe²¹, preservar a convivência humana, característica de um Estado Democrático de Direito e Social, tirando da marginalidade os transexuais, é “imprescindível e impositivo”. Para tal, o direito à diferença é fundamental, já que, ao longo dos anos, a diversidade era pretexto para diminuir o direito do outro, considerando-o inferior. Sob essa ótica, determinadas pessoas na sociedade, que se encontram em categoria de vulnerabilidade, são vistas de forma peculiar, de acordo com sua condição social, assegurando-lhes um tratamento especial, como é o caso dos negros, mulheres, crianças, idosos e pessoas do público LGBT²².

3. A LACUNA LEGISLATIVA E O PAPEL DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

As questões relacionadas aos que transcendem ao gênero têm encontrado apaziguamento sobre as cirurgias de redesignação sexual, porém encontram entraves sobre a retificação do registro civil. O artigo 58 da Lei

21 SCHEIBE, Elisa. **Direito de personalidade e transexualidade**: a promoção da dignidade da pessoa humana em uma perspectiva plural. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos. 195f. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2008, p. 17. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/2430/ElisaScheibeDireito.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 23 mar. 2017.

22 PIOVESAN, Flávia. Igualdade, Diferença e Direitos Humanos: Perspectivas Global e Regional. In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELLO, Claudineu de (org.). **Direitos Humanos, Democracia e República**: Homenagem a Fábio Konder Comparato. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 459-489.



nº 6.015/1973 tem sido alvo de projetos de lei que tentam adequar a legislação para uma nova realidade que sempre bate à porta do Judiciário.

Não existir lei específica para essa temática torna o direito do transexual frágil, afinal dependerá de um juiz, que carrega em si costumes, valores e questões morais. Não é incomum as decisões virem permeadas de preconceitos e notório desentendimento sobre o que é transexualidade. A morosidade da justiça também é outro entrave, ficando atrelado aos trâmites da via judicial o pleno exercício da cidadania, isso caso a sentença seja positiva²³.

Em 2013, os deputados Jean Wyllys (PSOL/RJ) e Erika Kokay (PT/DF) criaram o Projeto de Lei nº 5.002, conhecido também como Lei de Identidade de Gênero ou Lei João W. Nery²⁴, possuindo os moldes da Lei de Identidade de Gênero Argentina (Lei nº 26.743/2012), considerada uma das mais avançadas do mundo, e nos princípios de Yogyakarta. Ressalta-se que essa lei teve amplo apoio do Legislativo e Executivo.

O PL nº 5.002 encontrou barreiras no parlamento e diversas manifestações contrárias se pronunciaram. Deturpações e campanhas em prol da “moral e dos bons costumes” proliferaram, abafando uma possível discussão pacífica e disseminando mais desinformação para a sociedade. A proposta busca a não patologização da transexualidade, não judiciali-

23 HOGEMANN, Edna Raquel. Direitos humanos e diversidade sexual: o reconhecimento da identidade de gênero através do nome social. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, v. 21, n. 39, p. 217-231, abr. 2014. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/74822>. Acesso em: 23 mar. 2017.

24 João W. Nery, nascido em 1950, foi o primeiro trans homem do Brasil a passar por intervenções cirúrgicas, aos 27 anos, para readequar seu sexo psíquico ao sexo físico. Ao escrever sua biografia tornou-se atuante no movimento LGBT.

zação para o ato de retificação e a modificação do texto para o artigo 58 da Lei de Registro Público.

A CF/88 inseriu o Brasil em um Estado Democrático de Direito, reprimindo situações de discriminação e tornando permanente o processo de inclusão social. Logo, os princípios norteadores da Carta Magna devem ser competentes para dar reconhecimento a qualquer minoria, dando-lhe o direito à igualdade e o direito à diferença.

Em um primeiro plano, os transexuais buscam um ajustamento do físico com o psicológico, tentando harmonizar o corpo com a mente e com isso encontrar um equilíbrio que possibilite uma vida digna de plena vivência de seus direitos essenciais e sociais. Em um segundo plano, a efetivação jurídica dessa nova realidade torna-se primordial para proporcionar o cumprimento desses direitos, garantindo a ampla concretização à livre manifestação da personalidade. Quando não ocorre a adequação da identidade diante na nova realidade do transexual, o mesmo fica impossibilitado de uma cidadania completa²⁵.

Hodiernamente, o país não possui legislação federal específica para sanar as questões inerentes da transexualidade e nem boa vontade legislativa em dialogar sobre, tendo vários projetos relacionados sem progressos frutíferos. Por conseguinte, a estruturação jurídica, por omissão da lei, tem se debruçado em jurisprudências, direito comparado e doutrinas.

Um caso que bem explicita isso é o identificado no relatório do Re-

25 FERNANDES, Eric Baracho Dore. O transexual e a omissão da lei: um estudo de casos paradigmáticos, **Caderno Virtual**, v. 1, n 21, p. 01-34, jan/jun 2010. Disponível em: <file:///C:/Users/Ana%20Laura/Downloads/357-1275-1-PB.pdf>. Acesso em: 09 maio 2017.



curso Especial nº 1.008.398-SP (2007/0273360-5), no qual o autor de prenome “Clauderson” pretende alterar seu nome e gênero pelo fato de ser transexual e ter realizado a cirurgia de transgenitalização. O entendimento da relatora do recurso, a então ministra do Superior Tribunal de Justiça, Nancy Andrichi, julgou como procedente a pretensão do recorrente²⁶. No dito recurso a mesma profere:

A falta de fôlego do Direito em acompanhar o fato social exige, pois, a invocação dos princípios que funcionam como fontes de oxigenação do ordenamento jurídico, marcadamente a dignidade da pessoa humana – cláusula geral que permite a tutela integral e unitária da pessoa, na solução das questões de interesse existencial humano. Em última análise, afirmar a dignidade humana significa para cada um manifestar sua verdadeira identidade, o que inclui o reconhecimento da real identidade sexual, em respeito à pessoa humana como valor absoluto (STJ, REsp 1008398/SP, terceira turma, Rel.Ministra NANCY ANDRIGHI, julgado em 15/10/2009, publicado em 18/11/2009).

A 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em maio deste ano, entendeu que os transexuais têm o direito de mudar o gênero no Registro Civil, independente da cirurgia de transgenitalização, ao reparar decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (RE nº 1.626.739/RS). O colegiado levou em conta a identidade psicossocial em detrimento da identidade biológica. O ministro Luís Felipe Salomão, relator do caso,

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.008.398 da 3ª Turma. **Mudança de Nome e Sexo**. Relatora: Ministra Nancy Andrichi. Distrito Federal, 15 de outubro de 2009. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5718884/recurso-especial- resp-1008398-sp-2007-0273360-5/relatorio-e-voto-11878383>. Acesso em: 13 mar. 2017.

bem expõe:

O direito dos transexuais à retificação do sexo no registro civil não pode ficar condicionado à exigência de realização da operação de transgenitalização, para muitos inatingível do ponto de vista financeiro, ou mesmo inviável do ponto de vista médico... Independentemente da realidade biológica, o registro civil deve retratar a identidade de gênero psicossocial da pessoa transexual, de quem não se pode exigir a cirurgia de transgenitalização para o gozo de um direito²⁷.

Apesar do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, decisões continuam arraigadas no pensamento individual de cada julgador, que pode dar ao transexual tratamento humano e justo ou revelar um discurso discriminatório, trazendo incertezas, além de não concretizar o adequado reconhecimento da identidade do transexual²⁸.

Essa omissão legislativa a nível federal fomenta uma exclusão e marginalização social que destoam dos preceitos norteadores da CF/1988, gerando um distanciamento de uma minoria do debate político. Conforme John Stuart Mill²⁹, “é um grande desencorajamento para um indivíduo,

27 TEIXEIRA, Matheus. Transexuais têm direito de mudar o gênero no registro civil, diz 4ª Turma do STJ. **Revista Consultor Jurídico**. 09 mai. 2017. Identidade Psicossocial. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-mai-09/transexuais-direito-mudar-genero-registro-civil-stj>. Acesso em: 09 maio 2017.

28 MARTINS, Paulo Adroir Magalhães; CACENOTE, Ana Paula. A necessidade de uma integridade legislativa para o devido reconhecimento das identidades transexuais no atual panorama jurídico-social em razão da crise do sistema jurisdicional. In: VERONESE, Alexandre; SOUZA, José Fernando Vidal de; MARQUES, Verônica Teixeira (coord.). **Sociologia, antropologia e cultura jurídicas**. CONPEDI/UFS, Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 32-57. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/sq7g06eb/gGT-zXjwCdN04dRJu.pdf>. Acesso em: 08 maio 2017.

29 MILL, John Stuart. **O governo representativo**. São Paulo: Escala, 2006.



e ainda maior para uma classe, sentir-se fora da constituição; sentir-se reduzido a pleitear seus direitos, do lado de fora da porta, aos árbitros do seu destino, sem que o chamem para consultá-lo”. É importante entender o sentido de exclusão social:

E o conceito ‘exclusão social’ não diz apenas respeito à pobreza ou marginalização, mas à conhecida e fatal ‘reação em cadeia da exclusão’ que se estende da exclusão econômica/financeira até a exclusão jurídica (negação da proteção jurídica e dos direitos humanos etc.), passando pela exclusão social, sócio-cultural e política³⁰.

Com a evidente apatia política dos incluídos, os movimentos sociais tentam assegurar a sobrevivência e integridade desta categoria de pessoas dando-lhes visibilidade. No entanto, tornar todos iguais não é o objetivo maior, mas sim reduzir, radicalmente, as diferenças de tratamento. A lei nasceria para minorar o preconceito, esclarecer dúvidas sobre o assunto, concebendo o respeito e dignidade, propiciando uma cidadania completa e impondo valores ao mundo fático ao longo de sua existência³¹.

A expectativa de vida de um transexual, no Brasil, é de apenas trinta e cinco anos. O país é possuidor do título que mais mata transexuais,

30 MÜLLER, Friedrich. **Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático?** Tradução: Peter Naumann. Porto Alegre: Unidade Editorial, 2000.

31 MARTINS, Paulo Adroir Magalhães; CACENOTE, Ana Paula. A necessidade de uma integridade legislativa para o devido reconhecimento das identidades transexuais no atual panorama jurídico-social em razão da crise do sistema jurisdicional. *In*: VERONESE, Alexandre; SOUZA, José Fernando Vidal de; MARQUES, Verônica Teixeira (coord.). **Sociologia, antropologia e cultura jurídicas**. CONPEDI/UFS, Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 32-57. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/sq7g06eb/gGT-zXjwCdN04dRJu.pdf>. Acesso em: 08 maio 2017.

sendo 40% de todas as mortes do mundo em território brasileiro. No ano de 2016 ocorreu uma morte a cada três dias. Para ter dimensão desse número, o México possui quatro vezes menos assassinatos e é o segundo com mais registros destes casos³².

O Congresso Nacional brasileiro tem trilhado um caminho galgado no conservadorismo, o que dificulta sair da letargia legislativa em que se encontra quando o assunto se trata de direitos dessa minoria. Materializar princípios fundamentais inerentes a qualquer cidadão, independente da sua identidade sexual, não parece ser o foco. Todavia, o direito não pode adormecer e ficar engessado diante das mudanças da sociedade. Em seu papel de pacificador social, deve sempre vislumbrar soluções que tornem possível o livre desenvolvimento do ser humano, obtendo sua autonomia privada como qualquer outra pessoa. Isso tem se verificado, porém sem apaziguamento sobre questões peculiares ao tema³³.

Na transexualidade, não existe a possibilidade de não se expor. A identidade exala pelo corpo e pelos trejeitos, sendo tão perceptível como qualquer outro sinal externo. Perpetuar a angústia e o constrangimento que surgem da desarmonia psicossocial, negando uma adequação no Registro Civil, é negar o direito de existir por completo, deixando à mercê o bem supremo tutelado pelo direito: o ser humano.

32 Dados são da Associação Nacional de Transexuais e Travestis do Brasil (Antra).

33 MARTINS, Paulo Adroir Magalhães; CACENOTE, Ana Paula. A necessidade de uma integridade legislativa para o devido reconhecimento das identidades transexuais no atual panorama jurídico-social em razão da crise do sistema jurisdicional. *In*: VERONESE, Alexandre; SOUZA, José Fernando Vidal de; MARQUES, Verônica Teixeira (coord.). **Sociologia, antropologia e cultura jurídicas**. CONPEDI/UFS, Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 32-57.



CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, é incontestável que o tabu sobre a transexualidade ainda se encontra latente, fazendo com que essa parcela da sociedade ainda seja foco de discriminações e omissões por parte dos agentes estatais. A lacuna que o Legislativo persiste em perdurar, sobre questões básicas, impede um desenvolvimento da personalidade, restringindo direitos que são vivenciados por quem segue os padrões impostos.

Todavia, é visível um pensamento progressista se instaurando e norteando o tema vindo, principalmente, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, baseado no direito comparado e em uma interpretação fundamentada nos princípios constitucionais em detrimento da lei de registros públicos, trazendo à tona a busca pela concretização de um real Estado Democrático de Direito, onde o direito a ser feliz não é cerceado por nenhum tipo de discriminação.

Conclui-se, portanto, que a falta de uma lei específica sobre os direitos dos transexuais acerca da adequação do registro civil resulta em uma busca pela Justiça para ver reconhecida uma identidade. Enquanto esta não se encontrar em conformidade com o gênero autopercebido da pessoa, a mesma não conseguirá vivenciar de forma plena sua cidadania. O grande cerne sobre a adequação de um Registro Civil estar atrelada a uma decisão judicial encontra-se no julgador, que, permeado de desinformação e valores morais, acaba por gerar a incerteza desse direito.

REFERÊNCIAS

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. **DSM-IV**. Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais. Porto Alegre: ARTMED, 2002, 4a. ed.

ARGENTINA. **Lei nº 26.743, de 23 de maio de 2012**. Dispões sobre o direito e a identidade de gênero das pessoas. 2012. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/195000-199999/197860/norma.htm>. Acesso em 23 de março de 2017.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE TRAVESTIS E TRANSEXUAIS. **Dados sobre a violência da comunidade LGBT**. Disponível em: <https://pt-br.facebook.com/antrabrazil/>. Acesso em: 10 maio 2017.

BARRETO, Ocilene; CECCARELLI, Paulo Roberto. Entre o Eu e o corpo... um estranho: reflexões sobre as transexualidades. **Reverso: Revista do Círculo Psicanalítico de Minas Gerais**, Belo Horizonte, ano 37, n. 69, junho 2015, p. 113-120. Disponível em: http://ceccarelli.psc.br/?page_id=2118. Acesso em: 01 mar. 2017.

BITTAR, Eduardo C.B. Igualdade, Diferença e Direitos Humanos: Perspectivas Global e Regional. *In*: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudineu de. (org.). **Direitos Humanos, Democracia e República**: Homenagem a Fábio Konder Comparato. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 358-378.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 21 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 03 fev. 2018.



BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm. Acesso em: 21 mar. 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.708, de 18 de novembro de 1998**. Altera o art. 58 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que dispõe sobre Registros Públicos, para possibilitar a substituição do prenome por apelidos públicos notórios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9708.htm. Acesso em: 23 mar. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5.002/2013**. Dispõe sobre o direito à identidade de gênero e altera o art. 58 da Lei nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1069623.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.008.398 da 3ª Turma**. Mudança de Nome e Sexo. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Distrito Federal, 15 de outubro de 2009. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5718884/recurso-especial-resp-1008398-sp-2007-0273360-5/relatorio-e-voto-11878383>. Acesso em: 13 mar. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.626.739/RS da 4ª Turma**. Retificação de Registro de Nascimento para a Troca de Prenome e do Sexo (gênero) Masculino para o Feminino. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Distrito Federal, 9 de maio de 2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/484087877/recurso-especial-resp-1626739-rs-2016-0245586-9>. Acesso em 13 maio 2017

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. PGR pede que Supremo reconheça direito de transexuais a mudar de nome. **Notícias STF**. Distrito Federal, 22 jul. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticia-Detalhe.asp?idConteudo=111026>. Acesso em: 30 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4275, de 21 de julho de 2009**. Substituição de Prenome e Sexo no Registro Civil. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/ver-PdfPaginado.asp?id=400211&tipo=TP&descricao=ADI%2F4275>. Acesso em: 31 mar. 2017.

CECCARELLI, Paulo Roberto. Transexualismo e identidade sexuada. In: VIVIANI, Alejandro Luis (org.) **Temas da Clínica Psicanalítica**. São Paulo: Experimento, 1998, p.137-147. Disponível em: <http://ceccarelli.psc.br/texts/transsexualismo.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2017.

CECCARELLI, Paulo Roberto. Transexualismo e caminhos da pulsão. **Reverso: Revista do Círculo Psicanalítico de Minas Gerais**, Belo Horizonte, ano 25, n. 50, 2003, p. 37-49. Disponível em: <http://ceccarelli.psc.br/texts/trans-e-pulsao.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2017.

CID- 10. Organização Mundial da Saúde. **CID-10**: Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde. 10a rev. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1997. vol.1.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.955 de 03 de setembro de 2010**. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a Resolução CFM nº 1.652/02. 2010. Conselho Federal de Medicina. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm. Acesso em: 28 fev. 2017.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do biodireito**. São Paulo: Sarai-va, 2001.



DINIZ, Máira Coraci. **Direito à não Discriminação:** Travestilidade e Transexualidade. São Paulo: Estúdio.com, 2014.

FERNANDES, Eric Baracho Dore. O transexual e a omissão da lei: um estudo de casos paradigmáticos, **Caderno Virtual**, v. 1, n 21, p. 01-34, jan/jun 2010. Disponível em: <file:///C:/Users/Ana%20Laura/Downloads/357-1275-1-PB.pdf>. Acesso em: 09 maio 2017.

HOGEMANN, Edna Raquel. Direitos humanos e diversidade sexual: o reconhecimento da identidade de gênero através do nome social. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, v. 21, n. 39, p. 217-231, abr. 2014. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/74822>. Acesso em: 23 mar. 2017.

HOLANDA, Ana Paula Araújo de. Estágio em direito: a contribuição do novo projeto pedagógico do curso de Direito da Unifor. **Revista de Ciências Jurídicas Pensar**, Fortaleza. v. 8, n. 8, p. 1-7, fev. 2003. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/731/1593>. Acesso em: 24 set. 2019.

LACERDA, Dennis Otte. **Direitos da Personalidade na Contemporaneidade:** A Repactuação Semântica. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2010.

MARTINS, Paulo Adroir Magalhães; CACENOTE, Ana Paula. A necessidade de uma integridade legislativa para o devido reconhecimento das identidades transexuais no atual panorama jurídico-social em razão da crise do sistema jurisdicional. *In*: VERONESE, Alexandre; SOUZA, José Fernando Vidal de; MARQUES, Verônica Teixeira (coord.). **Sociologia, antropologia e cultura jurídicas**. CONPEDI/UFS, Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 32-57. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/sq7g06eb/gGTzXjwCdN04dRJu.pdf>. Acesso em: 08 maio 2017.

MILL, John Stuart. **O governo representativo**. São Paulo: Escala, 2006.

MÜLLER, Friedrich. **Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático?** Tradução: Peter Naumann. Porto Alegre: Unidade Editorial, 2000.

PIOVESAN, Flávia. Igualdade, Diferença e Direitos Humanos: Perspectivas Global e Regional. In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudineu de (org.). **Direitos Humanos, Democracia e República:** Homenagem a Fábio Konder Comparato. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 459-489.

PRINCÍPIOS de Yogyakarta. Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Yogyakarta, Indonésia, 2006. In: **Centro Latino-americano em Sexualidade e Direitos Humanos.** 2006. Disponível em: http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 01 mar.2017.

SCHEIBE, Elisa. **Direito de personalidade e transexualidade:** a promoção da dignidade da pessoa humana em uma perspectiva plural. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos. 195f. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2008. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/2430/ElisaScheibeDireito.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 23 mar. 2017.

STP. Campanha Internacional **Stop Trans Pathologization.** Disponível em: <http://www.stp2012.info/old/pt>. Acesso em: 28 fev.2017.

TEIXEIRA, Matheus. Transexuais têm direito de mudar o gênero no registro civil, diz 4ª Turma do STJ. **Revista Consultor Jurídico.** 09 mai. 2017. Identidade Psicossocial. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-mai-09/transexuais-direito-mudar-genero-registro-civil-stj>. Acesso em: 09 maio 2017

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** parte geral. v.1. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.



As mutações constitucionais e inconstitucionais do ordenamento jurídico Brasileiro

The constitutional and unconstitutional mutations of Brazilian legal ordinance

MARGARETH THATCHER CASTELO BRANCO MOREIRA
ERICK DE SARRIUNE CYSNE

RESUMO

Quando se realiza uma pesquisa acerca de um tema como o proposto, a primeira observação que se tem a respeito é que há uma preocupação com o Estado Democrático de Direito, pois ao buscar na doutrina a sua classificação e relevância, depara-se com os esforços do constituinte originário em manter a Supremacia Constitucional, a partir de sua formalidade, rigidez no que tange à preservação das cláusulas pétreas, além de discutir a importância da Teoria da Separação dos Poderes, proposta por Montesquieu, e a sua modernização realizada pelo o sistema de Freios e Contrapesos e o Surgimento do Ativismo Judicial que, desde o Brasil Colônia, vêm sendo motivo de atenção. Neste trabalho monográfico, utilizando-se da pesquisa qualitativa, com estudo bibliográfico, com

[Ir para o índice](#)

diversos doutrinadores, abordam-se ainda os fatores, os mecanismos e limites da mutação constitucional, fazendo-se referência expressa a exemplos de casos concretos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, além de ressaltar o controle das mutações inconstitucionais. Depois desta explanação, conclui-se que é saudável para uma democracia um Judiciário forte e independente, que luta para que o Estado de Direito e a República sejam mantidos, pois embora se mostre bastante dinâmico e atuante em virtude das mudanças da sociedade, é necessário que em determinados casos seja feita uma autocontenção, fazendo que as leis sejam também cumpridas, não apenas interpretadas, e que mesmo diante de mutações inconstitucionais, saibam agir de modo que elas sejam retiradas do ordenamento e não deem margem para uma ruptura dos Poderes o que poderá causar o fim do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Supremacia e Poder Constituinte. Separação dos Poderes. Ativismo. Mutação Constitucional e Inconstitucional.

ABSTRACT

When conducting a research on a theme such as the one proposed, the first observation that has been made is that there is a concern with the Democratic State of Law, since in seeking doctrine its classification and relevance, it is faced with the efforts of the original constituent in maintaining the Constitutional Supremacy, from its formality, rigidity with regard to the preservation of the stone clauses, in addition to discussing the importance of the Theory of Separation of Powers, proposed by Montesquieu, and its modernization carried out by the system of Brakes and Counterweights and the Emergence of Judicial Activism that, since Brazil Colony, have been a reason for attention. In this monographic work, using the qualitative research, with bibliographical study, with several doctrinators, the factors, the mechanisms and limits of the constitutional mutation are also addressed, making express reference to examples of concrete cases of jurisprudence of the Federal Supreme Court, besides emphasizing the control of the unconstitutional mutations. After this explanation, it is concluded



that a strong and independent judiciary is healthy for a democracy, which strives for the rule of law and the Republic to be maintained, because although it is very dynamic and active due to changes in society, it is necessary that in certain cases a self-restraint is made, so that the laws are also fulfilled, not only interpreted, and that even in the face of unconstitutional mutations, they can act so that they are removed from the order and do not allow for a rupture of the Powers what may lead to the demise of the Democratic Rule of Law.

Keywords: *Supremacy and Constituent Power. Separation of Powers. Activism. Constitutional and Unconstitutional Mutation*

INTRODUÇÃO

Embora a Constituição Cidadã de 1988 seja considerada “inovadora” em relação às Constituições de outros países, a sociedade brasileira passou por mudanças econômica, social e política significativas, adequando o texto constitucional a uma nova realidade do País. E foi por meio desse processo informal de alteração do sentido da interpretação, sem que o texto constitucional fosse alterado, que, no Brasil, surgiu a mutação constitucional, também chamada de vicissitude constitucional tácita, processo fático de alteração constitucional, Constituição viva e poder constituinte difuso (sendo os dois últimos pouco usados no Brasil).

Ao interpretar um texto normativo, o jurista desempenha uma tarefa, que é simultaneamente técnica e criativa. Precisa, de um lado, respeitar os limites da língua e a objetividade tangível do dispositivo positivado, e de outro, há de trabalhar com a indeterminação e a fluidez características da linguagem, que tornam a tarefa de interpretar um movimento permanente.

Um dos meios formais presentes na Constituição brasileira diz respeito à revisão constitucional e às emendas à Constituição, já o tema

em análise, mutação constitucional, constitui meio informal de alteração do conteúdo constitucional. Essa alteração informal se dá por dois fatores: o primeiro diz respeito à modificação de valores sociais como, por exemplo, as políticas que justificam as ações afirmativas, a equiparação da união estável para casamentos homoafetivos, as políticas de gênero, entre outras. E a segunda refere-se às alterações fáticas, podendo existir uma junção entre os dois fatores, ou seja, um complementando o outro.

Tal prática tem por objetivo dar ao texto constitucional seu verdadeiro sentido, no contexto de um sistema de normas aberto, imperfeito e incompleto, por via de consequência, sujeito a integrações e alargamento de sentido.

Diante dessa realidade, o procedimento da interpretação tornaria desnecessárias as frequentes violações e mutilações do texto constitucional elaborado pelo Constituinte Originário, substituindo a reforma à Constituição por uma interpretação voltada a concretizar direitos e princípios, adequando as mudanças sociais ao texto constitucional, para se manter o equilíbrio entre o documento original da Constituição e a estrutura social.

Conforme afirmado anteriormente, a prática da mutação constitucional também pode se revelar perigosa, pois pode afastar da Constituição o que há de mais significativo em um texto constitucional, vale dizer, o fato de a Constituição reservar para si a função de regulamentar a sociedade.

A problemática em torno da mutação constitucional ocorre pela necessidade de atualização da Constituição e pela omissão do Poder Legislativo em não cumprir com as prerrogativas constitucionais que lhes foram determinadas. Ao deixar de cumprir seu papel legisferante, abrem espaço para provocações na esfera judicial, tornando o Supremo Tribunal



Federal protagonista de decisões de grande repercussão nacional, o que acaba interferindo e causando situações de insegurança jurídica e disputa entre os Poderes.

Desse modo, verifica-se a relevância de expor e discutir as questões referentes à efetivação da mutação constitucional e o princípio da separação de poderes, levando-as ao centro das preocupações acadêmicas. O presente trabalho insere-se no estudo dos direitos sociais. A escolha do tema justifica-se pela importância do assunto do ponto de vista político, social e jurídico, bem como pelo interesse de aprofundar o conhecimento devido à crise institucional que foi instalado na organização do Estado e principalmente do que se refere à organização dos poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário.

Dessa forma, no decorrer deste artigo científico, procura-se responder a questionamentos relevantes, tais como: de que maneira pode-se usar a mutação constitucional para resolver os conflitos sociais sem que haja violação do texto constitucional e do princípio da separação dos poderes? As cláusulas pétreas podem ser sujeitas a mutações? Na existência de mutações inconstitucionais, como elas poderão ser expurgadas do ordenamento jurídico?

A justificativa para a investigação decorreu da necessidade de se analisar o tema da mutação constitucional e o princípio da separação dos poderes, por meio de uma reflexão das dificuldades encontradas no contexto das democracias contemporâneas, do drama da jurisdição constitucional e da deliberação pública sobre assuntos referentes ao Estado e da crise política que se transformou em uma crise de confiança.

1. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Observa-se que constituinte originário, no exercício das suas atribuições, verificou que a Carta Política não poderia ficar restrita apenas a limites formais imodificáveis, até mesmo porque a Constituição, como lei fundamental, já nasce estabelecendo e delineando a organização política e jurídica de um Estado, representando um vínculo de força presente nas sociedades, como suas crenças, convicções, enfim, todos os fatores sociológicos, políticos, econômicos e culturais que são exteriorizados e limitados pela manifestação do constituinte derivado encarregado de modificar a elaboração primária, ao recriar e inovar a ordem constitucional instituída mesmo diante da rigidez do seu texto.

Com isso, pode-se dizer que a mutação constitucional é a mudança informal da Constituição, ao longo do tempo, pela evolução social, sem revisão ou elaboração de emendas, ocorrendo a partir de novas interpretações que seu texto recebe por meio do Legislativo, do Executivo e, principalmente, do Judiciário, mais precisamente pelo Supremo Tribunal Federal, por meio de ações judiciais que se materializam e evidenciam os direitos fundamentais, através de um significado diferente, mesmo não havendo alteração na letra do seu texto.

A vida constitucional dos Estados evidencia que as constituições sofrem mudanças, além daquelas previstas formalmente; e a esse caráter dinâmico da ordem jurídica acaba por redimensionar uma nova realidade normativa, onde as constituições, sem revisões ou emendadas, assumem novos significados, expressando uma temporalidade própria, caracterizada pela estabilidade das normas, consubstanciando a estrutura basilar que dá vida aos Estados¹.

1 BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 44.



Essa inovação pode manifestar-se por meio da interpretação do texto constitucional de acordo com a realidade social vivida naquele momento, em que o poder constituinte difuso, ao exercer esse poder de fato, mesmo se tratando de um processo informal do texto constitucional, deve sempre respeitar os princípios estruturantes e em permanente evolução, além das mutações que ele provoca, e se essas modificações não forem condizentes com o estabelecido no texto constitucional, têm que passar pelo crivo do controle de constitucionalidade, sendo confirmada sua inadequação, devem ser retiradas com urgência do ordenamento jurídico para que não causem insegurança dentro da ordem jurídica do país. Na visão de Georg Jellinek:

[...] as mutações constitucionais não ocorrem unicamente pela atividade legislativa, mas também através das práticas judiciais, parlamentares e julgadores, administrativo governamentais, bem como pelo desuso das faculdades estatais. E diante da separação entre a norma e a realidade, muitas vezes, determinados preceitos não se tornam realizáveis, sendo que a prática acaba por, de forma imperceptível, adequá-los à realidade, o que ocorre por meio das mutações constitucionais².

Uadi Lammêgo Bulos³ verifica que as mutações constitucionais afetam todos os tipos, desde as rígidas até as flexíveis. Com isso, cita o autor a Constituição Americana, que tem se mantido inalterada, sob o aspecto formal, há mais de 200 anos.

2 JELLINEK, Georg. **Reforma y mutación de la Constitución**. Trad. Christian Förster. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 156.

3 BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 120.

Diante dessa rápida explicação acerca do fenômeno denominado mutação constitucional, pode-se perceber sua imprescindibilidade para a vida dos Estados em virtude de utilizar, muitas vezes, a realidade de fato para possibilitar a interpretação das normas constitucionais de acordo com as circunstâncias da realidade, proporcionando maior eficácia na coletividade e legitimidade das decisões tomadas pelos Poderes, sem desprezar os limites estabelecidos pelo constituinte originário, de maneira a preservar a ordem jurídica mantida pela Supremacia Constitucional, como também preservar o Estado Democrático de Direito.

2. FATORES QUE PODEM GERAR A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Como comentado anteriormente, a mutação constitucional pode sofrer mudanças por meio de processos informais de alteração da letra do texto constitucional, isto é, modificações que não decorrem da atuação formal do poder constituinte derivado. À luz dessa constatação, Gilmar Ferreira Mendes refere-se a elas como:

[...] alterações semânticas dos preceitos da Constituição, em decorrência de modificações no prisma fático axiológico ou histórico-social em que sua aplicação se concretiza mediante o qual, os textos constitucionais são modificados sem revisões ou emenda [...] ⁴.

Nesse sentido, Karl Loewenstein⁵ utiliza o termo *stillen Verfassungswandlung*, (conversão Constituição silenciosa) como uma acepção da

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 129.

⁵ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1986. p. 164-165.



mudança de sentido de algum princípio do sistema constitucional vigente, que se realiza sem atingir o texto, provocando inevitáveis acomodações do direito constitucional à realidade social, trazendo à tona uma teoria geral do estado que acaba por diferenciar a reforma constitucional realizada por revisão ou por emendas à Constituição (processo formal) da mutação constitucional ou *Verfassungswandlungen* como um processo lento de adequação do texto com a realidade social (processo informal).

A mutação constitucional, segundo Hsü Dau-Lin, “[...] é uma incongruência entre as normas constitucionais, por um lado e a realidade constitucional, por outro, provocada [...]”⁶. E é por meio da divisão das normas constitucionais e da realidade constitucional que o autor acabou por classificar as mutações constitucionais por “classe de mutação”, podendo ser agrupadas em quatro modalidades.

A primeira classe é a mutação que não viola formalmente a Constituição devido à prática estatal não contrariar o texto formal de nenhuma norma constitucional específica. Exemplo: artigo 59, incisos, I, II, III, IV, V, VI, VI, e parágrafo único da CF, que tratam do processo legislativo. Neste caso, o legislador derivado, no exercício de suas atribuições, pôde, por meio da criação de leis, atender aos anseios sociais sem violar o Texto Maior, através do próprio processo legislativo, que compreende a criação de emendas à Constituição, a elaboração das leis ordinárias, das leis delegadas, das medidas provisórias e dos decretos legislativos, assim como da elaboração, da redação, alteração e consolidação das leis.

A segunda classe é a mutação que está impedida de exercer certos direitos estatuídos na Constituição, aqui, um preceito normativo decorrente

6 DAU-LIN, Hsü. **Mutación de la Constitución**. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998. p. 29-30.

da incapacidade de gerar efeitos no mundo empírico, a Lei Maior é superada pela realidade de forma que determinada previsão não pode mais ser operada ainda que continue, sob a ótica técnico-jurídica, válida. Um exemplo dessa classe é o artigo 5º, inciso LXVII, quando trata que não “haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”⁷. Neste caso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a doutrina pátria ampliaram a interpretação de quem figuraria como depositário sujeito à sanção cominada. Com a incorporação do Pacto de São José da Costa Rica no ordenamento jurídico brasileiro, que prevê a prisão exclusivamente para o devedor de alimentos, a polêmica girou em torno da relação hierárquico-normativa entre os tratados internacionais e a Constituição.

A terceira classe é a mutação por meio de uma prática estatal contrária à prática administrativa, legislativa e judicial que está em total desconformidade com a norma. Diferentemente da primeira modalidade em que a mutação somente era perceptível, quando da análise sistemática, nesta classe, tal situação é inequívoca. Por exemplo, o artigo 52, parágrafo único da Constituição, violado tanto na esfera legislativa, administrativa como judicial, ao permitir a perda do cargo sem a inabilitação por oito anos, para exercício de cargo público, colocou em cheque a democracia brasileira em um jogo de egos, usando o poder em benefício próprio. Com isso, pode-se dizer que uma lei ordinária, muito menos um regime interno do Senado, na forma de destaque por um partido político, poderia se sobrepor à Constituição. Nesse caso, por atentar contra o Estado Democrático de Direito, a Constituição pune seus agentes políticos que incumbiram em crime de responsabilidade e de lesa pátria.

7 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 21 jul. 2019.



A quarta classe é a mutação que tem o seu conteúdo modificado à medida que se regulariza uma situação real distinta daquela para qual fora criada. Ela depende principalmente de determinados preceitos cujos enunciados, para serem interpretados, dependem de fatores que se alteram com o tempo, de forma que acabam por não atender ao texto constitucional ou ao sentido que originalmente lhe foi dado pelo constituinte. Pode-se usar como exemplo o artigo 5º, *caput*, da Carta Política de 1988, que só teriam garantias os estrangeiros residentes no país, (aos que estivessem em trânsito ou em férias o texto é omissivo), tendo o legislador abrangido seu sentido sem alterar a letra da lei, como é demonstrado logo a seguir.

No entanto, não se pode deixar de falar das cláusulas pétreas, nas quais o próprio constituinte originário, objetivando evitar alterações temerárias de assuntos essenciais para os cidadãos e o Estado, tratou de limitar a manifestação do controle difuso, mas esse assunto é tratado a seguir.

3. OS MECANISMOS E LIMITES DE ATUAÇÃO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Na própria Constituição se encontram mecanismos de limites de atuação da mutação constitucional e essa limitação deve ser entendida como uma forma de proteger o povo, titular do poder constituinte, dele mesmo, pois ao fazer que a mutação seja sempre parcial, os poderes evitam a revogação tácita da Carta Maior e acabam protegendo o ordenamento jurídico de uma possível ruptura.

Para Uadi Lammêgo Bulos, a mutação constitucional como a única limitação à ação do intérprete estaria no âmbito psicológico de sua consciência; segundo ele, caso fossem extrapolados esses limites, acabaria por

[Ir para o índice](#)

desfigurar os princípios fundamentais os quais regem determinada Constituição, não preservando, assim, a própria essência do texto constitucional.

Consoante Adriano Sant'Ana Pedra⁸, nesse aspecto, a mutação constitucional poderia sofrer limitações de três formas distintas: pela variação da norma contra a Constituição, espécie de modificação informal do texto constitucional que acontece quando o resultado da alteração do sentido de um dispositivo específico está em contraponto com o texto constitucional e tender, assim, a violá-lo; pelo costume, quando de forma objetiva ocorrer o suprimento de uma lacuna jurídica deixada pelo legislador constituinte ao elaborar determinado dispositivo; ou por interpretação, por mudar o texto constitucional sem alterar a letra deste, consiste no estabelecimento de uma atividade interpretativa, que faz com que o dispositivo, cuja semântica seja reformada, esteja plenamente adaptado às demandas da coletividade em que está inserido. E se essas restrições não forem observadas, a mutação constitucional será inconstitucional, em esdrúxula sobreposição do fato ao direito.

Os primeiros limites dessa mutação, segundo Luís Roberto Barroso⁹, somente serão possíveis com a convocação do poder constituinte reformador para dar um sentido novo ao texto e, para isso, é preciso algumas alterações na semântica do relato da norma para que aconteça uma interpretação ou afetação desse texto, conforme se pretenda preservar os princípios fundamentais que darão identidade a uma Constituição específica.

8 PEDRA, Adriano Sant'Ana. **A constituição viva**: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. p. 159-185.

9 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 128-129.



No sistema constitucional brasileiro, outra limitação é a que diz respeito às cláusulas pétreas, lembradas pela maioria dos constitucionalistas, os quais defendem o posicionamento de elas possuírem caráter rígido delimitado por um núcleo e que não pode ser modificado, estabelecendo limites às possibilidades de revisão constitucional. Para Nadja Machado Botelho¹⁰:

Mesmo sujeitas às suas próprias mutações, as cláusulas pétreas também se afiguram como limites à mutação constitucional, de maneira que a alteração de sentido ou alcance dos dispositivos constitucionais não poderá atingir o conteúdo essencial nem favorecer a abolição do núcleo duro da Constituição. E conclui afirmando que se aplica à mutação incidente sobre cláusulas pétreas o entendimento doutrinário e jurisprudencial pertinente à reforma; o que não se pode é pretender, via mutação, aquilo que não se alcançaria nem por emenda.

Com isso, as **cláusulas pétreas** foram conceituadas como uma norma jurídica especializada na proteção dos elencados no artigo 60, parágrafo 4 e incisos, da Carta Política, que veda abolir por emenda à Constituição: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; os direitos e garantias individuais, vetando até as alterações realizadas pelas emendas constitucionais que possuem uma formalidade mais rígida no processo de alteração do seu texto.

¹⁰ BOTELHO, Nadja Machado. **Mutação constitucional**: a Constituição viva de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 39-40.

Assim, José Afonso da Silva¹¹ verifica a existência de duas modalidades de cláusulas pétreas: *as explícitas*, citadas logo acima, sendo protegidas pelos princípios constitucionais expostos no próprio artigo; e *as implícitas*, também conhecidas por “dupla revisão”, que apesar de não estarem elencadas no rol do artigo 60, §4º, e sim, espalhadas pelo texto constitucional, como o artigo 150, que trata da imunidade tributária, não podem ser abolidas da Constituição, exceto se for para melhorá-las.

Alguns autores, como Georg Jellineck¹², que não aceitam a ideia de que uma cláusula pétrea não possa, nunca, ser suprimida, a não ser por obra do poder legislador constituinte originário, na elaboração de uma nova Constituição. Defendem eles que a Constituição tem por fim último regular a vida política do Estado e, sendo essa dinâmica mutável, não se pode falar em texto definitivo que não possa ser suprimido numa Constituição. Assim, para esses doutrinadores, as cláusulas pétreas poderiam ser superadas, afastadas do texto constitucional, desde que por meio de um procedimento especial de “dupla revisão”, isto é, por meio da aprovação de duas emendas constitucionais sequenciais. Enfim, as cláusulas pétreas não poderiam ser superadas por meio da aprovação de uma emenda constitucional, mas poderiam ser superadas por meio da aprovação de duas emendas sequenciais. Toma-se como exemplo a hipótese de o Congresso Nacional retirar o direito de voto do analfabeto, por meio da promulgação de uma emenda constitucional, não poderia fazê-lo, pois essa emenda esbarraria numa cláusula pétrea, que é o direito de voto universal, como disposto no dispositivo constitucional do artigo 60, parágrafo 4, inciso II, da Constituição Federal de 1988.

11 SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 297.

12 JELLINEK, Georg. **Reforma y mutación de la Constitución**. Trad. Christian Förster. Madri, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.



Na visão de Uadi Lammêgo Bulos “há sim, limites à mutação constitucional, uma vez que não se admite a existência de mutações inconstitucionais” e “o limite”¹³, nesse caso, estaria por conta da ponderação do intérprete que, ao empreender o processo interpretativo, recorra de sua autocontenção para que não viole os mecanismos de controle de constitucionalidade e nem interfira nos outros Poderes, usando como pretexto as mudanças sociais, para exorbitar os limites impostos pela Constituição, que, caso não observadas, produzem mutações inconstitucionais tornando o ordenamento inseguro e sem confiança.

4. CONTROLE DAS MUTAÇÕES INCONSTITUCIONAIS

Visando buscar um melhor entendimento sobre o item acima disposto, verificando-se a diferença entre mutação constitucional das mutações inconstitucionais, percebe-se que, além de ser um problema técnico-jurídico, essa diferenciação é bastante tênue e pode gerar confusão, todavia não basta que a realidade se modifique para que o Estado mude pela aplicação da norma jurídica.

Desse modo, Paulo Gustavo Gonet Branco fez uma interessante distinção entre o fenômeno da mutação constitucional e a mutação inconstitucional. A mutação constitucional ocorre quando o fato sobre o qual a norma deve incidir sofre modificações na sua estrutura ou natureza, por isso, o significado da norma acaba mudando sem que o seu texto seja alterado, ou seja, motivos diversos que acabam alterando a realidade de maneira que ela não mais mantém sintonia com a hipótese prevista pelo legislador. A mutação inconstitucional se dá quando uma nova visão jurídica passa a

13 BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 89-91.

vigir na sociedade, onde as próprias dinâmicas jurídicas, também por influência dos fatores externos que operam no mundo real, acabam por fazer prevalecer uma visão do direito que não prevalecia na época da elaboração da norma. Sendo importante lembrar que, nesses dois casos, a alteração nos fatos ocasiona também mudanças no mundo material, tendo o Judiciário que impedir a proliferação de entendimentos inconstitucionais para que não causem embaraço nas relações jurídicas praticadas pela sociedade¹⁴.

Contudo, a condição precípua para que haja mutação constitucional é o apoio encontrado pela norma jurídica no modo como as palavras são interpretadas, de forma que não modifique a estrutura depois disso, pois se isto acontecer, não se tratará de mutação constitucional, mas de uma mera interpretação inconstitucional. Impeachment recentemente julgado pelo Senado Federal, quando o então presidente da Suprema Corte, Ricardo Lewandowski, ao atribuir ao texto do artigo 52, parágrafo único, uma interpretação contrária à literalidade do próprio texto, violou o compromisso publicamente assumido no ato de sua posse, de respeitar e defender o texto constitucional, cometendo um claríssimo desvio de finalidade do instituto da mutação constitucional.

Diante dessa violação cometida pelos “guardiões” da Constituição que é posta em cheque a independência do Judiciário, pois traem a missão de preservar a ordem jurídica, viram coautores de ilegalidades e injustiças de maneira a causar descrédito a um dos Poderes que mais vem se destacando nesse período de incerteza.

Isto posto, pode-se dizer que cabe ao juiz o dever de vincular seus atos à Constituição e à legislação infraconstitucional, pois possuem cons-

14 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Em busca de um conceito fugidio**: o ativismo judicial. As novas faces do ativismo judicial. Salvador: Juspodivm, 2010.



ciência de suas prerrogativas, bem como até onde podem se valer das mutações para resolução de conflito, além de afastar por meio da análise e posterior declaração fundamentada da inconstitucionalidade da lei (controle concentrado) sua concepção razoável de justiça, onde a aplicação da lei seja posta de maneira segura, justa e, em caso da sua falta, o intérprete pode valer-se de outros métodos alternativos do direito de forma objetiva, lançando mão de subjetivismos, para que suas decisões não sejam inconstitucionais e nem precisem ser retiradas do ordenamento jurídico pelos legisladores ou pelo controle de constitucionalidade.

5. CASOS CONCRETOS DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF

A jurisprudência é rica em decisões tomadas pela Suprema Corte, tanto para padronizar suas decisões como para se adaptar à realidade do dever ser com o que é de verdade. E para isso, muitas vezes, vale-se dos costumes, das analogias, e até de suas próprias decisões para atender à sociedade. Nos casos a seguir, é apresentado que cabe à mutação por interpretação solucionar determinados preceitos, uma vez que estes dependem de fatores que se alteram com o tempo e que acabam por desatender o texto constitucional ou o sentido que originalmente lhes foi dado pelo constituinte.

Conforme explica Wellington Márcio Kubliskas, devido às omissões legislativas o STF vem introduzindo mutações constitucionais nas normas da Constituição de 1988 da qual se podem citar alguns exemplos práticos¹⁵:

¹⁵ KUBLISKAS, Wellington Márcio. **Emendas e mutações constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 251-261.

a) **Mutação constitucional e princípio federativo**

Tem-se como exemplo a ADIN nº 276/AL, que trata da adoção das regras do processo legislativo da União pelos Estados-Membros, conforme artigo 11 do ADCT o qual dispõe que cada Assembleia Legislativa, com poderes constituintes, elaborará a Constituição do Estado, no prazo de um ano, constando da promulgação da CF, sendo obedecidos seus princípios, e em seu parágrafo único continua o artigo ao afirmar que, caso seja promulgada a Constituição do Estado, compete à Câmara Municipal, no prazo de seis meses, vetar a lei orgânica respectiva, em dois turnos de discussão e votação, respeitando o disposto na Constituição Federal e Estadual.

Processo legislativo: modelo federal: iniciativa legislativa reservada: aplicabilidade, em termos, ao poder constituinte dos Estados-membros. 1. As regras básicas do processo legislativo federal são de absorção compulsória pelos Estados-membros em tudo aquilo que diga respeito- como ocorre às que enumeram casos de iniciativa legislativa reservada- ao princípio fundamental de independência e harmonia dos poderes, como delineado na Constituição da República. 2. Essas orientações- malgrado circunscrita em princípio ao regime dos poderes constituídos do Estado-membro- é de aplicar-se em termos ao poder constituinte local, quando seu trato na Constituição estadual traduza fraude ou obstrução antecipada ao jogo, na legislação ordinária, das regras básicas do processo legislativo, a partir da área de iniciativa reservada do executivo ou do judiciário: é o que se dá quando se eleva ao nível constitucional do Estado-membro assuntos miúdos do regime jurídico dos servidores públicos, sem correspondência no modelo constitucional federal, a exemplo do que sucede na espécie com a disciplina de licença especial e particularmente



do direito á sua conversão em dinheiro (STF- ADI: 276 AL, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 13/11/1997, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 19-12-1997 PP-00040 EMENT VOL-01896-01 PP-00020).¹⁶

No caso exposto, observa-se que a mutação constitucional ocorreu sobre o **Princípio Federativo** que deve orientar toda a estrutura política do país, seja ela composta pelo autogoverno, auto-organização, autolegislação, ou da auto-administração.

b) Mutação constitucional e direito fundamental

No RE nº 251.445/GO, que garante a inviolabilidade domiciliar do consultório profissional de cirurgião dentista, ao abranger o termo “casa” do artigo 5º, inciso XI, ambos dispositivos da Carta Política brasileira.

GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR (CF, ART. 5º, XI). CONSULTÓRIO PROFISSIONAL DE CIRURGIÃO-DENTISTA. ESPAÇO PRIVADO SUJEITO À PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL (CP, ART. 150, § 4º, III). NECESSIDADE DE MANDADO JUDICIAL PARA EFEITO DE INGRESSO DOS AGENTES PÚBLICOS. JURISPRUDÊNCIA. DOUTRINA.- Para os fins da proteção constitucional a que se refere o art. 5º, XI, da Carta Política, o conceito normativo de ‘casa’ revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer compartimento privado onde alguém exerce

16 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 276/AL- Alagoas, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Data de Julgamento: 13/11/1997, Tribunal Pleno, **Diário da Justiça**, Data de Publicação: 19/12/1997 PP-00040 EMENT VOL-01896-01 PP-00020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia-Detalhe.asp?s1=000112877&base=baseAcordaos>. Acesso em: 10 jan. 2018. (grifo nosso).

profissão ou atividade (CP, art. 150, § 4º, III), compreende os consultórios profissionais dos cirurgiões-dentistas.- Nenhum agente público pode ingressar no recinto de consultório odontológico, reservado ao exercício da atividade profissional de cirurgião-dentista, sem consentimento deste, exceto nas situações taxativamente previstas na Constituição (art. 5º, XI). A imprescindibilidade da exibição de mandado judicial revelar-se-á providência inafastável, sempre que houver necessidade, durante o período diurno, de proceder-se, no interior do consultório odontológico, a qualquer tipo de perícia ou à apreensão de quaisquer objetos que possam interessar ao Poder Público, sob pena de absoluta ineficácia jurídica da diligência probatória que vier a ser executada em tal local. Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado de Goiás contra decisão do Tribunal de Justiça local, consubstanciada em acórdão assim ementado (fls. 586/587) (STF- RE: 251445 GO, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 21/06/2000, Data de Publicação: DJ 03/08/2000 PP-00068)¹⁷.

Essa decisão mostra uma mudança de entendimento pelo STF do conceito normativo de “casa”, estendendo de forma abrangente, por entender que o artigo CP, artigo 150, § 4º, III, trata-se de qualquer compartimento privado em que alguém exerce profissão ou atividade

17 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 251445/GO-Goiás**, Relator: Min. Celso de Mello, Data de Julgamento: 21/06/2000, Diário da Justiça, Data de Publicação: 03/08/2000 PP-00068. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000048673_&base=baseMonocraticas. Acesso em: 10 jan. 2018.



de compreendo os consultórios profissionais dos cirurgiões-dentistas. Onde nenhum agente público pode ingressar no recinto de consultório odontológico, reservado ao exercício da atividade profissional de cirurgia-dentista, sem consentimento deste, exceto nas situações taxativamente previstas na Constituição (art. 5º, XI).

c) Mutação constitucional e regras do processo democrático

Ao promover a reforma política informal, o STF acaba por definir, independentemente da atuação do Parlamento, algumas regras importantes ao funcionamento do jogo democrático, como apresentado no RE nº 197.917-8/SP, com a fixação proporcional do número de vereadores artigo 29, inciso I da Constituição Federal.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DECISÃO MONOCRÁTICA. INDEFERIMENTO. LIMINAR. MANDADO DE SEGURANÇA. CONHECIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL. DESPROVIMENTO. 1. A Res.-TSE nº 21.702/2004 fixou número de vereadores para a eleição de 2004, proporcionalmente ao número de habitantes, de acordo com o que decidiu o STF no RE nº 197.917-8/SP. 2. Não há falar, no caso, em extensão da vigência da Res.-TSE nº 21.702/2004 ou na eficácia erga omnes do acórdão proferido pelo STF no RE nº 197.917-8/SP. Como firmado em diversas oportunidades, o exame da questão jurídica envolve a interpretação do art. 29, IV, da CF, dada pela Suprema Corte, a quem compete precipuamente a sua guarda. 3. Embargos de declaração conhecidos como agravo regimental e desprovidos. (TSE - AgR-MS: 3844 MS, Relator: MARCELO HENRIQUES RIBEIRO DE OLIVEIRA, Data de Julgamento:

Ir para o índice

21/05/2009, Data de Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 18/06/2009, Página 29).¹⁸

Segundo Francisco Lisboa Rodrigues, “o tema das mutações constitucionais oriundas da atividade judicial não é pacífico e o principal entrave, pelo visto, é sempre um positivismo legalista e formal sendo ressuscitado pelos operadores do Direito”. E complementa “observou-se que a construção constitucional é fruto de trabalho hermenêutico que não se confunda com protagonismo ou ativismo judicial, embora possam estar juntos”¹⁹.

Com isso, pode-se dizer que, em muitos casos, as decisões tomadas por Tribunais, sejam elas por via difusa ou concentrada, acabam por interferir diretamente no processo político da nação, causando desconforto e insegurança.

Por fim, conclui-se que a mutação constitucional é uma realidade nas Constituições escritas, rígidas e democráticas, no entanto esse fenômeno, quando em contato com o poder constituinte, seja ele originário ou derivado, enseja um limite. Isto porque elas ocorrem primeiro no mundo dos fatos, ou seja, não se consolidam de imediato no ordenamento jurídico atual, isto é percebido nos dispositivos constitucionais dotados de

18 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Mandado de Segurança AgR-MS 3844 MS. Relator: Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira, Data de Julgamento: 21/05/2009, **Diário da Justiça Eletrônico**, Data de Publicação: 18/06/2009, Página 29. Disponível em: https://tse.jusbrasil.com.br/juris_prudencia/4710099/agravo-regimental-em-mandado-de-seguranca-agr-ms-3844-ms. Acesso: 19 maio 2017.

19 RODRIGUES, Francis Lisboa. Mutação por Construção Constitucional. In: MIRANDA, Jorge (coord.). CAÚLA, Bleine Queiroz *et al.* (org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. v. 4. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 89. Disponível em: <http://www.dialogoaci.com/wp-content/uploads/2017/02/Dia%CC%81logo-ambiental-constitucional-e-internacional-Vol.4-versa%CC%83o-brasileira.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2019.



elasticidade que necessitam da mutação para se adequar aos princípios constitucionais da proteção dos direitos fundamentais e ao princípio do Estado Democrático, tendo cuidado para que ela não seja desvirtuada e acabe causando a ruptura do Estado Democrático de Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No âmbito do atual constitucionalismo, a mutação constitucional se dá pela necessidade de atualização da Carta Magna e pela omissão do Poder Legislativo em não cumprir com as prerrogativas constitucionais que lhe foram determinadas. Ao deixar de cumprir seu papel legisferante, abre-se espaço para provocações na esfera judicial, tornando o Supremo Tribunal Federal protagonista de decisões de grande repercussão nacional, interferindo e causando situações de insegurança jurídica e disputa entre os Poderes.

Isto exposto, conclui-se que não é a mutação constitucional que causa esses desconfortos e inseguranças na população, pois ao trazer para si um processo de alteração do texto constitucional, o qual não é regulado por normas específicas previstas na própria Constituição, mas sim, pela interpretação de uma determinada norma à luz de um contexto específico, verifica-se que essa transformação do texto constitucional é importante e necessária, tendo em vista que essa alteração, quando usada de maneira adequada, em nada prejudica a sociedade, pelo contrário, faz com que a norma entre em conformidade com os anseios políticos, econômicos e sociais de um país.

Na realidade, o que é ruim para o ordenamento jurídico são as frequentes disputas travadas entre os Poderes Legislativo, Executivo e prin-

principalmente pelo Judiciário, devido às divergências institucionais encadeadas por aqueles que representam o povo com legitimidade (escolhido pelo voto) e por aqueles que têm uma “representatividade indireta”, como os indicados para compor cargos de ministro da Suprema Corte do Brasil, cargo de grande importância e relevância para os brasileiros, pois tem como competência precípua a guarda, a permanência e a manutenção da Constituição, conforme definido no seu artigo 102.

Diante desse contexto, sou signatária da corrente que pune pelo entendimento que esse órgão de cúpula deveria tratar apenas de questões constitucionais, como fazem as Cortes Constitucionais da Alemanha e dos Estados Unidos da América. Percebe-se que, ao acumularem funções, podem desvirtuar a função precípua de guardar o texto constitucional, gerando confusão devido a decisões ativistas, ao fazer prevalecer os seus entendimentos e não o que rege a Constituição. O Supremo não pode valer-se de suas prerrogativas de guardião da Constituição para usurpar seu texto e incorporar suas convicções, muito menos trazer à tona mutações inconstitucionais que possam causar insegurança e descrédito às instituições.

Nesse sentido, uns pontos importantes a serem destacado, ao final de toda a análise realizada do caso concreto abordado neste trabalho, são as constantes usurpações de competências pelos poderes, desvirtuando no âmbito do atual constitucionalismo o princípio da separação de poderes, por meio do ativismo jurídico exacerbado e em busca de satisfazer apenas os próprios interesses e daqueles que os indicam.

Com efeito, entende-se que a mutação constitucional deterá o objetivo claro de estabelecer uma permanente atualização da Constituição de maneira que ela detenha não apenas aspectos formais, consistidos em ser o ápice do ordenamento jurídico brasileiro, mas também os infor-



mais, tais como possibilitar uma sociedade justa a todos e concretizar os direitos fundamentais em consonância com a realidade.

Em vez do que se constata, cada vez mais é a proliferação dos processos inconstitucionais de mutação do Texto Magno, ou porque o controle de constitucionalidade não se apresenta efetivo, ou porque esse controle não logra atingir o universo de atos e práticas desenvolvidas no âmbito dos Poderes constituídos, ou porque pela própria natureza do processo ele se subtrai, sem possibilidade de sanção, a qualquer controle de constitucionalidade exercido por órgão ou poder constituído. O único tipo de controle que poderá incidir sobre tais mutações é o controle não organizado, e isto é perigoso, pois ao ser acionado por grupos de pressão, como pela opinião pública e pelos partidos políticos, acabam fugindo do que foi previsto no texto Constitucional e gerando insegurança jurídica.

É saudável para uma democracia um Judiciário forte e independente, que luta para que o Estado de Direito e a República sejam mantidos, pois embora se mostre bastante dinâmico e atuante em virtude das mudanças da sociedade, é necessário que, em determinados casos, seja feita uma autocontenção para que as leis sejam cumpridas e não apenas interpretadas, para que, mesmo diante de mutações inconstitucionais, saibam agir de modo que elas sejam retiradas do ordenamento e não deem margem para uma ruptura dos Poderes que poderá causar o fim do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

[Ir para o índice](#)

BOTELHO, Nadjá Machado. **Mutação constitucional**: a Constituição viva de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Em busca de um conceito fugidio**: o ativismo judicial. As novas faces do ativismo judicial. Salvador: Juspodivm, 2010.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 21 jul. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Mandado de Segurança AgR-MS 3844 MS**. Relator: Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira, Data de Julgamento: 21/05/2009, Diário da Justiça Eletrônico, Data de Publicação: 18/06/2009, Página 29. Disponível em: <https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4710099/agravo-regimental-em-mandado-de-seguranca-agr-ms-3844-ms>. Acesso:19 maio 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 276/AL- Alagoas**, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Data de Julgamento: 13/11/1997, Tribunal Pleno, Diário da Justiça, Data de Publicação: 19/12/1997 PP-00040 EMENT VOL-01896-01 PP-00020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000112877&base=baseAcordaos>. Acesso em: 10 jan. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 251445/GO-Goiás**, Relator: Min. Celso de Mello, Data de Julgamento: 21/06/2000, Diário da Justiça, Data de Publicação: 03/08/2000 PP-00068. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000048673&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 10 jan. 2018.



BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DAU-LIN, Hsü. **Mutación de la Constitución**. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

JELLINEK, Georg. **Reforma y mutación de la Constitución**. Trad. Christian Förster. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Emendas e mutações constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2009.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1986.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **A Constituição viva: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

RODRIGUES, Francisco Lisboa. Mutação por Construção Constitucional. In: MIRANDA, Jorge (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz *et al.* (org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. v. 4. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 75-92. Disponível em: <http://www.dialogoaci.com/wp-content/uploads/2017/02/Dia%CC%81logo-ambiental-constitucional-e-internacional-Vol.4-versa%CC%83o-brasileira.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2019.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

O controle jurisdicional como instrumento de concretude do Estado democrático de direito

The judicial review as an instrument of efficiency of the democratic rule of law state

BRUNO BARBOSA DE OLIVEIRA

DEILTON RIBEIRO BRASIL

GONÇALO NICOLAU CERQUEIRA SOPAS DE MELO BANDEIRA

RESUMO

O controle de constitucionalidade é tido no ordenamento jurídico como mecanismo de promoção e defesa de direitos, face à sua aplicabilidade e comprometimento diante da proteção dos direitos fundamentais esculpidos na Constituição Federal de 1988. Um Estado democrático de Direito desenvolve-se amparado nas necessidades de espaço e tempo buscado por suas instituições, através do propósito legal de dirimir conflitos e anunciar a legalidade de seus preceitos jurídicos. A verticalização do sistema jurisdicional é uma tendência forte no Brasil, trazida pela Emenda Constitucional 45/2004, que visa atender, fortalecer e garantir a ordem democrática e também analisar de forma específica os julgamentos confiados aos órgãos judiciários. A



promoção desses dispositivos é considerada como restauradora das instituições políticas e reveladora dos anseios sociais, econômicos e jurídicos. Na elaboração do artigo utilizou-se pesquisa teórico-bibliográfica e procedimento metodológico indutivo.

Palavras-chave: Controle jurisdicional. Princípios fundamentais. Estado Democrático de Direito. Constituição Federal de 1988. Poder Judiciário.

ABSTRACT

The judicial review is understood in the legal order as a promotion and rights defense mechanism, on its applicability and commitment on the protection of fundamental rights written in the Federal Constitution of 1988. A democratic rule of law State develops itself based on the space and time needs sought by its institutions, through the legal purpose of managing conflicts and announcing of the legality of its legal conditions. The verticalisation of the jurisdictional system is a strong trend in Brazil, brought by the Constitutional Amendment 45/2004, which aims to attend, reinforce and guarantee the democratic order and analyze in a specific way the judgments trusted to the Judiciary body. The promotion of these devices is considered as restorative of the political institutions and revealing of the social, economic and legal needs. In the elaboration of the article we used theoretical-bibliographic research and methodological inductive procedure.

Keywords: *Judicial review. Fundamental principles. Democratic rule of law State. Federal Constitution of 1988. Judiciary branch.*

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como propósito elencar os controles de constitucionalidade e sua verificação no ordenamento jurídico, com o objetivo de proporcionar uma interpretação mais adequada de sua aplicabilidade perante os Tribunais brasileiros.

[Ir para o índice](#)

Considerando que a Constituição Federal de 1988 adota um sistema misto de controle, há que se caracterizar o processo constitucional moderno como sendo difusor dos direitos e garantias inerentes ao cidadão, buscando-se priorizar a estreita relação entre o poder, o Estado e seus signatários.

Os atos que se submetem ao controle judicial, uma vez observados e aplicados, refletem o interesse público para fins de sua aplicação. Seus efeitos são tratados como vinculantes e sua análise visa propiciar sua eficácia.

A variação existente nos controles e seus modelos e sistemas aplicados são importantes para assegurar o poder constituinte e fortalecer o devido processo constitucional aos governantes e governados.

O processo constitucional consubstancia-se em interesse dos cidadãos, esboçado como sustentáculo do poder de atuação estatal, assegura a preservação dos valores nele alcançados, abordando sua competência e atribuição à vontade dos litigantes.

Por seu turno, o controle jurídico regula e orienta a vida em comunidade, em face dos aspectos essenciais e de sua manifestação processual, objetivando cumprir, de forma definitiva, os anseios sociais e seus interesses múltiplos existentes.

Dessa forma, o fomento, a tutela e a preservação dos interesses normativos são características do Estado Democrático de Direito, que pressupõe amparo aos princípios fundamentais básicos e a guarda da Constituição Federal, a fim de que sejam superadas as desigualdades sociais e aclamados os direitos relativos aos valores da dignidade humana.

Para o tema em questão adotou-se a pesquisa teórico-bibliográfica, quando se trata da descrição direta e indireta de bibliografias relacionadas à temática caracterizada, associada ao desenvolvimento do assunto



tratado. O procedimento metodológico é indutivo, tendo em conta que o pesquisador parte de uma tônica específica para uma concepção geral, aprimorada durante a realização do trabalho.

1. UM ESCORÇO HISTÓRICO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

O mecanismo de verificação da constitucionalidade das normas infra-constitucionais pelo Poder Judiciário é uma construção do constitucionalismo norte-americano. Diversos precedentes judiciais levaram ao mecanismo de verificação judicial da adequação vertical das leis com o Texto Constitucional, até a eclosão do famoso caso *Marbury versus Madison*, relatado pelo Presidente da Suprema Corte norte-americana, John Marshall, em 1803. Essa doutrina do controle da constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário como uma decorrência inevitável da superioridade da Constituição escrita em relação às demais normas consolidou-se na jurisprudência norte-americana. O Brasil, influenciado por esse modelo, passou a admitir o controle judicial da constitucionalidade a partir da primeira Constituição Republicana, em 1891¹.

O regime republicano, em 1891, instaura uma visão de aplicação do controle no Brasil, fortemente influenciado pelo sistema norte-americano, como se denota anteriormente. Ela incorpora e reconhece as competências do Supremo Tribunal Federal para rever as sentenças das Justiças dos

1 BRASIL. **As Constituições do Brasil**. Supremo Tribunal Federal, Brasília, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=97174>. Acesso em: 02 nov. 2016.

Estados, em última instância, quando se questionasse a validade ou a aplicação de tratados e leis federais e a decisão do Tribunal fosse contra ela, ou quando se contestasse a validade de leis ou de atos dos governos locais, em face da Constituição ou das leis federais (artigo 59, § 1º, alíneas a e b)².

A Constituição Federal de 1934³ introduziu diversas mudanças significativas, onde o constituinte determinou que a declaração de inconstitucionalidade somente poderia ser realizada pela maioria da totalidade de membros dos tribunais. Evitava-se, dessa forma, a insegurança jurídica decorrente dos diversos entendimentos dos tribunais⁴.

Por sua vez, a Constituição Federal de 1937⁵ traduz um inequívoco retrocesso no sistema de controle de constitucionalidade. Embora não tenha introduzido qualquer modificação no modelo difuso de controle (artigo 101, III, b e c), preservando, inclusive, a exigência de quórum especial para a declaração de inconstitucionalidade (artigo 96), o constituinte rompeu com a tradição jurídica brasileira, consagrando, no artigo 96, parágrafo único, princípio segundo o qual, no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República,

2 MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014.

3 BRASIL. **As Constituições do Brasil**. Supremo Tribunal Federal, Brasília, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=97174>. Acesso em: 02 nov. 2016.

4 VAINER, Bruno Zilberman. Breve histórico acerca das constituições do Brasil e do controle de constitucionalidade brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, jul./dez. 2010. Disponível em: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-16/RBDC-16-161-Artigo_Bruno_Zilberman_Vainer_\(Breve_Historico_acerca_das_Constituicoes_do_Brasil_e_do_Controlo_de_Constitucionalidade_Brasileiro\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-16/RBDC-16-161-Artigo_Bruno_Zilberman_Vainer_(Breve_Historico_acerca_das_Constituicoes_do_Brasil_e_do_Controlo_de_Constitucionalidade_Brasileiro).pdf). Acesso em: 02 nov. 2016.

5 BRASIL. **As Constituições do Brasil**. Supremo Tribunal Federal, Brasília, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=97174>. Acesso em: 02 nov. 2016.



seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderia o Chefe do Executivo submetê-la novamente ao Parlamento⁶.

O texto constitucional de 1946⁷, denominado de Constituição dos Estados Unidos do Brasil, surgiu com a derrocada de Getúlio Vargas, haja vista que a ditadura do Estado Novo passara a carecer de legitimidade em virtude da participação brasileira na Segunda Guerra Mundial, ao lado de nações democráticas. Com a saída de Getúlio Vargas, há o fim do denominado Estado Novo e tem início um período de redemocratização, no qual foram minimizadas as atribuições conferidas ao Poder Executivo, de modo a restabelecer o equilíbrio entre os poderes; ocorre a constitucionalização do mandado de segurança, a fim de possibilitar uma maior proteção dos direitos de caráter líquido e certo que não tenham a proteção conferida pelo *habeas corpus* ou pela ação popular e a propriedade passa a ser submetida à sua função social, de modo que passa a ser possível a ocorrência da desapropriação quando da ocorrência de interesse de caráter social⁸.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, ou Constituição de 1967, foi a sexta constituição do Brasil e quinta de sua república, bem como sua segunda e última constituição republicana de caráter autoritário. Elaborada sob supervisão dos militares no poder, essa Carta legitimava o regime iniciado pelo Golpe de 1964, abandonando sua fa-

6 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014.

7 BRASIL. **As Constituições do Brasil**. Supremo Tribunal Federal, Brasília, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=97174>. Acesso em: 02 nov. 2016.

8 VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 33.

chada democrática e formalizando a ditadura militar. Talvez a mais repressiva de todas as constituições, ela desfazia boa parte dos preceitos democráticos da Constituição de 1946, servindo, na prática, de mero pretexto para a ação do governo militar sobre a vida pública. Por si só muito autocrática, concentrando poderes no Executivo e autorizando a extinção de partidos políticos, ela foi suplementada por diversas emendas, decretos-lei e, mais famosamente, atos institucionais, que foram incorporados ao seu texto na Emenda Constitucional de 1969⁹.

Os atos institucionais eram instrumentos legais hierarquicamente superiores à Constituição (até então, a de 1946). Se o Ato Institucional nº 1 (1964) permitia que o governo alterasse a Constituição e o Ato nº 3 revertia a derrota do regime no breve período eleitoral que ele permitiu (as eleições estaduais de 1965), o Ato nº 5 (AI-5, de 1968) foi o mais infame, permitindo ao Presidente, sem qualquer impedimento do Judiciário, extinguir o Congresso Nacional, cassar mandatos, intervir nos Estados, sustar *habeas corpus* e suspender os direitos políticos de qualquer cidadão por até dez anos. De modo a restaurar a Constituição como lei máxima, os atos institucionais foram a ela incorporados na Emenda Constitucional nº. 1, de 1969, praticamente uma atualização mais radical do já autoritário texto de 1967¹⁰.

9 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. O Congresso Nacional, invocando a proteção de Deus, decreta e promulga a seguinte Constituição do Brasil. Diário Oficial da União, Brasília-DF, de 24 jan. 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm Acesso em: 02 nov. 2016.

10 BRASIL. **Constituição de 1967 suprimiu liberdades individuais e legitimou o regime militar**. O Globo, Rio de Janeiro. 26 set. 2013. Disponível em: <http://acervo.oglobo.globo.com/fatos-historicos/constituicao-de-1967-suprimiu-liberdades-individuais-legitimou-regime-militar-10169187>. Acesso em: 02 nov. 2016.



A Constituição Federal de 1988 ampliou, de forma significativa, as formas e os critérios de proteção judicial, bem como o controle de constitucionalidade das leis. Estabeleceu no Brasil um sistema de controle jurisdicional de constitucionalidade *sui generis*, visto que contempla o controle preventivo por meio da atuação do Chefe do Poder Executivo (poder de veto) e através da atuação do Poder Legislativo (comissões de constituição e justiça), bem como o controle repressivo, principalmente sob a forma jurisdicional, a qual contempla os métodos difusos, ou *incidenter tantum*, e concentrado, acrescentando ainda a Ação Declaratória de Constitucionalidade. Outra característica peculiar do sistema brasileiro é que há duas exceções ao controle jurisdicional repressivo: a) O Artigo 49, V, CF/88 estabelece “competir ao Congresso Nacional sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa”. Os atos atingidos por esse controle são o Decreto Presidencial e a Lei Delegada; b) O Artigo 62 CF/88 estatui que o Poder Legislativo pode rejeitar uma Medida Provisória por considerá-la inconstitucional¹¹.

2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PROPRIAMENTE DITO

O processo constitucional moderno tem suas bases no Estado Democrático de Direito, vez que visa à indispensável compreensão sobre os direitos e garantias definidos no ordenamento jurídico, fundamentais à proteção da sociedade e da liberdade substancial e processual do arguido e da sua dignidade como pessoa, bem como o cuidado vigilante que

11 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 21 jul. 2019.

o Direito Constitucional e a própria Constituição dedicam a um setor tão delicado das relações entre o poder, o Estado e o cidadão¹².

No Brasil, existem dois tipos de controle de constitucionalidade das leis: o controle por via de exceção e o controle por via de ação, o que caracteriza o sistema como sendo um sistema híbrido ou misto, no que toca ao controle de constitucionalidade das leis. Nesse sentido, tanto o controle difuso quanto o concentrado são aplicáveis no ordenamento jurídico pátrio, visando a proteção dos direitos fundamentais e a salvaguarda da Constituição Federal.

Tendo em conta a alegação de inconstitucionalidade das leis, que se constitui como o objeto principal da jurisdição constitucional, entende-se que os atos oriundos dos órgãos legislativos deverão estar sujeitos ao controle de constitucionalidade. Ressalta-se, pois, que esse controle deve atender e resolver os conflitos de normas existentes, para que, objetivamente, produza seus efeitos. Assim, torna-se importante ressaltar que:

Os controles dos órgãos estatais são de grande importância para o funcionamento de instituições democráticas, pois a sua falta leva-nos a processos de concentração de poder, sistema combatido, justamente, por aqueles que procuram desenvolver regimes de separação ou de funções inerentes ao próprio exercício do poder¹³.

12 CASTRO, João Antônio Lima. **Direito processual**: estudos jurídicos aplicados. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2010. p. 206.

13 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**, Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 147.



Nesse diapasão, pressupõe-se que, para que haja o cumprimento adequado dos controles constitucionais, mister se faz observar a sua formação e aplicabilidade face às teorias jurídicas adotadas, seu alcance, limitação e o caráter espaço-temporal.

A existência dos controles faz com que seja observado o caráter de constitucionalidade neles existentes, a fim de que o Estado cumpra seu papel social e jurídico, especialmente, na proteção dos direitos garantidores da liberdade de seus destinatários. Nessa acepção, algumas notas sobre controles de constitucionalidade:

Desenvolvido a partir de diferentes concepções filosóficas e de experiências históricas diversas, o controle judicial de constitucionalidade continua a ser dividido, para fins didáticos, em modelo difuso e modelo concentrado, ou, às vezes, entre sistema americano e sistema austríaco ou europeu de controle¹⁴.

O controle concentrado de constitucionalidade (austríaco ou europeu), assim designado por farta parte da doutrina, confere atribuição para julgar questões constitucionais a um órgão jurisdicional superior ou a uma Corte Constitucional. Estipula mecanismos específicos de defesa, com eficácia *ex tunc* da decisão para o caso concreto. O sistema americano (difuso) parte do pressuposto da defesa de posições exclusivamente subjetivas e propõe modelo processual que valoriza o interesse público.

O modelo americano desenvolve-se a partir da discussão encetada na Suprema Corte Americana, no que toca, em especial, ao caso de *Marbury*

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 87.

v. *Madison*, de 1803. Nesse enfoque, é tratada a ruptura havida na judicial review com a tradição inglesa acerca da soberania do Parlamento, o que ocasiona mudanças de paradigmas. A competência para aferir a constitucionalidade ao juiz da causa determina a adoção desse modelo em diversas partes do mundo. O controle misto dispõe dos dois modelos especificados anteriormente. Nesse modelo, os órgãos ordinários do Poder Judiciário afastam a aplicação da lei nas ações e processos judiciais, reconhecendo-o em órgãos de cúpula, caracterizados pelos Tribunais Supremos ou Cortes Constitucionais¹⁵.

Dessa forma, a aproximação entre ambas as espécies de controle de constitucionalidade propicia uma verdadeira mutação no texto constitucional, pois o artigo 52, X da Constituição Federal prevê a necessária participação do Senado na suspensão da lei declarada inconstitucional pelo STF em sede de controle difuso¹⁶:

[...] possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do artigo 52, X, da Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica 'reforma da Constituição sem expressa modificação do texto'¹⁷.

15 MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 87.

16 MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 87.

17 FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 64.



Observa-se, no Brasil, forte tendência de verticalizar a jurisdição constitucional, em especial a partir da égide da Constituição da República de 1988. A criação de instrumentos de objetivação de decisões, a partir da Emenda constitucional nº 45/2004, a chamada *Reforma do Judiciário*, trouxe à ordem jurídica brasileira alguns institutos que fortaleceram o papel dado ao Supremo, criando mecanismos de controle diferenciados, o que torna possível fazer uma análise mais específica.

O artigo 103-A da Constituição Federal prevê a aprovação de súmulas pelos membros do Supremo Tribunal Federal, que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos outros órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta em todas as suas esferas. As súmulas terão eficácia *erga omnes*, o que promove uma aproximação dos efeitos do controle difuso *in concretum* aos do controle concentrado *in abstracto*¹⁸.

A evolução na interpretação do controle de constitucionalidade demonstra vários posicionamentos e consequências. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou a possibilidade de que uma norma declarada constitucional tenha sua validade questionada em virtude desse processo hermenêutico. A adaptação da técnica de decisão se faz importante para caracterizar situações de transição.

Os mecanismos de controle variam conforme modelos e sistemas adotados, os quais, por sua vez, não objetivam excluir normas não condiscentes com a Constituição. O direito de revisão é assegurado com o poder constituinte derivado.

18 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 21 jul. 2019.

2.1 O controle judicial de constitucionalidade

Vale ressaltar que não tem essa atividade cunho caritativo, mas sim, qualifica-se na obrigação consagrada no poder dever do Estado, que, por este motivo, converte-se em direito fundamental, adquirido pela garantia do devido processo constitucional, a todos da sociedade (governantes e governados)¹⁹.

Com isso, as decisões jurisdicionais necessitam de pronunciamento, em obediência aos direitos e garantias fundamentais inerentes a todos, em especial àqueles conferidos pela Constituição Federal de 1988, onde está previsto o princípio do Estado Democrático de Direito, como arcabouço das instituições políticas brasileiras. Por essa razão, deve ser ressaltado que:

Controle, repito, *judicial*, ou seja, jurisdicional: *judicial review*, *control jurisdiccional*. Uma ulterior delimitação do novo tema podemos, realmente, logo fazê-la aqui, precisando que pretendemos tratar não, em geral, de qualquer sistema de controle da constitucionalidade das leis, mas tão-só daqueles sistemas em que o controle seja confiado a órgãos judiciários, exercendo uma função jurisdicional. O aspecto mais sedutor, diria também o aspecto mais audaz e, certamente, o mais problemático do fenômeno que estamos para examinar está, de fato, justamente aqui, neste encontro entre dois poderes e as duas funções: o encontro entre a *lei* e a *sentença*, entre a *norma* e o *julgamento*, entre o *legislador* e o *juiz*²⁰.

19 SANTOS, Amílcar Reis Alves dos *et al.* A objetivação do controle difuso de constitucionalidade. *In*: CASTRO, João Antônio Lima (org.). **Direito processual e a era digital**. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2015.

20 CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.



A justiça constitucional reduz-se à unidade, ao menos pelo seu aspecto de funcionalidade, qual seja: tutelar a ação judicial dos preceitos da suprema lei constitucional. Mas há que se observar a diferença havida em suas diversas manifestações por todo o mundo, referente ao controle judicial sobre a legitimidade constitucional das leis.

Não há dúvida de que exercido no interesse dos cidadãos, o controle jurisdicional se compadece melhor com a natureza das Constituições rígidas e, sobretudo, com o centro de sua inspiração primordial – a garantia da liberdade humana, a guarda e proteção de alguns valores liberais que as sociedades livres reputam inabdicáveis. A introdução do sobredito controle no ordenamento jurídico é coluna de sustentação do Estado de direito, onde ele se alicerça sobre o formalismo hierárquico das leis²¹.

Não se pode, porém, omitir uma alusão ao fato de que, em certos países, em lugar de um controle jurisdicional – ou talvez, ao lado dele – existe um controle exercido por órgãos que podemos chamar políticos, mas não, judiciários. Usualmente, nesses sistemas o controle, ao invés de ser posterior à elaboração e promulgação da lei, é preventivo, vale dizer, ocorre antes que a lei entre em vigor e, às vezes, se trata ainda de um controle com função meramente consultiva, isto é, a função de um mero parecer, não dotado de força definitivamente vinculatória para os órgãos legislativos e governamentais²².

Os sistemas de justiça constitucional, em sua estrutura e funcionamento, além de assegurar a supremacia da Constituição, colaboram para

21 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 308.

22 CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984. p. 26.

a preservação dos valores aí expressos, possibilitando o equilíbrio entre os distintos centros de poder, decorrência do pluralismo institucional²³.

A garantia jurisdicional da Constituição – a jurisdição constitucional – é um elemento do sistema de medidas técnicas que tem por fim garantir o exercício regular das funções estatais. Essas funções também têm um caráter jurídico: elas consistem em atos jurídicos²⁴.

O vocábulo jurisdição, na linguagem jurídica, surge com vários significados. Exemplificando com os Estados latino-americanos, diz que a palavra possui, pelo menos, quatro acepções: como o âmbito territorial; como sinônimo de competência; como conjunto de poderes ou autoridade de certos órgãos do poder público; ou no sentido preciso e técnico, de função pública de fazer justiça.

A atividade jurisdicional ocorre quando um órgão do Estado aplica normas jurídicas em casos contraditórios, substituindo sua vontade e de outras pessoas ou órgãos. O conceito efetiva-se quando ocorre uma contenda jurídica e um órgão independente das partes substitui e impõe a vontade dos litigantes, podendo atuar de ofício ou a pedido dos mesmos²⁵.

2.2 Controle formal

É tido especificamente como controle jurídico. O órgão que o exerce observará se as leis foram elaboradas conforme preconiza a Constituição. Verificará se houve acatamento das formas utilizadas, se os mandamen-

23 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**, Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 164.

24 KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**: introdução e revisão técnica de Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 124.

25 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**, Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 76.



tos pertencentes às legislações existentes não serão transgredidos e se a obra do legislador ordinário não esboça preceitos relacionados à organização técnica dos poderes ou às relações efetivas.

O controle formal se refere “ao ponto de vista subjetivo, ao órgão de onde emana a lei”. É controle que se exerce nomeadamente no interesse dos órgãos do Estado para averiguar a observância da regularidade na repartição das competências ou para estabelecer nos sistemas federativos o equilíbrio constitucional dos poderes²⁶.

O objetivo primordial desse tipo de controle é fazer com que as normas constitucionais sejam cumpridas e não estejam em discordância com a forma prevista no ordenamento. O controle formal pode exercer-se juridicamente, e a justiça que o desempenha é, com efeito, como afirma Rui Barbosa, “um poder de hermenêutica e não um poder de legislação”²⁷.

2.3 Controle material

Por esse controle, a interpretação constitucional toma amplitude desconhecida na hermenêutica clássica, fazendo assim apreensivo o ânimo de quantos suspeitam que através dessa via a vontade do juiz constitucional se substitui à vontade do Parlamento e do Governo, gerando um superpoder, cuja consequência mais grave seria a anulação ou paralisação do princípio da separação dos poderes²⁸.

O conceito material de Constituição, portanto, segue a inteligência sobre o papel essencial do Direito e do Estado na vida das relações em

26 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014.

27 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014.

28 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014.

uma comunidade. A Constituição, como ordem jurídica fundamental da comunidade, abrange, hoje na sua acepção substancial, as normas que organizam aspectos básicos da estrutura dos poderes públicos e do exercício do poder, normas que protegem as liberdades em face do poder público e normas que tracejam fórmulas de compromisso e de arranjos institucionais para a orientação das missões sociais do Estado, bem como para a coordenação de interesses multifários, característicos da sociedade plural²⁹.

O conceito de Constituição que nos interessa aqui não é aquele que, de tão amplo, relega as peculiaridades que justificam a configuração de uma doutrina jurídica específica para a realidade constitucional. Levar, porém, o delineamento da Constituição a tais extremadas latitudes equivale a destituir o conceito de utilidade para o jurista³⁰.

3. O ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO

Visando à consecução de um Estado constitucional, há que se distinguir dois pontos fundamentais, a saber: a) a legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e do processo de legislação no sistema jurídico; b) a legitimidade de uma ordem de domínio e da legitimação do exercício do poder político³¹.

29 MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014.

30 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2006.

31 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina Editora, 2014. p. 100.



O Estado Democrático de Direito para fazer valer sua força política e normativa necessita de um conjunto de instituições políticas estruturais, assim como condições econômicas, sociais e culturais favoráveis a essas instituições. Complementarmente, precisa também de um conjunto de esquemas políticos e constitucionais que se referem à forma de governo adotada no país, ao controle judicial exercido, ao sistema eleitoral adotado e ao partidarismo praticado, a fim de promover a ordem jurídica e promover a execução legal prevista no ordenamento.

O processo constitucional previsto nas diretrizes normativas do Estado Democrático de Direito tem como fundamento de maior importância a garantia da efetiva tutela, proteção e fomento dos direitos fundamentais. Cabe destacar a demanda dos pressupostos essenciais, como a celeridade processual, a duração razoável do processo e também os mecanismos de controle constitucional utilizados. Esses pressupostos não pretendem, em si, eliminar direitos e garantias fundamentais, abrigados pelos princípios do contraditório e ampla defesa, das provas, da garantia de constituição de procurador e outros previstos na Constituição de 1988. A partir dessa perspectiva denota-se que:

[...] a expressão Devido Processo Constitucional é vista como instituição regenciadora de todo e qualquer procedimento (devido processo legal), a fim de tutelar a produção de provimentos seja administrativo, legislativo ou judicial. Esclarece o autor que “o procedimento legislativo, para atingir suas plenas condições de regularidade deve guardar fundamental observância à lei constitucional (Devido Processo Constitucional), regenciadora da estrutura normativa (procedimento) e dos atos do legislador

[Ir para o índice](#)

que, interessado no provimento final (lei), pode participar na sua preparação desde que submetido às diretrizes formais do processo constitucionalizado³².

O processo baliza, por assim dizer, a formação, o exercício e a maneira que a norma será aplicada, sendo, pois, instrumento indispensável para nortear as decisões institucionais. O Estado democrático de direito é um conceito que designa qualquer Estado que se aplica a garantir o respeito das liberdades civis, ou seja, o respeito pelos direitos humanos e pelas garantias fundamentais, através do estabelecimento de uma proteção jurídica. Em um estado de direito, as próprias autoridades políticas estão sujeitas ao respeito das regras de direito. O Estado Democrático de Direito, atualmente, possui um significado de fundamental relevo no desenvolvimento das sociedades, após um amplo processo de afirmação dos direitos humanos, enquanto um dos fundamentos essenciais de organização política na modernidade.

Na atual conjuntura, busca-se aperfeiçoar os mecanismos de ação estatal, considerando o objetivo de assegurar o equilíbrio entre a liberdade e igualdade dos seres humanos e podendo proporcionar avanços mensuráveis na saúde, segurança, habitação, educação e demais direitos a todos os indivíduos. A tarefa fundamental do Estado democrático de Direito consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo inaugural, afirma que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito. Mas, embora tenha sido escrita pelo Constituinte com o verbo no indicativo do presente, essa afirmação não é uma realidade presente. É um desejo do

32 DEL NEGRI, André. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo:** teoria da legitimidade democrática. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.



povo brasileiro, que ainda está por ser satisfeito. A verdade é que, no mundo dos fatos jurídicos, no processo da história do Direito, o Estado Democrático de Direito somente se realizará no Brasil, como em qualquer país, quando não só os direitos políticos, mas todos os direitos fundamentais, inclusive os políticos, estiverem convertidos em direitos humanos difusos, integrais, recíprocos, solidários: verdadeiros direitos de todos que, por serem apoiados nos deveres de todos que lhes sejam correspondentes, possam assim, quanto à titularidade, sujeitar todos os indivíduos da espécie humana e, quanto ao objeto, apreender todos os valores da dignidade humana.

Dessa forma, o Estado Democrático de Direito é o Estado que veio, com a Constituição Federal de 1988, para tentar proporcionar à sociedade brasileira mais organização, subordinando os cidadãos a esta Constituição e fazendo dela um meio para se tentar alcançar a igualdade e a organização dentro da sociedade.

Deste modo, percebe-se que a base estrutural para que um Estado seja realmente Estado de Direito não é apenas a lei, mas também a obediência aos princípios fundamentais que dão garantias ao cidadão. Enquanto a lei não possui raiz e pode ser mudada a qualquer momento, os princípios são imutáveis, pois são eles os fundamentos de todo o ordenamento jurídico; são eles que dão segurança e atuam como reguladores da justiça dentro do Estado Democrático de Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando os apontamentos mencionados no presente artigo, há que se mencionar o caráter de validade, bem como a eficácia e a efetividade do controle jurisdicional, face ao devido processo legal e aos procedimentos adotados.

[Ir para o índice](#)

Uma vez contemplados o cumprimento e a interpretação da norma, inobstante seu fundamento de espaço e tempo para serem efetivamente aplicados, mister se faz observar a construção de um modelo de justiça calcado na legitimidade de suas formas e no alcance de seus pressupostos.

A função jurisdicional deve estar condizente com as normas que vigoram no arcabouço das leis brasileiras, principalmente no que se refere às normas constitucionais. A atual conjuntura política que assola o país revela que cada vez mais o devido processo legal e as formas de provimento associadas à interpretação da lei devem ser cumpridos com ética, transparência e compromisso social.

Demandar essas diretrizes sob a égide e existência dos processos aplicáveis, faz com que a Constituição e demais legislações nacionais atinjam a celeridade processual, a razoável duração dos pleitos e, ainda, promovam a liberdade do homem, guardando e protegendo os direitos liberais e sociais dos quais não se pode abdicar.

REFERÊNCIAS

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

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. Malheiros, São Paulo: 2014.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível



vel em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 21 jul. 2019.

BRASIL. **As Constituições do Brasil**. Supremo Tribunal Federal, Brasília, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=97174>. Acesso em: 02 nov. 2016.

BRASIL. **Constituição de 1967 suprimiu liberdades individuais e legitimou o regime militar**. O Globo, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://acervo.oglobo.globo.com/fatos-historicos/constituicao-de-1967-suprimiu-liberdades-individuais-legitimou-regime-militar-10169187>. Acesso em: 02 nov. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. O Congresso Nacional, invocando a proteção de Deus, decreta e promulga a seguinte Constituição do Brasil. Diário Oficial da União, Brasília-DF, de 24 jan. 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm Acesso em: 02 nov. 2016.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Diário Oficial da União, Brasília-DF, de 20 out. 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 02 nov. 2016.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília-DF, de 31 dez. 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 22 ago. 2019.

Ir para o índice

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.

CASTRO, João Antônio Lima. **Direito processual: estudos jurídicos aplicados**. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2010.

DEL NEGRI, André. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2006.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional: introdução e revisão técnica de Sérgio Sérvulo da Cunha**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SANTOS, Amílcar Reis Alves dos *et al.* A objetivação do controle difuso de constitucionalidade. *In*: CASTRO, João Antônio Lima (org.). **Direito processual e a era digital**. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2015. p. 56-77.



VAINER, Bruno Zilberman. Breve histórico acerca das constituições do Brasil e do controle de constitucionalidade brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC**, jul./dez. 2010. p. 161-191. Disponível em: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-16/RBDC-16-161-Artigo Bruno Zilberman Vainer \(Breve Historico acerca das Constituicoes do Brasil e do Controle de Constitucionalidade Brasileiro\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-16/RBDC-16-161-Artigo_Bruno_Zilberman_Vainer_(Breve_Historico_acerca_das_Constituicoes_do_Brasil_e_do_Control_e_de_Constitucionalidade_Brasileiro).pdf). Acesso em: 02 nov. 2016.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

A discricionariiedade das decisões judiciais no Brasil na contramão dos pensamentos dworkinianos: com ênfase em matéria ambiental

The discretionary of judicial decisions in Brazil in the contract of dworkinian thoughts: with emphasis on environmental matters

FERNANDO MARQUES KHADDOUR
MAGNO FEDERICI GOMES

RESUMO

A presente pesquisa teve por finalidade abordar as decisões judiciais no Brasil em confronto com os pensamentos de Dworkin, no que toca suas críticas ao positivismo, para avaliar como as primeiras são tomadas e se existem decisionismos e arbitrariedades nelas. No desenrolar da pesquisa, após análise dos ensinamentos de Dworkin e pesquisa jurisprudencial, chegou-se à conclusão de que as decisões judiciais no Brasil são discricionárias e imprevisíveis, tomadas à margem

[Ir para o índice](#)



da Constituição da República de 1988 (CR/1988), com as devidas exceções, o que por certo traz um prejuízo sem parâmetros para a sociedade como um todo. Na realização desta pesquisa, foi utilizado o método teórico-documental, com raciocínio dedutivo e técnica de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, a fim de trazer uma resposta aos anseios do pesquisador e de todos aqueles que se preocupam com a observância da CR/1988 e do Estado Democrático de Direito.

Palavras-Chave: Democracia. Positivismo. Discricionariedade. Justiça. Direito.

ABSTRACT

The present research had as purpose to approach the judicial decisions in Brazil in confrontation with the thoughts of Dworkin, in what touches its critics to positivism, to evaluate how the first ones are taken and if there are decisionisms and arbitrariness in them. In the course of the research, after analyzing the teachings of Dworkin and jurisprudential research, it was concluded that judicial decisions in Brazil are discretionary, unpredictable, taken in the margin of the Brazilian Constitution (CR/1988), with due exceptions, which A loss without parameters for society as a whole. In carrying out this research, the theoretical-documentary method was used, with deductive reasoning and bibliographical and jurisprudential research technique, in order to provide a response to the researcher's wishes and to all those who care about compliance with the CR/1988 and the Democratic State of Law.

Keywords: Democracy. Positivism. Discretion. Justice. Law.

INTRODUÇÃO

Fator muito importante para a manutenção de um Estado Democrático de Direito é a observância dos preceitos constitucionais, o que engloba o sistema de governo, com sua administração, competências legis-

[Ir para o índice](#)

lativas, Poder Judiciário, ou seja, a divisão de poderes, além de todos os atores que convergem para a resolução dos problemas sociais.

Dentro desse diapasão, o Poder Judiciário tem um papel muito relevante dentro da sociedade, pois, como aponta Dworkin¹, referindo-se aos Estados Unidos da América e à Inglaterra, o que também ocorre no Brasil, as decisões judiciais têm o condão de levar a proposições muito gerais, o que pode influenciar no comportamento de toda uma nação (ex. Lei Seca)².

Ao se observar os temores do Juiz Learned Hand, de que para ele era preferível suportar os impostos e até mesmo a morte do que um processo judicial³ e, ao observar as decisões proferidas no Brasil, se faz necessário concordar com o já falecido julgador. É certo que na praxis processual, hoje no Brasil, não existe um advogado que tenha certeza da sentença que será proferida por um Juiz, seja o caso que for. Há inclusive uma crença, ou um ditado, utilizado principalmente pelos leigos, que diz o seguinte: “em cabeça de juiz ninguém sabe o que pode sair”, em outras palavras, como é apontado por Dworkin, ao informar o dilema das “pessoas sem sorte [...]”⁴ ao se verem diante de um processo, o que leva a pensar que se trata de uma roleta, um bilhete que pode levar à satis-

1 DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

2 O STF até hoje não se posicionou sobre a Constitucionalidade da Lei Seca, porém, as decisões monocráticas, que tem marginalizado trabalhadores, já causaram uma mudança enorme no comportamento das pessoas, o que pode mudar outra vez dependendo da decisão que será proferida pelo STF. Pergunta-se, que tipo de decisão será essa? Política, moral, estritamente legal (positivista), ou integrativa?

3 DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 3.

4 DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 3.



fação ou ao sofrimento, ou até mesmo à estigmatização ou à desgraça, dependendo do entendimento ou humor do julgador naquele momento.

Na realização da presente pesquisa, foi utilizada a metodologia teórico-documental e o raciocínio dedutivo, com técnica de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, tendo como marco teórico a obra de Dworkin⁵.

O trabalho terá a seguinte sequência: primeiro analisaram-se as críticas de Dworkin ao positivismo e o corolário da discricionariedade das decisões judiciais. No tópico seguinte, apresentaram-se algumas decisões divergentes sobre casos idênticos, semelhante ao que Dworkin fez ao mostrar casos reais, para em seguida analisar decisões no Brasil através de uma visão dworkiniana, trabalhando o que se entende por discricionariedade, solipsismo e arbitrariedade em face da democracia para se chegar ao que Dworkin entende por Direito como integridade, indo, finalmente, à conclusão da presente pesquisa.

É certo que a presente pesquisa não teve por finalidade esgotar o assunto, principalmente por sua complexidade. Todavia, o que se espera é trazer à atenção dos que lerem essas humildes linhas, a possibilidade de se enxergar um possível desrespeito ao Estado Democrático de Direito e aos direitos fundamentais, que como aponta Dworkin⁶, devem ser pautados pelas regras e princípios, para se atingir um Direito de integridade, conseguindo-se assim garantir a democracia, assunto relevante principalmente em épocas de conduções coercitivas e delações premiadas.

5 DWORNIK, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

6 DWORNIK, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 11.



1. AS CRÍTICAS DE DWORKIN AO POSITIVISMO EXEGÉTICO

Em sua obra “O império do direito”, Dworkin, questiona o que é o Direito, e tem por objetivo compreender de que tipo de divergência se tratam as discussões jurídicas e, então, criar e defender uma teoria sobre os fundamentos apropriados do Direito.

Dworkin, logo no início de sua obra, já aponta para a importância do Direito dentro de uma sociedade e de sua inafastabilidade, quando informa que “Vivemos na Lei e segundo o Direito”⁷, ou seja, toda a vida, dentro da sociedade, que hoje se estende a todos os cantos do planeta, está coordenada e dirigida pelo Direito. Sendo assim, o Direito é o soberano, vivendo-se sob seu império.

Por isso discute-se esse Direito, porém sem conhecê-lo bem. Como informa o autor, “somos súditos do império do direito, vassalos de seus métodos e ideias, subjugados em espírito enquanto discutimos o que devemos, portanto, fazer”⁸.

Assim, apresentam-se os problemas apontados por Dworkin, v.g., “Como pode a lei comandar quando os textos jurídicos emudecem, são obscuros ou ambíguos?”⁹, o que é direito e porque é importante.

Diante disso, Dworkin vai apontar a importância para a sociedade, como um todo, o modo como os juízes decidem, sendo que o juiz será ator principal para demonstrar a teoria de Dworkin devido à forma que as decisões são construídas. E faz uma crítica a tais decisões, ao informar

7 DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

8 DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

9 DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.



que seu mentor, Learned Hand, dizia ter mais medo de um processo judicial do que da morte ou dos impostos.

Nesse raciocínio, o autor informa que a sociedade como um todo, em um processo judicial, está à disposição, ou nas mãos, de um juiz que julga conforme seu humor naquele momento, o que faz pensar se um provimento judicial é uma questão de sorte ou falta de sorte, pois conforme expõe:

A diferença entre dignidade e ruína pode depender de um simples argumento que talvez não fosse tão poderoso aos olhos de outro juiz, ou mesmo o mesmo juiz no dia seguinte. As pessoas frequentemente se vêem na iminência de ganhar ou perder muito mais em decorrência de um aceno de cabeça do juiz do que de qualquer norma que provenha do legislativo¹⁰.

Dworkin aponta também para o fato de que o processo judicial não afeta somente as questões econômicas ou de liberdade, afeta a questão moral de uma sociedade quando condena um inocente ou deixa o Poder Judiciário de ouvir um queixoso com uma alegação bem fundamentada ou ainda quando cria um estigma a alguém sem que esse mereça.

Como se não bastasse, as decisões dos tribunais podem afetar toda uma sociedade ou parte dela. Dworkin¹¹ exemplifica a questão da segre-

10 DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 3.

11 DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 6.

gação racial nas escolas, causadora de uma revolução (proposições muito gerais); das indenizações de trabalhadores por acidentes causados por outro operário, que repercutiu em uma lei trabalhista (proposições menos gerais); e a decisão sobre quando, em que momento, divulgar arquivos confidenciais após aposentadoria do governo, que gerou uma Lei e afetou o comportamento governamental (proposições muito concretas)¹².

Assim, para Dworkin é importante saber o modo como os juristas decidem as causas, e saber o que pensam sobre o que é Direito. E, quando divergem, de qual tipo de divergência se trata.

Dentro dessa busca, Dworkin informa que o processo judicial sempre vai apresentar três tipos de questões: fática, de direito e de moralidade (política e fidelidade). Nesse raciocínio, gira a atenção para a questão de direito, pois segundo ele, a primeira questão, ou questão de fato, é bastante direta¹³; a terceira questão, moralidade, não apresenta nenhum problema especial no tribunal, pois as pessoas divergem sobre o que é certo ou errado.

Logo, o problema, para Dworkin, está na “proposição jurídica”, onde juristas, juízes e pessoas em geral acham que tais proposições podem ser verdadeiras ou falsas, o que Dworkin chama de divergência empírica e divergência teórica.

Para Dworkin, o grande problema está na divergência teórica, sendo que os problemas judiciais seriam resolvidos mais facilmente se todos soubessem o que é o direito, se não houvesse divergência teórica sobre os fundamentos do direito.

12 Situações apontadas como ocorridas nos estados Unidos da América e na Inglaterra.

13 Basta ver se houve o fato ou não houve.



Abel vai resumir isso com as seguintes palavras:

Dworkin irá afirmar que, em larga escala, os filósofos do Direito adotam a teoria de que a divergência *teórica* seria tão somente uma ilusão. Ele batiza essa visão de *ponto de vista da simples questão de fato dos fundamentos do direito*. Em síntese, essa teoria pode ser resumida da seguinte forma: o Direito seria nada mais do que aquilo que os tribunais e legisladores decidiram no passado. Ele existiria como simples *fato*, e o que o *Direito é* pouco ou nada teria a ver com o que o Direito *deveria ser*. Assim, quando advogados e juízes parecem estar divergindo teoricamente sobre o que é o Direito, na verdade estariam apenas discutindo sobre o que o Direito *deveria ser*. Segundo este ponto de vista, os juristas divergem, portanto, sobre fidelidade às normas estabelecidas e moralidade – e não sobre Direito¹⁴.

Segundo Dworkin, a doutrina (falando dos Estados Unidos) não tem teoria acerca da divergência teórica do direito, como igualmente ocorre no Brasil, pois não existe clareza entre os teóricos sobre que tipo de divergência se trata¹⁵, então utilizam evasivas afirmando se tratar de ilusão a divergência teórica, e que juízes e advogados estão de acordo em relação aos fundamentos da Lei. Então Dworkin chamou isso de ponto de vista da simples questão de fatos do fundamento do direito.

14 ABEL, Henrique. **Positivismo jurídico e discricionariedade judicial**: a filosofia do direito na encruzilhada do constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 9.

15 Conforme texto anterior, trata-se de fidelidade às normas estabelecidas e moralidade.

Dizem os teóricos, segundo Dworkin¹⁶ – e por ele criticados –, que o direito é fato histórico, decidido no passado por legislaturas, tribunais, câmaras municipais, por exemplo. O direito existe como simples fato. Assim, em sua crítica informa que se existe divergência, essa divergência se dá porque um dos lados estaria desobedecendo à Lei, já que é simples questão fática.

Segundo o autor, os leigos do direito acham que as Leis, em face às questões fáticas, ou seja, na resolução de seus problemas, estão providas de norma jurídica para tudo, ou todos os casos que chegam ao conhecimento do Poder Judiciário. Porém, o entendimento do leigo cai por terra na simples averiguação de que o direito é criado conforme as demandas da sociedade e não o contrário. Em outras palavras, a questão fática aparece antes da criação da Lei, que por sua vez é criada em função da situação fática, para futuras demandas idênticas. Isso leva o juiz a preencher lacunas, por meio do discernimento, criando nova norma.

Não se pode olvidar do fato de que, por meio da discricionariedade judicial, mesmo quando existe uma norma, o juiz legisla. Veja-se a determinação do Supremo Tribunal Federal que determina a prisão em segunda instância, quando confirmada a condenação da primeira instância, contrariando a Constituição Federal de 1988, tratando-se de política disfarçada, atuando o judiciário fora de sua competência legal, legislando e administrando (legislativo e executivo).

Assim, Dworkin, através da apresentação de casos reais, vai tentar mostrar como a tese do simples fato distorce a prática jurídica, demonstrando que o positivismo deu margem à discricionariedade.

16 DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 16.



2. A REALIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS IMPREVISÍVEIS NO BRASIL

Após uma breve apresentação do Capítulo I da obra de Dworkin, “O império do Direito”, se faz necessário apresentar decisões diferentes sobre temas idênticos, demonstrando que existe divergência entre os próprios julgadores, já que com mais facilidade se observa e entende a divergência entre advogados e promotores, já que defendem interesses. Veja-se, pois.

Nos dois acórdãos que se seguem, ambos do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), a discussão se detém na obrigação ou não de uma seguradora pagar indenização por morte, quando se envolve embriaguez, motivo denominado pelas seguradoras como excludente de responsabilidade. Observa-se que em uma decisão, que determina o pagamento, é informado que para se excluir a responsabilidade de indenizar tem que haver a intenção do segurado de morrer, ou seja, vai além de muitos julgados que condicionam umnexo causal entre a causa da morte e o fato de ingerir álcool, em outras palavras, vai além da argumentação de que a ingestão de álcool não é excludente da responsabilidade por si só, deve haver a intenção do segurando em causar a própria morte. Por sua vez, no outro acórdão, é informado que o fato de existir álcool no organismo do segurado já é suficiente para se caracterizar a excludente de responsabilidade da seguradora. Talvez o juiz tenha chegado a esta conclusão porque o segurado ingeriu outras drogas também, como se lê no acórdão, fica a dúvida. Leia-se:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL DO CONSUMIDOR. AÇÃO ORDINÁRIA. COBRANÇA DE SEGURO DE VIDA. ESTADO DE EMBRIAGUEZ. FALECIMENTO DO SEGURADO. RESPONSABILIDADE DA SEGURADORA. AGRAVAMENTO DO RISCO NÃO-COMPROVADO. RECURSO PROVIDO.

Ir para o índice

- “A simples relação entre o estado de embriaguez e a queda fatal, como única forma razoável de explicar o evento, não se mostra, por si só, suficiente para elidir a responsabilidade da seguradora, com a conseqüente exoneração de pagamento da indenização prevista no contrato.”
- “A culpa do segurado, para efeito de caracterizar desrespeito ao contrato, com prevailecimento da cláusula liberatória da obrigação de indenizar prevista na apólice, exige a plena demonstração de intencional conduta do segurado para agravar o risco objeto do contrato”¹⁷.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA - SEGURO DE VIDA - ESTADO DE EMBRIAGUEZ E USO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES - COMPROVAÇÃO - RELATÓRIO DE NECRÓPSIA - FATO EXCLUDENTE DA RESPONSABILIDADE DA SEGURADORA - SENTENÇA MANTIDA. Restando comprovado nos autos o alto teor de bebida alcoólica no sangue do segurado, bem como o uso de substância entorpecente, configurada a excludente da responsabilidade indenizatória da seguradora, razão pela qual deve ser mantida a sentença de improcedência dos pedidos¹⁸.

No mesmo sentido são as decisões referentes ao meio ambiente, contraditórias. Conseqüentemente, a justiça socioambiental permeia a ideia de acesso à jurisdição, que envolve a multidimensionalidade do desenvol-

17 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n. 1.0024.11.287849-1/001. Relator: Des.(a) José Flávio de Almeida. Data da publicação da súmula: 13/10/2014. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**, internet.

18 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n. 1.0024.12.168144-9/001. Relator: Des.(a) Wanderley Paiva. Data da publicação da súmula: 27/08/2014. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**.



vimento sustentável e o restabelecimento da paz social por um processo justo, o que não é alcançado por precedentes conflitantes. Nesse sentido:

É importante perceber que do conceito de injustiça ambiental extrai-se que a justiça ambiental exprime certa ressignificação do meio ambiente, de modo a ampliar igualmente a garantia de acesso à Justiça nas questões que envolvam o desenvolvimento econômico, político e social, e a dignidade da pessoa humana. A partir da Constituição Federal, de 1988, assegurar o acesso à Justiça de forma qualificada significa também direito ao meio ambiente sadio e equilibrado, assegurando-se formas alternativas de resolução de conflitos ambientais, pois as ações judiciais que envolvem esses conflitos normalmente são complexas, e os processos tendem a se arrastar por anos, para, no fim, a decisão (sentença/acórdão que põe fim ao processo) não conseguir restabelecer a paz social. Os problemas são reiterados, a exemplo da ocupação irregular, na questão da moradia, além da falta de políticas públicas que permitam a fixação do homem no campo (política agrícola e agrária efetivas). A decisão judicial pode pôr um fim momentâneo, mas de forma quase imediata os problemas retomam o seu curso (às vezes na mesma localidade, às vezes em lugares próximos)¹⁹.

O que se pretende demonstrar é que no Poder Judiciário brasileiro existe uma enorme imprevisibilidade no que diz respeito às decisões judiciais, fato que acaba levando grande insegurança aos que precisam de

¹⁹ HAONAT, Angela Issa. Justiça ambiental: uma perspectiva a partir da obra *vidas secas*. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz; VILLAS BOAS, Marco Anthony Steveson; CARMO, Valter Moura do (org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. v. 8. Palmas: Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, 2017. p. 32.

seu provimento, assim como aos que estão impelidos a tê-lo, gerando assim afronta ao Estado Democrático de Direito. Torna-se evidente, devido a discursos de direitos humanos e criação de princípios, a utilização de opiniões pessoais, valores morais próprios sobre a vontade dos outros, vindo à tona a arbitrariedade dos julgadores que divergem entre si²⁰.

Isso fica bem evidente no julgado que segue, desta vez do Juizado Especial de Consumo da comarca de Belo Horizonte. Nesse caso o Juiz determinou a extinção do feito fundamentando tal decisão na incompetência territorial, assim exposto:

EMENTA Vistos, etc. Dispensado o relatório, conforme o disposto no art. 38, da Lei nº 9.099/95. Compulsando os autos, verifica-se que os autores residem no endereço seguinte: Rua SEIS, 234, CASTELO BRANCO I, JUATUBA - MG - BRASIL, 35675000. Desse modo, a competência para julgamento dessa ação é da comarca de MATEUS LEME- MG. Assim, de plano analiso, ex officio, os pressupostos processuais para o regular prosseguimento do feito, relativamente à competência territorial, na esteira do Código de Defesa do Consumidor. Tratando-se de pedido atinente à relação de consumo, tem-se por consequência a incidência da normatização contida no CDC, em especial o princípio da facilitação da defesa dos direitos do consumidor (art. 6º, inc. VIII), pelo qual é competente o foro do domicílio do consumidor para a demanda, conforme previsão expressa no disposto no art. 101, inc. I, do mesmo Código que, por ser regra especial, prevale-

20 WEBBER, Suelen da Silva. O panprincipiologismo como propulsor da arbitrariedade judicial e impossibilitador da concretização de direitos fundamentais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 305-324, jan./jun. 2013. p. 305.



ce sobre a geral contida no art. 4º da Lei nº 9.099/95. Transitada esta decisão em julgado, remeter os autos ao arquivo, com baixa na Distribuição, observadas as formalidades de praxe. Cancele-se audiência de conciliação²¹.

Observa-se que o Código de Defesa do Consumidor (CDC) pretende, em nome dos direitos fundamentais, facilitar o acesso à jurisdição aos menos favorecidos, porém, no caso concreto quem garante que o melhor para o consumidor seria acionar o Poder Judiciário de sua comarca em vez do da comarca do réu, por trabalhar na comarca do réu, por exemplo. Isso sem apontar a questão política exposta na sentença, que informou que a demanda de consumidores de outras comarcas naquela comarca prejudicaria os consumidores da localidade, quando a CR/1988 obriga a apreciação de lesão a direito pelo Poder Judiciário, protegendo todos da sociedade sem distinção de qualquer tipo.

As determinações afirmam que a competência territorial é absoluta, para proteção do hipossuficiente, mas não afirma que é inalienável, sendo certo que o consumidor pode abrir mão dessa prerrogativa se lhe for mais benéfico.

Certo é que não pode um juiz, enquanto órgão do Estado Democrático de Direito, fazer suas convicções pessoais²² se sobressaírem em contrariedade ao que determina uma norma ou um direito de integridade, conforme afirma Dworkin²³.

21 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 6ª Unidade Jurisdicional Cível. Processo: 9079710.79.2015.813.0024. Juiz: Napoleão Rocha Lage. Data da publicação: 10/11/2015. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**, internet.

22 Pode o último caso ser considerado até interesse pessoal, com a intenção de diminuir a sobrecarga de trabalho.

23 DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

3. DISCRICIONARIEDADE, SOLIPSISMOS, ARBITRARIEDADE ANTE DEMOCRÁTICA

Dentro deste apontamento, é possível até achar que as decisões proferidas no Brasil possam se adequar a atos solipsistas, o que significa dizer que só existem, efetivamente, o eu com as próprias sensações, sendo os outros, seres ou objetos, simples partícipes de uma única mente pensante, meras impressões sem existência própria, brinquedos que podem ser manipulados, descartados, incluídos, excluídos, ao bel prazer ou pensamento daquele que domina, daquele que tem a discricionariedade.

E a discricionariedade, conforme denunciou Dworkin, leva à arbitrariedade, o que sem dúvida é ato completamente divorciado de um Estado Democrático de Direito.

Importante verificar as fundamentações das decisões na busca de uma resposta mais coerente e adequada à CF/1988, a qual abarca todo o arcabouço jurídico brasileiro, para o caso concreto, tratando-se de um dever do Estado Juiz decidir todos os casos, longe da discricionariedade, mas sim pela hermenêutica, de acordo com a coerência e a integridade, e nunca por razões de cunho político, social ou econômico, ou por cognições pessoais do julgador, criando princípios absurdos e incoerentes para levar a cabo sua pretensão particular, que inclusive, às vezes não passa de uma disputa orgulhosa para demonstrar que sabe mais que os outros, em conformidade com Webber²⁴.

24 WEBBER, Suelen da Silva. O panprincipiologismo como propulsor da arbitrariedade judicial e impossibilitador da concretização de direitos fundamentais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 305-324, jan./jun. 2013. p. 307.



No mesmo sentido, Streck vai informar que “é dever dos juízes e tribunais aplicar as leis em conformidade com os princípios fundamentais”²⁵. Não há dúvida que as decisões judiciais, dentro de uma sociedade que não pode se valer da autotutela, sob pena de responsabilização, é o último amparo do cidadão, da sociedade, que na maioria dos casos, além da resposta demorada, tardia, e por isso, ineficaz, não recebe a resposta adequada, não por ser tal resposta contrária a sua pretensão, mas por ser contrária a pensamento comum do que seja certo ou errado, simplesmente pela discricionariedade associada ao pensamento ou interesse de um.

A decisão judicial, que tem função de solucionar os atritos sociais, tem, por necessidade, que aplicar a resposta correta ao caso concreto, com base nas normas, nos princípios e regras constitucionais, correlacionados ao que existe no processo, no caso concreto.

Conforme aponta Abel, ao se referir ao fato de Dworkin criticar o positivismo e a discricionariedade e afirmar claramente que o positivismo é contraditório, ou permitir, sem solução, a discricionariedade:

Ocorre que, diante do atual paradigma do Estado Democrático de Direito, estabelecido por meio do neoconstitucionalismo do segundo pós-guerra, se faz necessária uma teoria da decisão que, superando o legado do positivismo jurídico, deslegitime atuações judiciais pautadas pela discricionariedade.

Em suas diferentes manifestações (inclusive aquelas que se apresentam como decorrentes da rejeição ao positi-

25 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 135.

vismo jurídico), a discricionariedade deve ser compreendida como uma prerrogativa simplesmente incompatível com o atual estágio da democracia brasileira, para que seja reafirmado o compromisso dos juízes e tribunais com a integridade do ordenamento jurídico, compreendido na forma de um sistema de regras e princípios²⁶.

E continua:

Dentro do contexto de um Estado Democrático de Direito contemporâneo, combater o positivismo significa, essencialmente, combater a discricionariedade judicial. O que uma postura crítica (e comprometida com a democracia) deve querer é, precisamente, que sejam cumpridas as leis, e não o contrário²⁷.

Dessa forma fica claro que para Dworkin, o Direito deve ser pautado em regras e princípios.

4. NORMAS, PRINCÍPIOS E REGRAS NA VISÃO DWORKINIANA

Uma questão muito importante, na teoria dworkiniana, é saber o que são princípios e regras. Certo é que princípios, para realização de tal teoria, não são o que se utiliza hoje nas decisões judiciais, havendo

26 ABEL, Henrique. **Positivismo jurídico e discricionariedade judicial**: a filosofia do direito na encruzilhada do constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 4.

27 ABEL, Henrique. **Positivismo jurídico e discricionariedade judicial**: a filosofia do direito na encruzilhada do constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 4.



uma verdadeira confusão do que seja princípio verdadeiro e supostos princípios para se atingir objetivos, conforme informa Webber, para acusar a realização do principiologismo como propulsor da arbitrariedade judicial e impossibilidade, por tal motivo, da concretização de direitos fundamentais. Veja-se:

O processo decisório no Brasil, nos últimos anos, mormente após a Constituição da República de 1988, vem sendo dominado por um fenômeno um tanto quanto curioso, que, na maneira como vem se dando, não condiz com a forma democrática e compromissária da Constituição Brasileira: a proliferação desmedida de decisões judiciais baseadas em princípios. Tal fato abre espaço para uma discricionariedade arbitrária. Mas, afinal, o que é um princípio? Para responder a essa pergunta, deve-se começar pelo princípio. Isto é, dizendo que as conceituações e definições sobre o termo são, talvez, as mais vastas do campo jurídico. Partem desde definições vazias e sem sentido, como as que geralmente são encontradas nos manuais de Direito, passando por reproduções sem uma carga de sentido, quase sempre frutos de mixagens teóricas, até definições e caracterizações de jaez hermenêutico ou sociológico que efetivamente alcançam a complexidade vivenciada no atual paradigma. Essas definições hermenêuticas apontam um norte na discussão gerada por essa “produção” desenfreada de princípios, a qual vai desembocar necessariamente na arbitrariedade e no protagonismo judicial²⁸.

28 WEBBER, Suelen da Silva. O panprincipiologismo como propulsor da arbitrariedade judicial e impossibilitador da concretização de direitos fundamentais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 305-324, jan./jun. 2013. p. 307.

É óbvio que não se trata deste tipo de princípios que Dworkin se refere, existindo vários sentidos para o que seja princípio, dentro da doutrina Nacional. Vejamos alguns que começam a caminhar no sentido dworkiniano.

Para Toledo²⁹, ao se referir ao princípio da legalidade, informa que “Funda-se na ideia de que há direitos inerentes à pessoa humana que não são nem precisam ser outorgados pelo Estado”, ou seja, fundados em um direito natural.

Baracho, ao cuidar do princípio de efetividade e norma constitucional, diz que:

No capítulo dedicado às fontes normativas, que examinam a natureza da norma jurídica e outras categorias de normas, seu conteúdo, as disposições, os destinatários, preceitos e sanções, surgem diversas explicações que levam à compreensão da efetividade.

A norma jurídica é uma regra que tem destinatário. Ela é organizativa quando dispõe da repartição de competência inerentes aos vários poderes que compõem a estrutura constitucional. Ela é destinada potencialmente também ao cidadão, destinatário efetivo em todas as ocasiões em que o mesmo comparece para concretização de seus direitos.

A doutrina tem mostrado algumas características da norma jurídica, ressaltando que a positividade indica que a norma é vigente e observada no que se refere aos interesses efe-

29 TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 22.



tivamente relevantes pelo ordenamento jurídico. Indica-se que a previsão formal opera através da concretização do respectivo ordenamento, que deve expressar as aspirações da sociedade. A positividade pode coincidir com a efetividade aplicada nas relações sociais e jurídica. A coatividade da norma implica a sua aplicabilidade concreta³⁰.

Ainda dentro de algumas explicações, cita-se Kimura, ao se referir ao sistema jurídico:

A Constituição positiva é o fundamento último de validade das normas (dos elementos) que compõem o sistema jurídico. O sistema jurídico não comporta elementos que são relacionalmente inválidos. Em outras palavras, a Constituição é a norma suprema do ordenamento jurídico. Esta particular condição normativa deflagra determinados aspectos que singularizam a teoria da interpretação constitucional, se confrontada com a teoria da interpretação das leis em geral. Face esta posição singular, a interpretação da Constituição deve levar em conta específicas regras hermenêuticas, sem se desvincular dos métodos e critérios tradicionais³¹.

Bastos vai apontar para a índole agregadora dos caracteres básicos. Leia-se:

Vê-se, para logo, que o nosso intento doutrinário é distinguir, sem separar. Isto é, sem negar que os modelos jurí-

30 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 151.

31 KIMURA, Alexandre Issa. **Hermenêutica e interpretação constitucional**, 2014.

dicos sejam umbilicalmente unidos, formando um todo compacto e indissociável, pensamos que os de índole constitucional agregam, aos caracteres básicos de todo o conjunto, traços complementares que lhes são privativos. Daí justificam e até mesmo exigem, por merecimento intrínseco ou virtude própria, o recorte de moldes interpretativos ajustados à respectiva silhueta. Melhor falando, justificam a formulação de uma técnica especial de manejo dos já conhecidos métodos de interpretação jurídica, principalmente o histórico, o lógico-sistemático e o teleológico³².

Ocorre que Dworkin, como informa Abel³³, “parte do conceito de proposições jurídicas, que vem a ser toda a afirmação ou alegação que uma pessoa pode fazer sobre aquilo que a lei lhe permite, proíbe ou autoriza”, para se ter o que chama de divergência teórica e empírica³⁴, e para se chegar a uma interpretação construtiva, com a utilização dos princípios, deve-se chegar à noção medular da filosofia jurídica do autor³⁵.

Tratam-se então os princípios e regras de absoluta integridade no Direito ou o Direito como integridade.

32 BASTOS, Celso Ribeiro. **Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 11.

33 ABEL, Henrique. **Positivismo jurídico e discricionariedade judicial**: a filosofia do direito na encruzilhada do constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 8.

34 Crítica de Dworkin ao positivismo.

35 DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 16: “não reserva este entendimento exclusivamente para o Direito [...]. Toda interpretação criativa (ou seja, de algo criado pelas pessoas como entidade distinta delas, como é o caso não só do direito mais também da arte) não é interpretação convencional, e sim construtiva”.



5. O DIREITO COMO INTEGRIDADE DENTRO DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Dworkin³⁶ vai dizer que o direito é argumentativo, que envolve o que ele chama de ponto de vista exterior e ponto de vista interior, sendo o primeiro das questões sociológicas e históricas e o segundo das reivindicações pessoais no momento presente. Assim, procura soluções práticas, debruçando-se sobre a natureza argumentativa da prática jurídica por meio de questões de acerto e verdade apresentadas na prática pelos participantes.

Abel afirma que: “a integridade dworkiniana, assim, é uma atitude que valora e dá sentido ao direito, não o tratando como mera retórica vazia em nome de interesses contrários, nem como sistema fechado de regras, como queriam os positivistas”³⁷.

Nas palavras de Dworkin:

Temos dos princípios de integridade política: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido. Nosso maior interesse é o princípio jurisdicional, mas não ainda. Neste capítulo, sustento que o princípio legislativo faz parte de nossa prática política a tal ponto que nenhuma interpretação competente dessa prática pode ignorá-lo.

36 ABEL, Henrique. **Positivismo jurídico e discricionariedade judicial**: a filosofia do direito na encruzilhada do constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 38.

37 ABEL, Henrique. **Positivismo jurídico e discricionariedade judicial**: a filosofia do direito na encruzilhada do constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 22.

Avaliamos essa afirmação segundo as duas dimensões que agora nos são familiares. Perguntamos se o pressuposto de que a integridade é um ideal político distinto se adapta a nossa política, e, em segundo lugar, se honra nossa política. Se o princípio legislativo de integridade é poderoso nessas duas dimensões, então o argumento em favor do princípio jurisdicional e da concepção de direito que defende já terá começado bem³⁸.

Logo, para Dworkin, o princípio da integridade é algo como moralidade, como uma pessoa íntegra, que se pauta a valores adequados ao contexto, garantindo a integridade de todo o sistema, de toda a sociedade em seu direito de resposta aos conflitos da vida, do cotidiano. Segundo Abel:

Podemos dizer, assim, que a integridade e a interpretação construtiva se situam num “meio termo” entre convencionalismo, de um lado, e o pragmatismo de outro. Aquele se preocupa em manter as diretrizes do passado, este é orientado pelos melhores resultados para o futuro. A integridade dworkiniana, por sua vez, é obtida através de um processo no qual o julgador se coloca como um elo da história do desenvolvimento dos entendimentos jurídicos. Cabe a ele preservar os elementos passados, mas adaptando-os para a realidade do caso no presente³⁹.

38 DWORIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 213.

39 ABEL, Henrique. **Positivismo jurídico e discricionariedade judicial**: a filosofia do direito na encruzilhada do constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 18.



Certo é que a atual forma como as decisões no Brasil vem sendo tomadas está completamente divorciada de um Estado Democrático de Direito, pois, ao contrário do que muitos pensam, os Juízes não são os personagens principais do cenário jurídico, e sim responsáveis, como servidores públicos, por dar a melhor solução aos conflitos da sociedade, deixando de fora suas questões pessoais, devendo basear-se em regras e princípios verdadeiros para atingir uma resposta ideal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observa-se que o que se pretende, nestas singelas linhas, é fazer um apanhado do que é a realidade do Poder Judiciário hoje no Brasil, principalmente no que diz respeito a sua imprevisibilidade, exaurida através das provisões finais, com decisões contraditórias em casos idênticos, afastando-se, sem dúvida, dos parâmetros fixados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, se fazendo necessário, por tal motivo, a fundamentação detalhada da sentença, para que se tenha um mínimo de segurança jurídica. Não existe uma sociedade sólida sem segurança jurídica, não existe meio ambiente adequado sem decisões sólidas e coerentes.

A inobservância dos parâmetros que norteiam o Estado Democrático de Direito, por mais nobres que possam parecer as justificativas para fazê-lo, pode levar a tipos de regimes indesejáveis. Para se chegar a esta conclusão, basta a observância da própria história da humanidade, pois tanto Hitler como Fidel Castro, sendo que os casos não se resumem a esses dois, tinham como discurso a libertação, a igualdade, entre outros argumentos que *a priori* são desejáveis. Não pode uma sociedade olvi-

[Ir para o índice](#)

dar da história e cair em promessas ou aparências idênticas sob pena de se perder a liberdade e a democracia.

Hoje muito se discute sobre direitos humanos, direitos fundamentais, igualdade, proteção ambiental⁴⁰. Contudo, pouco se sabe o que realmente são tais direitos, para se chegar a tal conclusão basta olhar para a inaplicabilidade dos direitos elencados acima e devidamente positivados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Muito disto está relacionado à discricionariedade das decisões judiciais no Brasil, na contramão dos pensamentos dworkinianos e de um verdadeiro Estado Democrático de Direito. Viu-se que para Dworkin, no que toca suas críticas ao positivismo, a discricionariedade é responsável pelo decisionismo e arbitrariedade nas decisões, o que ficou claro existir no Brasil através das decisões paradigmas apresentadas.

Em outras palavras, bem diretas, a CR/1988 tem que ser respeitada, mesmo não sendo perfeita, para que se possa garantir a democracia, cumprindo a cada ente e órgão a sua prerrogativa pré-estabelecida naquele diploma.

É inadmissível a utilização de órgão tão importante para sociedade como é o Poder Judiciário, capaz de transformar os hábitos de uma sociedade, de criar padrões, de estigmatizar pessoas, de levar pessoas à ruína, de modo irresponsável e comprometendo os que estão sob seu julgo.

40 Para analisar a ideia de desenvolvimento econômico em contraposição ao desenvolvimento sustentável e estudar um caso concreto, ver: BIZAWU, Kiwonghi; GOMES, Magno Federici. Oil exploitation at Virunga park as a threat to the environment and to endangered animal species. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 13, n. 27, p. 11-29, set./dez. 2016, p. 18-21.



Valores pessoais, orgulhos e sede por poder devem ter um basta. Deve-se buscar a aplicabilidade do Direito, como realmente deve ser, por meio da utilização das regras e princípios como reguladores da discricionariedade, como sugere Dworkin, passando a ter o Brasil, quem sabe, um Direito íntegro.

Assim, fundamental o respeito à CR/1988 e o respeito a todos da sociedade que se encontram sob sua guarda, doa a quem doer.

REFERÊNCIAS

ABEL, Henrique. **Positivismo jurídico e discricionariedade judicial**: a filosofia do direito na encruzilhada do constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982.

BIZAWU, Kiwonghi; GOMES, Magno Federici. Oil exploitation at Virunga park as a threat to the environment and to endangered animal species. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 13, n. 27, p. 11-29, set./dez. 2016. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/897>. Acesso em: 20 jun. 2017.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

Ir para o índice



FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão, teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

HAONAT, Angela Issa. Justiça ambiental: uma perspectiva a partir da obra vidas secas. *In*: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz; VILLAS BOAS, Marco Anthony Steveson; CARMO, Valter Moura do (org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. v. 8. Palmas: Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, 2017. p. 29-40. Disponível em: <http://www.dialogoaci.com/wp-content/uploads/2017/06/MIOLO-DIALOGOS-AMBIENTAL-8-COMPLETA-ilovepdf-compressed.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2018.

KIMURA, Alexandre Issa. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. Disponível em: http://www.al.sp.gov.br/repositorio/bibliotecaDigital/499_arquivo.pdf. Acesso em: 06 nov. 2015.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n. 1.0024.11.287849-1/001. Relator: Des.(a) José Flávio de Almeida. Data da publicação da súmula: 13/10/2014. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 20 maio 2016.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n. 1.0024.12.168144-9/001. Relator: Des.(a) Wanderley Paiva. Data da publicação da súmula: 27/08/2014. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 20 maio 2016.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 6ª Unidade Jurisdicional Cível. Processo: 9079710.79.2015.813.0024. Juiz: Napoleão Rocha Lage. Data da publicação: 10/11/2015. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 20 maio 2016.

Ir para o índice



QUEIROZ, Paulo. **Funções do direito penal, legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

WEBBER, Suelen da Silva. O panprincipiologismo como propulsor da arbitrariedade judicial e impossibilitador da concretização de direitos fundamentais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 305-324, jan./jun. 2013. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/368>. Acesso em: 24 ago. 2017.

Os direitos humanos fundamentais da mulher e as perspectivas de direitos do embrião

The fundamental human rights of women and the prospects of embryo rights

DALVANEY APARECIDA DE ARAÚJO
ÉRICA PATRÍCIA MOREIRA DE FREITAS
FABRÍCIO VEIGA COSTA

RESUMO

A reprodução humana possui um cunho essencialmente religioso e alcança uma proporção cósmica na discussão de dois direitos antagônicos: o direito reprodutivo e sexual da mulher *versus* o direito à vida do embrião. Trata-se de uma colisão de direitos fundamentais que demanda uma solução coletiva de caráter político, devendo-se tratar os direitos sexuais e reprodutivos como direitos humanos a serem concretizados como políticas públicas estatais. Nesse contexto, por meio de uma pesquisa bibliográfica, de cunho dedutivo, pretende-se abordar o tema, verificando se a legislação brasileira atual atende aos preceitos funda-



mentais constitucionais do direito à mulher e, ao mesmo tempo, resguarda o direito do nascituro, com o sistema repressivo que adota.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Embrião. Aborto. Políticas públicas. Direitos sexuais e reprodutivos.

ABSTRACT

Human reproduction has an essentially religious nature and reach a cosmic proportion in the discussion of two antagonistic rights reproductive and sexual rights of women versus the right to life of the embryo. It is a collision of fundamental rights which demand a collective solution of political character, and deal with the sexual and reproductive rights as human rights to be implemented as a State policy. In this context, through a bibliographical research, deductive oriented intends to address the issue by checking if the current brazilian legislation meets the fundamental constitutional principles of the right to the woman and, at the same time, safeguards the right of the unborn child, with the repressive system that adopts.

Keywords: *Human rights Embryo. Abortion; Public policies. Sexual and reproductive rights.*

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente estudo consiste em investigar juridicamente as relações de gênero a partir da perspectiva dos direitos humanos fundamentais da mulher e dos direitos do embrião, com a finalidade de contextualizar o tema aborto enquanto política pública para, então, em um contexto analítico e crítico, ponderar sobre a reprodução humana numa perspectiva de autonomia privada da mulher.

A controvérsia pública sobre o aborto advém de anos e, quanto mais o Estado encontra-se arraigado aos parâmetros religiosos, mais esse as-

[Ir para o índice](#)

sunto representa um “tabu” e não pode ser objeto de legislação. Embora a Constituição Federal explicita que o país é laico, a base religiosa do povo brasileiro assenta-se, em sua maioria, no cristianismo, que considera o aborto como um crime cruel. Nessa concepção religiosa de crime, conseqüentemente, a mulher que o realiza, ainda que nos parâmetros legais, pratica uma conduta moralmente errada.

Como reflexo, a discussão nem chega ao plenário do Congresso Nacional, o que resulta numa violação de direitos fundamentais da mulher. Isso porque esses defensores observam tão somente os direitos do embrião, esquecendo-se dos direitos da mulher, pautados na sua autonomia privada, seu planejamento familiar, em seus direitos reprodutivos e sexuais e, também, em seu direito à igualdade de gênero.

Essas situações antagônicas acerca do direito do embrião e dos direitos da mulher assumem caráter passional, tratando-se de assunto de extrema relevância. Nesse contexto, o debate acerca desses direitos torna-se medida urgente, de modo a resguardar direitos fundamentais da mulher já efetivados.

Isso porque, embora o aborto seja proibido no país, ele constitui uma realidade prática. E, realizado clandestinamente, o índice de morte de mulheres é extremamente alto, e o maior número de vítimas são mulheres carentes. Daí ser necessária a discussão acerca da descriminalização dessa prática e de eventuais medidas de políticas públicas para torná-la como *ultima ratio*.

Por meio de uma pesquisa bibliográfica, foi possível construir análises temáticas, teóricas, comparativas e críticas do tema direitos humanos fundamentais da mulher e as perspectivas de direito do embrião, delimitando-se o objeto da pesquisa na utilização do método dedutivo,



partindo-se de uma visão macroanalítica (direitos humanos fundamentais da mulher) em direção a uma análise micro (direitos reprodutivos da mulher, sua autonomia privada e as perspectivas de direito do embrião).

Nesse contexto, o presente estudo visa analisar se prevalecerão os direitos reprodutivos e sexuais da mulher, que já é detentora de direitos, ou a perspectiva de direito do embrião. O objetivo é evidenciar que a mulher deve ter resguardados os seus direitos reprodutivos e sexuais, devendo-se, pois, haver a descriminalização da prática do aborto.

Para tanto, inicia-se a análise dos direitos sexuais e reprodutivos como direitos humanos. Depois, contextualiza-se o aborto na perspectiva constitucional e penal no ordenamento jurídico brasileiro para então tratar dos direitos do nascituro e da violação dos direitos da mulher. Posteriormente, discutir-se-á o princípio da proporcionalidade como mecanismo para salvaguardar os direitos da mulher.

1. DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS COMO DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos, enquanto reivindicações morais, refletem uma construção histórica de consolidação de direitos a partir de lutas e ações sociais com o fim de se garantir a dignidade da pessoa humana. Assim, eles vão se consolidando paulatinamente por meio das premissas sociais de um determinado povo.

Essa tendência internacional de proteção da dignidade da pessoa humana “[...] parece ser o reflexo de um conjunto de novos valores em que

a proteção do ser humano possui um papel central”¹. É que os direitos do homem, por serem indivisíveis, implicam no usufruto da liberdade e igualdade de gênero, no reconhecimento pleno dos direitos individuais e sociais. Logo, os direitos sexuais e reprodutivos do homem e da mulher devem ser tratados de forma equânime, garantindo-se a satisfação desses direitos humanos sob a perspectiva de laicidade do Estado.

Esse processo de discussão da interrupção da gravidez ser analisado sob a esfera de proteção dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher iniciou-se, de forma bem progressiva, após a década de 1960, quando a emancipação das mulheres começou a ocorrer de fato e a laicização dos Estados tornava-se concreta.

No caso dos direitos sexuais e reprodutivos, observa-se que o seu reconhecimento como direito fundamental e humano advém de um processo histórico de avanços e retrocessos. Iniciou-se com a luta das mulheres por outros direitos e ganhou espaço nos movimentos feministas, o que repercutiu mundialmente com Congressos e Seminários Internacionais e, por consequência, foram objetos de Convenções e Tratados Internacionais, dos quais muitos países tornaram-se signatários.

Foram diversos textos que contribuíram para a proteção sexual e reprodutiva da mulher, dentre eles, destacam-se: Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, ocorrida em 1965; Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos em 1966; Pacto In-

1 BECHARA, Gabriela Natacha; RODRIGUES, Horácio Wanderlei; GRUBBA, Leilane Serratine. A Dignidade Humana como Limite ao Poder Constituinte Originário. *In*: MIRANDA, Jorge Miranda, GOMES, Carla Amado (coord.). CAÚLA, Bleine Queiroz; CARMO, Valter Moura do (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. v. 3. Tomo II. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas. 2015. p. 297. Disponível em: <http://www.dialogoaci.com/wp-content/uploads/2017/02/Dia%CC%81logo-ambiental-constitucional-e-internacional-Vol.3-%E2%80%93-Tomo-II-versa%CC%83o-portuguesa.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2017.



ternacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais em 1966; I Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada na Cidade do México em 1975; Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher em 1979; II Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada em Copenhague, em 1980, utilizando a afirmação de “direitos sexuais reprodutivos”; Convenção Internacional contra a Tortura e outros tratamentos cruéis, Desumanos ou Degradantes em 1984; III Conferência Mundial sobre a Mulher realizada em Nairóbi, Quênia, em 1985; Convenção sobre os Direitos da Criança em 1989; Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento realizado em Cairo no Egito em 1994; IV Conferência Mundial sobre a Mulher realizada em Pequim na China.

Mas foi na Conferência de População e Desenvolvimento, realizada no Cairo, em 1994, que 184 (cento e oitenta e quatro) Estados reconheceram os direitos sexuais reprodutivos como direitos humanos. Examinou-se que a compreensão desses ditos direitos abarca duas vertentes diversas e complementares: a liberdade e autodeterminação individual de um lado e, de outro, o efetivo exercício desses direitos demandarem políticas públicas².

A primeira situação implica no livre exercício da sexualidade e da reprodução humana sem discriminação de gêneros ou sanção. Nesse sentido, homens e mulheres decidirão quando e se querem reproduzir-se. Trata-se de uma liberdade individual da pessoa humana, de sua autonomia privada, não sendo passível de interferência estatal nessa esfera. E a implementação de políticas públicas que assegurem a saúde sexual e reprodutiva da mulher devem ocorrer sob a perspectiva de direitos ao acesso de informações, a meios e recursos seguros, disponíveis e acessíveis que garantam a

2 PLATAFORMA DA CONFERÊNCIA DE POPULAÇÃO E DESENVOLVIMENTO. Cairo, 1994. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2017.

satisfação plena da saúde, tanto sob o aspecto de proteção contra enfermidades, quanto no aspecto de desfrute da vida sexual segura e satisfatória com reprodução mediante desejo de ambas as partes³.

Assim, a Conferência do Cairo evidenciou esse novo paradigma sobre os direitos da mulher, que devem centrar-se no reconhecimento da liberdade de autodeterminação para um planejamento familiar pautado na autonomia privada. Mantendo-se essa mensagem, na Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial da Mulher, ocorrida em Beijing, em 1995, estabeleceu-se que as mulheres possuem o direito individual de decidir sobre a maternidade, de modo que esse direito seja analisado como saúde pública e não sob a perspectiva criminal⁴. Além desse instrumento, a legislação começa a se emancipar e a dar sinais de maiores garantias a essa autonomia da mulher.

2. O ABORTO NA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL E PENAL NO DIREITO BRASILEIRO

O aborto ocorre quando, por algum motivo, há a interrupção da vida intrauterina antes de seu termo normal, podendo ser espontânea ou provocada. A legislação brasileira não faz distinção entre óvulo fecundado, embrião e feto. Trata-se de uma prática constantemente empregada ao longo da história humana.

3 PLATAFORMA DA CONFERÊNCIA DE POPULAÇÃO E DESENVOLVIMENTO. Cairo, 1994. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2017.

4 PLATAFORMA DA IV CONFERÊNCIA MUNDIAL SOBRE A MULHER. Pequim, 1995. Disponível em: http://www.unfpa.org.br/Arquivos/declaracao_beijing.pdf. Acesso em: 31 mar. 2017.



No Direito Romano, considerava-se um crime praticado pela mulher, “o ser humano em vida intra-uterina era tido como uma porção do corpo da mulher ou parte de suas vísceras (*mulieris pars vel viscerum*)”⁵. A Igreja Católica sempre firmou posição contrária ao aborto em todas as suas espécies por meio das encíclicas papais, tratando a conduta abortiva como o maior dos pecados, um crime inconcebível.

O Brasil sempre manteve esse posicionamento de criminalização do aborto, desde o Império, nos exatos termos explicitados pela Igreja, que era a religião da época. De igual forma, o Código Penal Brasileiro, de 1940, inspirado nos precedentes do Código Penal Italiano, incluiu o aborto no Capítulo dos Crimes Contra a Vida, criminalizando a conduta em todas as hipóteses, apenas afastando a punibilidade do aborto necessário – se não há outro meio de salvar a vida da gestante – e do aborto no caso de gravidez resultante de estupro, desde que precedido do consentimento da gestante ou, em caso de incapacidade, de seu representante legal.

Observa-se que a criminalização do aborto, ao invés de retroceder ao longo dos anos, expandiu-se desde os tempos do império. Um avanço na perspectiva dos direitos fundamentais operou-se no Brasil com a Constituição Federal de 1988. O texto garantista, apesar do persistente déficit de efetividade constitucional em determinadas questões, sobretudo na justiça social, promove direitos fundamentais (incorporando direitos individuais, políticos, sociais e difusos) atribuindo a eles aplicabilidade imediata (artigo 5º, § 1º, CF/88) e proteção diante do próprio poder constituinte derivado (artigo 60, §4º, CF/88).

5 ALVES, Ivanildo Ferreira. **Crimes Contra a Vida**. Belém do Pará: Unama, 1999. p. 56.

Nessa perspectiva, embora nosso Código Penal padeça dos resquícios de governos autocráticos (Estado Novo e Regime Militar), o texto constitucional estabelece parâmetros principiológicos para delinear os entornos do direito da mulher à interrupção voluntária de gravidez. Decerto que as convicções religiosas ou metafísicas particulares têm inviabilizado a efetivação desse direito, uma vez que decisões adotadas pelo Estado se justificam por razões ideológicas advindas da religião e não por razões de ordem pública. De qualquer modo, na sociedade pluralista brasileira há credos e razões de toda ordem, de modo que não se pode permitir que essa diversidade torne o conflito entre os direitos reprodutivos e sexuais da mulher e os do nascituro insustentáveis, salvaguardando somente este último.

Portanto, a descriminalização do aborto no Brasil deve vir em virtude do reconhecimento da própria laicidade do Estado. Não se pode um país democrático ater-se a fatores religiosos de forma exacerbada não implementando políticas públicas necessárias para salvaguardar os direitos das mulheres, evitando-se mortes prematuras.

3. CONCEPÇÕES ACERCA DO DIREITO DO NASCITURO

A proteção jurídica da vida humana intrauterina deve partir de uma concepção jurídica, científica, num contexto laicidade e não sob pré-compreensões religiosas. A Constituição brasileira protege a vida do nascituro, mas não com a mesma intensidade substancial que o faz para o indivíduo já nascido.



A proteção basear-se-á, na compreensão de Sarmiento⁶, a partir do tempo de gestação, de modo que o embrião terá uma proteção na medida de seu desenvolvimento. Assim:

O tempo de gestação é, portanto, um fator de extrema relevância na mensuração do nível de proteção constitucional atribuído à vida pré-natal. Aliás, a ideia de que a proteção à vida do nascituro não é equivalente àquela proporcionada após o nascimento já está presente, com absoluta clareza, no ordenamento brasileiro. É o que se constata, por exemplo, quando se compara a pena atribuída à gestante pela prática do aborto- 1 a 3 anos de detenção (art. 124 do Código Penal)-, com a sanção prevista para o crime de homicídio simples, que deve ser fixada entre 6 e 20 anos de reclusão (art. 121 do mesmo Código).

Isso se deve ao fato de que somente após o segundo trimestre da gestação é que se pode falar da formação do córtex cerebral, de modo que o feto não apresenta capacidade de sentir ou pensar. Desse modo, afirma-se que o nascituro, embora já possua vida, não é ainda pessoa⁷.

Dworkin⁸ afirma que a essencialidade na discussão do aborto não reside na personalidade do feto e, sim, na objeção derivativa e na objeção

6 SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e constituição. *In*: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Nos limites da vida**: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 31.

7 SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e constituição. *In*: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Nos limites da vida**: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 32.

8 DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2003. p. 1-63.

independente. A primeira sustenta que o embrião, desde a sua concepção, já se tornou sujeito de direitos, dentre eles a vida. Já a segunda aduz que a vida humana é sagrada desde o princípio, uma vez que possui valor intrínseco e inato, ainda que o feto não possua direitos próprios.

Na visão do autor, a controvérsia acerca do aborto instaura-se nesse caráter de sacralidade e não em eventuais direitos do feto. Assim, o debate encontra-se na objeção independente, a qual apresenta duas posições que sustentam ser a vida humana “sagrada”. Uma posição argumenta que a vida é sagrada em razão do investimento biológico nela realizado, sendo esse o posicionamento dos conservadores e religiosos. A outra posição advém dos liberais que atribuem um peso superior ao investimento humano feito na vida por meio das decisões individuais. Nesse contexto, obrigar a mulher a ter um filho violaria a sua sacralidade, já que seus planos restar-se-iam frustrados⁹.

Logo, a visão dos defensores do direito ao aborto pautar-se-ia numa concepção diversa sobre o que tornaria a vida humana sagrada. Eles valorizam mais o investimento humano e criativo do que o investimento natural. Esse *per se*, não representa uma pessoa de fato, vem de uma vida humana, mas não da pessoa humana. Assim, o nascituro possui direitos, mas não na mesma dimensão atribuída à pessoa humana, no caso a mulher. Nesse sentido, Canotilho e Moreira¹⁰ sustentam

É seguro, porém, que (a) o regime de protecção da vida humana, enquanto simples bem constitucionalmente

9 DWORIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2003. p. 1-63.

10 CANOTILHO, J.J.; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 2. ed., v. I. Coimbra: Almedina, 1985. p. 175.



protegido, não é o mesmo que o direito à vida, enquanto direito fundamental das pessoas, no que respeita à colisão com outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (v.g., saúde, dignidade, liberdade da mulher, direitos dos progenitores a uma paternidade e maternidade consciente); (b) a protecção da vida intra-uterina não tem que ser idêntica em todas as fases do seu desenvolvimento, desde a formação do zigoto até o nascimento; (c) os meios de protecção do direito à vida –designadamente os instrumentos penais – podem mostrar-se inadequados ou excessivos quando se trate de protecção da vida intra-uterina”.

Observa-se que esse posicionamento é justamente o imperado na maioria dos países desenvolvidos, como Estados Unidos, Portugal, Espanha. Nos Estados Unidos, desde o caso *Planned Parenthood v. Casey*, em 1992, houve uma flexibilização quanto aos critérios trimestrais da gestação, passando a admitir proibições ao aborto anteriores ao terceiro semestre, desde que já caracterizada a viabilidade fetal extrauterina. Esclareça-se que a temática acerca do aborto não está diretamente regulada na Constituição Americana, mas em precedentes da Suprema Corte¹¹.

Na Espanha, em fevereiro de 2010, o Senado Federal espanhol, numa votação acirrada, aprovou nova lei acerca do aborto. Em meios a polémicas, passou a vigorar a nova regra, de modo que as mulheres maiores de 16 passaram a ter o direito de interrupção voluntária da gravidez, de forma livre, caso estejam até na 14ª semana de gravidez. Estende-se esse prazo

11 SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Nos limites da vida**: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 8-11.

até a 22ª semana, na hipótese de risco de vida ou à saúde ou sérias anomalias no feto (sendo atestado por dois médicos especialistas)¹².

Essa posição intermediária adotada pelos Estados Unidos, Espanha e outros países, remetem às posições e argumentações sustentadas pelo Ministro Barroso no HC 124.306¹³. Nesse julgado, sustentou o jurista que:

A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. 5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões

12 NOVA LEI do aborto entra em vigor na Espanha com grande polêmica. **Jornal Estadão**, 05 Julho 2010 | 14h22 Disponível em: <http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,nova-lei-do-aborto-entra-em-vigor-na-espanha-com-grande-polemica,576643>. Acesso em: 01 abr. 2017.

13 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 124.306 RJ**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Voto-Vista. Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2017.



graves e óbitos. 6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se cumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios.

Portanto, essa argumentação que reconhece a tutela constitucional da vida intrauterina, mas atribui a ela uma proteção menor do que a concedida à pessoa humana, demonstra-se como razoável para salvaguardar os direitos reprodutivos e a autonomia privada da mulher.

4. VIOLAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS DA MULHER

Reconhecer a dignidade da pessoa humana implica respeito de autodeterminação do ser humano para tomar as decisões fundamentais de suas vidas a partir de suas próprias concepções, sem a interferência do Estado. Enquanto ser de direitos, cabe ao indivíduo estabelecer o que é bom ou ruim para si e a partir destas pré-compreensões realizar suas escolhas existenciais.

Nesse contexto de preservação da dignidade humana, não pode o Estado impor às mulheres regras atinentes a seu próprio corpo, sendo in-

[Ir para o índice](#)

justificável esse controle discriminatório sobre o corpo feminino, sua sexualidade e seus direitos de reprodução. Afrontam-se os direitos fundamentais da mulher tanto na perspectiva nacional quanto internacional.

A esse respeito, sustenta Dworkin¹⁴

As leis que proíbem o aborto, ou que o tornam mais difícil e caro para as mulheres que desejam fazê-lo, privam as mulheres grávidas de uma liberdade ou oportunidade que é crucial para muitas delas. Uma mulher forçada a ter uma criança que não deseja porque não pode fazer um aborto seguro pouco depois de ter engravidado não é dona de seu próprio corpo, pois a lei lhe impõe uma espécie de escravidão. Além do mais, isso é só o começo. Para muitas mulheres, ter filhos indesejados significa a destruição de suas próprias vidas. (...) Decidir sobre um aborto não é um problema isolado, independentemente de todas as outras decisões, mas sim um exemplo expressivo e extremamente emblemático das escolhas que as pessoas devem fazer ao longo de suas vidas, todas as quais expressam convicções sobre o valor da vida e o significado da morte.

O momento da gravidez repercute num momento especial da vida mulher e trará reflexos sobre toda a sua vida. Se, por um lado, pode resultar numa felicidade extrema, em um novo significado à vida, por outro, pode arruinar a vida da mulher e inviabilizar todo o seu projeto de vida. É no corpo feminino que os fetos são gerados, daí a discussão acerca da autonomia reprodutiva feminina.

14 DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão da tradução Silvana Vieira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2003. p. 143.



Os direitos reprodutivos ou sexuais foram alçados recentemente ao *status* de direitos humanos, mais precisamente na década de 1990, na Conferência do Cairo em 1994 e de Beijing em 1995. Tais direitos retratam a liberdade de que homens e mulheres possuem acerca do desejo de se reproduzir ou não. Trata-se de autodeterminação individual quanto ao livre exercício da sexualidade e da capacidade reprodutiva do indivíduo, sem qualquer ingerência do Estado.

como na esfera internacional. A redação do parágrafo 95 da Plataforma da IV Conferência Mundial sobre a Mulher¹⁵ afirma o direito humano de “decidir livre e responsabilmente pelo número de filhos, o espaço a mediar entre os nascimentos e o intervalo entre eles”, bem como o de “adotar decisões relativas à reprodução sem sofrer discriminação, coações nem violência”.

Tais direitos relacionam-se diretamente com o direito à saúde. Segundo Piovesan e Pirola¹⁶, os direitos reprodutivos se relacionam diretamente com “o acesso a um serviço de saúde que assegure informação, educação e meios, tanto para o controle de natalidade, como para a procriação sem riscos de saúde”.

Essa prestação positiva por parte do Estado no tocante ao direito à saúde implica em seu dever de prestar atendimento às mulheres que se submeteram ao aborto clandestino. É que a política criminal não tem sido eficaz no sentido da prevenção do aborto e proteção do feto, sendo realizados diversos abortos com exposição a riscos graves e desnecessários de várias mulheres, especialmente às pertencentes à classe mais pobre.

15 PLATAFORMA DA IV CONFERÊNCIA MUNDIAL SOBRE A MULHER. Pequim, 1995. Disponível em: http://www.unfpa.org.br/Arquivos/declaracao_beijing.pdf. Acesso em 31 mar. 2017.

16 PIOVESAN, Flávia; PIROLA, Wilson Ricardo Buquetti. A proteção dos direitos reprodutivos no direito internacional e no direito interno. *In*: PIOVESAN, Flávia (coord.). **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 167-168.

Embora não existam dados oficiais sobre o aborto, há dados extra-oficiais que comprovam o número de abortos realizados no Brasil entre 1992 e 2002: 705.600 e 1.008.000¹⁷. De acordo com o Ministério da Saúde, o número de óbitos provocados por complicações decorrentes de abortos no país, entre 1999 e 2002, foi 518¹⁸.

A descriminalização do aborto poderia evitar essas mortes. Na verdade, se o aborto fosse considerado como problema de saúde pública, tal como recomendado nas Conferências, essa questão teria uma solução mais equânime. Nesse contexto, o poder individual da mulher decidir sobre seu próprio corpo expressa a sua autodeterminação como pessoa, um direito legítimo de privacidade que o Estado e a sociedade não têm o direito de interferir. Caso haja essa interferência, pode haver um dano à integridade física e psíquica da mulher. A integridade física refere-se aos fatos das mudanças que o corpo feminino irá sofrer em virtude da gestação e a integridade psíquica advém da assunção de uma obrigação para toda a vida que implica renúncia e dedicação para com outro ser.

Vislumbra-se que a descriminalização também respeitaria a igualdade de gêneros, haja vista a histórica posição de subordinação das mulheres e a promoção de visões excludentes, discriminatórias e estereotipadas da identidade feminina e do seu papel social. Na verdade, a não descriminalização não se operou por tratar-se de um direito feminino. Se fosse um direito do sexo masculino, considerando a representatividade no Congresso e os estereótipos da sociedade, tratar-se-ia de um direito adquirido.

17 Cf. REDE FEMINISTA DE SAÚDE. Dossiê Aborto: Mortes Preveníveis e Evitáveis: dossiê. – Belo Horizonte: Rede Feminista de Saúde, 2005. 48p. Disponível em: <http://www.redesindical.com.br/abenfo/arqs/manuais/081.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2017.

18 SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Nos limites da vida**: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 31-33.



5. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO MECANISMO DE SALVAGUARDAR O DIREITO DAS MULHERES

A teoria da proporcionalidade pressupõe uma ponderação dos interesses opostos para a resolução do conflito. Nesta ponderação o que se trata é qual dos interesses, abstratamente no mesmo nível, possui maior peso no caso concreto.

Esta teoria permite que se proceda a uma escolha entre os bens constitucionalmente relevantes postos em confronto, de forma a se aplicar uma tutela mais adequada a um dos direitos em risco e menos gravosa ao outro. Tal princípio, além de aferir validade das restrições a direitos fundamentais, funciona também na dupla dimensão de proibição do excesso e da insuficiência.

No caso do aborto, o princípio da proporcionalidade funcionará como veículo regulador do conflito entre direitos da mulher e direitos do feto. Nesse caso, a tipificação penal somente se justificará se:

- (i) for adequada à tutela do direito à vida do feto (adequação); (ii) não houver outro meio que proteja igualmente esse bem jurídico e que seja menos restritivo dos direitos das mulheres (necessidade); e (iii) a tipificação se justificar a partir da análise de seus custos e benefícios (proporcionalidade em sentido estrito)¹⁹.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 124.306 RJ**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Voto-Vista. Ministro Luis Roberto Barroso. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2017.

Em relação à adequação, é preciso analisar em que medida a criminalização protege a vida do feto. Contudo, não se trata de uma medida adequada, considerando que, nos países cujo procedimento é ilegal, a taxa é a mesma dos países que é legal. Logo, a medida criminalizatória não se demonstra como adequada aos direitos das mulheres e, tampouco, tutela a vida do feto, vez que não impede a interrupção da gestação na prática.

No tocante à necessidade, observa-se que a criminalização do aborto não constitui meio alternativo que proteja igualmente o direito à vida do nascituro e que produza menor restrição aos direitos das mulheres. Assim, há outros meios menos gravosos como a interrupção no primeiro trimestre da gestação ilegal²⁰.

Em relação à proporcionalidade em sentido estrito, torna-se necessário avaliar as restrições aos direitos fundamentais das mulheres decorrentes da criminalização e de uma eventual compensação na proteção à vida do feto. A penalização do aborto não constitui uma medida assecuratória de proteção ao nascituro, uma vez que a tipificação não impede a prática. Ademais, deve-se analisar os parâmetros de direitos do feto de acordo com o estágio de seu desenvolvimento na gestação.

E, por outro lado, a não descriminalização só fere os direitos fundamentais das mulheres, mais especificamente seus direitos sexuais e reprodutivos, sua autonomia privada, sua integridade psíquica e física, sua saúde e ainda promove uma desigualdade de gênero e impacto desproporcional às mulheres de baixo estrato social.

20 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 124.306 RJ**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Voto-Vista. Ministro Luis Roberto Barroso. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2017.



CONSIDERAÇÕES FINAIS

O aborto representa um dos temas contemporâneos mais calorosos e complexos debatidos na sociedade. O assunto remete a crenças e valores religiosos e concepções morais que se encontram arraigadas no âmago da população, que, por sua vez, não consegue vislumbrar a dimensão que a não descriminalização do aborto gera.

Decerto que a interrupção da gravidez está intrinsecamente relacionada aos direitos sexuais reprodutivos femininos, cabendo ao Estado brasileiro a criação, implementação e garantia de condições para que as mulheres tenham tais direitos respeitados. Isso porque eles foram reconhecidos pela comunidade internacional como autênticos direitos humanos.

Desde a Primeira Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada no México, em 1975, a do Cairo e Beijing, na década de 1990 e as demais conferências internacionais, vários documentos foram produzidos e ratificados e alguns países cumpriram os acordos internacionais legalizando o aborto, especialmente os países desenvolvidos como EUA, França, Portugal, Espanha.

No Brasil, não tivemos avanços em virtude de razões históricas, políticas, de cunho moral e religioso que travam o debate, impedindo-se o prosseguimento da discussão no Congresso Nacional. No âmbito jurídico, as decisões do Supremo têm garantido o exercício do direito ao aborto, como no caso dos anencéfalos e a decisão de voto-vista do Ministro Barroso no HC 124.306, entendendo que a interrupção da gravidez pode ocorrer no primeiro trimestre da gestação.

Essa argumentação do Ministro relaciona-se diretamente com o posicionamento adotado em diversos países. Não se trata de não garantir o direito do nascituro. Ele tem proteção constitucional assim como os

direitos fundamentais à saúde, à privacidade, à autonomia reprodutiva e à igualdade da mulher, mas não na mesma dimensão. Ambos são juridicamente relevantes e devem ser protegidos. Contudo, o Código Penal de 1940 não resguarda ambos os bens jurídicos de forma adequada, na medida em que não confere proteção a nenhum dos referidos direitos fundamentais da gestante.

Ao revés, o texto constitucional os resguarda por meio de princípios expressos ou implícitos, especialmente o da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, poderia se aduzir que o aborto perdeu seu caráter ilícito, tanto nos casos permissivos, quanto naqueles não elencados no estatuto penal brasileiro. É que a questão deixou de ser criminal, tornando-se uma medida de cunho social, uma política pública a ser implementada.

Desse modo, a solução apresentada pelo ministro do STF de realização do aborto voluntário no trimestre inicial de gestação, tal qual as medidas adotadas por países europeus e norte-americanos, representa um mecanismo para resguardar os direitos fundamentais das mulheres e, ao mesmo tempo, implicar na adoção de uma política pública estatal que as protegerá do risco, considerando a não realização do aborto clandestino.

Mas não basta somente a descriminalização do aborto, faz-se necessário também a criação de estruturas públicas extrapenais que viabilizem educação sexual e planejamento familiar para se evitar a banalização da prática do aborto. Já que a interrupção voluntária da gravidez constitui uma medida extrema de *ultima ratio*, haja vista suas implicações: não nascimento do feto e tristeza extrema das mulheres.

Nessa perspectiva, observa-se que o sistema repressivo em vigor no país não atende aos preceitos fundamentais constitucionais do direito à mulher, ao mesmo tempo em que não resguarda o direito do nascituro



– considerando o número de abortos clandestinos-, evidenciando a necessidade de reforma da lei penal para se garantir a efetividade desses direitos e mortes e traumas desnecessários.

REFERÊNCIAS

ALVES, Ivanildo Ferreira. **Crimes Contra a Vida**. Belém do Pará: Unama, 1999.

BECHARA, Gabriela Natacha; RODRIGUES, Horácio Wanderlei; GRUBBA, Leilane Serratine. A Dignidade Humana como Limite ao Poder Constituinte Originário. *In*: MIRANDA, Jorge Miranda, GOMES, Carla Amado (coord.). CAÚLA, Bleine Queiroz; CARMO, Valter Moura do (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. v. 3, Tomo II. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas. 2015. p. 289-312. Disponível em: <http://www.dialogoaci.com/wp-content/uploads/2017/02/Dia%CC%81logo-ambiental-constitucional-e-internacional-Vol.3-%E2%80%93-Tomo-II-versa%CC%83o-portuguesa.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2017.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 01 abr. 2017.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 21 jul. 2019.

BRASIL. **Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890**. Promulga o Código Penal. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>. Acesso em: 01 abr. 2017.

Ir para o índice

BRASIL, **Lei de 16 de dezembro de 1830**. Manda executar o Código Criminal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm. Acesso em: 01 de abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 124.306 RJ**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Voto-Vista. Ministro Luis Roberto Barroso. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2017.

CANOTILHO, J.J.; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 2. ed., v. I, Coimbra: Almedina, 1985.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Silvana Vieira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2003.

ESPAÑA. **Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio**, Reguladora de reforma del artículo 417 del Código Penal, n.ºm. 166, de 12 de julio de 1985. Disponível em: http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/leyes_espa/lo_009_1985.pdf. Acesso em Acesso em: 01 abr. 2017.

NOVA LEI do aborto entra em vigor na Espanha com grande polémica. **Jornal Estadão**, 05 Julho 2010 | 14h22 Disponível em: <http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,nova-lei-do-aborto-entra-em-vigor-na-espanha-com-grande-polemica,576643>. Acesso em: 01 abr. 2017.

PIOVESAN, Flávia; PIROTA, Wilson Ricardo Buquetti. A proteção dos direitos reprodutivos no direito internacional e no direito interno *In*: PIOVESAN, Flávia (coord.). **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998. p.166-180.

PLATAFORMA DA CONFERÊNCIA DE POPULAÇÃO E DESENVOLVIMENTO. Cairo, 1994. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2017.



PLATAFORMA DA IV CONFERÊNCIA MUNDIAL SOBRE A MULHER. Pequim, 1995. Disponível em: http://www.unfpa.org.br/Arquivos/declaracao_beijing.pdf. Acesso em: 31 mar. 2017.

REDE FEMINISTA DE SAÚDE. **Dossiê Aborto**: Mortes Preveníveis e Evitáveis: dossiê. – Belo Horizonte: Rede Feminista de Saúde, 2005. 48p. Disponível em: <http://www.redesindical.com.br/abenfo/arqs/manuais/081.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2017.

SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e constituição. *In*: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia Piovesan (coord.). **Nos limites da vida**: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 03-51.

A PEC 67 de 2016 sob a ótica da discussão entre a vontade de poder e de constituição¹

PEC 67 of 2016 under the optics of discussion between the will of power and costitution

BLEINE QUEIROZ CAÚLA

CAIO ARAGÃO MESQUITA XEREZ

MARCELO DIAS PONTE

RESUMO

O artigo tem por escopo a análise da perspectiva jurídica que envolve a figura da proposta de emenda constitucional 67 de 2016, em face da possibilidade de vacância presidencial, ao se estabelecer como apoio aparente às reivindicações dentro de um contexto conturbado de crise política. Assim, a pesquisa aborda implicações inerentes à situação jurídica da PEC 67, bem como identifica as principais causas que originam um projeto com interferências concretas de poder ou

1 A ordem da autoria obedeceu ao critério alfabético.



uma manifestação do poder normativo. Para isso, o trabalho propôs o reexame da discussão entre Konrad Hesse e Ferdinand Lassalle. Parte-se dessa perspectiva tencionando compreender os posicionamentos dos autores, bem como as suas bases de aplicação na realidade brasileira, envolvendo as dinâmicas presentes às quais uma Constituição deve se adequar, com intuito de, por fim, chegar à conclusão a respeito das causas de modificações do texto constitucional.

Palavras-chave: PEC 67 de 2016. Emenda Constitucional. Vontade de Poder.

ABSTRACT

Article is the analysis of the legal perspective that involves the figure of the proposal of constitutional amendment 67 of 2016, in view of the possibility of presidential vacancy, by establishing as an apparent support the demands within a troubled context of political crisis. Thus, the research addresses implications inherent in the legal situation of PEC 67, as well as identify in the main causes that originate a project like this as concrete interference of power or a manifestation of normative power. For this, the work proposed the reexamination of the discussion between Konrad Hesse and Ferdinand Lassalle. It starts from this perspective, intending to understand the authors' positions, as well as their bases of application in the Brazilian reality, involving the present dynamics that a constitution must fit, with the purpose of finally arriving at the conclusion regarding the causes of changes in the constitutional text.

Keywords: PEC 67 of 2016. Constitutional amendment. Will of Power.

INTRODUÇÃO

É porque todos os seres humanos são livres e iguais que devem ser titulares de direitos políticos e, assim, interferir conjuntamente, uns com os outros, na definição dos rumos do Estado e da sociedade em que têm de viver. É porque todos são dotados de razão e de consciência (como proclama, por seu lado, a Declaração Universal) que eles são igualmente chamados à participação cívica, capazes de resolver os seus problemas não pela força, mas pelo confronto de ideias e pelo seu sufrágio pessoal e livre.

Jorge Miranda²

A República Federativa do Brasil tem passado por diversos acontecimentos no seu cenário político, dos quais ainda merece reflexão e ponderações jurídicas o *impeachment* da Presidente Dilma Rousseff no prisma de uma reanálise sobre a insatisfação popular com o seu sucessor Michel Temer, no cenário da democracia representativa em vigor no Brasil.

O então Presidente Michel Temer adentrou um cenário perturbador de crise econômica e política, ademais, nomes ligados ao seu governo se viram envolvidos em escândalos de corrupção, bem como fora mencionado seu nome em delações sobre desvios de valores milionários. Todos esses fatos implicam seus projetos para o país. Assim sendo, pedidos de *impeachment* foram protocolados para que o então Presidente Michel Temer fosse retirado do cargo.

2 MIRANDA, Jorge. Democracia, eleição, eleitorado. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz *et al.* (org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. v. 8. Palmas: Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, 2017. p. 99.



Em hipótese de renúncia ou *impeachment* do Presidente Michel Temer, haveria a vacância do cargo e, conseqüentemente, a observância da Constituição Federal de 1988 (CF/88) sobre o procedimento a ser realizado para preencher o cargo vacante. Contudo, divergências surgem do procedimento descrito na Constituição em face de anseios populares e de alguns parlamentares.

O contexto decorrente da disputa política gerada entre obediência à Constituição e atenção aos anseios de eleições diretas em manifestações populares ressalta a necessidade de reflexão acerca da situação que põe à prova a observância do texto constitucional elencado especificamente no artigo 81, §1º, da CF/88.

Todos esses fatores culminaram na criação da Proposta de Emenda Constitucional 67 (PEC 67/2016)³, para alterar o §1º do artigo 81 da CF/88. Na enquete de participação popular sobre a tramitação da referida PEC, o resultado aponta, até 21 de julho de 2019, que 11.575 votam favorável e 7.873 contra. Percebe-se claramente o desinteresse da sociedade na participação legislativa, de modo a contrariar os ditames da democracia representativa.

O presente estudo desenvolveu-se por meio de pesquisa bibliográfica e documental que detivesse informação sobre aplicação de discussão sobre a vontade de poder, com o intuito de trazer conceitos jurídicos para uma realidade de choque de interesses, ou seja, por meio de um teor descritivo e exploratório. A abordagem mostrou-se qualitativa, posto que busca uma observação dos possíveis efeitos na sociedade.

3 BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição Nº 67 de 2016**. Situação da tramitação: pronto para deliberação no Senado (31/01/2019). Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127749>. Acesso em: 21 jul. 2019.

1. O ARTIGO 81 DA CF/88 E A PEC 67/2016

A Constituição Federal de 1988, no seu Capítulo II, trata das funções do Poder Executivo. No citado capítulo, a seção I é reservada para tratar do Presidente e Vice-Presidente da República, mais especificamente entre os artigos 76 e 83. Também são explanados os procedimentos adotados em caso de ausência do Presidente e Vice-Presidente. O texto original do artigo 81 dispõe: “Vagando os Cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, far-se-á eleição noventa dias depois de aberta a última vaga”.

Entretantes, percebe-se, conseqüentemente, a necessidade de definir o que é a vacância de tais cargos. “A vacância é o afastamento definitivo do Presidente, decorrente de morte, de renúncia ou de perda de cargo em razão de pena imposta pela prática de crime comum ou de responsabilidade [...]”⁴. Assim sendo, estando vago o cargo, será feita a nova eleição em até noventa dias, a partir do momento em que não se encontra ocupado por nenhum eleito da chapa vitoriosa na última eleição.

Vale dizer que o disposto no artigo 81 da CF/88 aplica-se somente a casos de vacância, que não devem ser confundidos com impedimentos, visto que este se caracteriza pela temporariedade e aqueles pela forma definitiva. Exemplo da situação de impedimento mais comum é a ausência temporária do Presidente para fora do país em viagens diplomáticas.

Ressalte-se que, em casos de impedimento, se é aplicada a linha sucessória descrita no artigo 80 da CF/88, ou seja, chamados em seguida o Presidente da Câmara dos Deputados, o do Senado Federal e, por fim, o do Supremo Tribunal Federal. Curioso é chamar o Presidente da Câmara antes do Senado. Isto porque a Câmara é representante do povo, retraindo assim, por meio dos seus, a realidade de onde se elegeram.

⁴ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 3. ed. São Paulo: Método, 2010. p. 243.



O §1º do artigo 81 da CF/88 prescreve: “Ocorrendo a vacância nos últimos dois anos do período presidencial, a eleição para ambos os cargos será feita trinta dias depois da última vaga, pelo Congresso Nacional, na forma da lei”. A partir do seu texto, permite-se apontar mais dois pontos a serem esclarecidos: forma da eleição e a condicionante do tempo no qual se iniciou a vacância.

Desta feita, fica claro que o cargo presidencial vago nos dois últimos anos do mandato será ocupado por meio de eleição indireta. Participam dela os componentes integrantes do Congresso Nacional. Consequentemente, infere-se que o texto elencado no *caput* do artigo 81 da CF/88 é aplicado quando o afastamento definitivo ocorrer nos primeiros dois anos de mandato, por eleições diretas.

Essa diferença referente à vacância na primeira metade do mandato ou na segunda, pode ser balizada em atenção aos gastos e à dificuldade que é organizar eleições em um país de dimensões como o Brasil. Mover a máquina pública dessa maneira exige muitos recursos. Alia-se a esse fato a característica do tempo utilizado. Afinal, necessita-se dessa demanda até que seja organizada a eleição direta. Assim, o eleito inevitavelmente governaria por curto período, ou seja, em média um pouco mais de um ano, até que se alcançasse o período das novas eleições.

Tanto a eleição direta quanto a indireta, nesse dispositivo, ocorrem para que o candidato permaneça somente até o término do mandato do Presidente vacante. “Em qualquer dos casos, os eleitos devem completar o período dos seus antecessores. É o chamado mandato tampão (CF, art. 81, §2º)”⁵.

5 BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1242.

Pela inteligência do artigo 81 da CF/88, caso o então Presidente Michel Temer sofresse o afastamento definitivo decorrente do contexto de agitação política e popular no Brasil, haveria a realização de eleições indiretas para ocupar o cargo presidencial vago.

Todavia, a eleição indireta não é aceita por parte da população, tendo em vista o envolvimento de parlamentares em delações premiadas na Operação “Lava Jato”. Com isso, pode-se afirmar que tanto a Presidência quanto grande parte dos parlamentares sofrem com a falta de legitimidade pelo povo. Esta é, então, a maior problemática, neste âmbito, envolvendo o governo, a população e a representatividade.

Sobre as formas de governo, Jorge Miranda⁶ leciona que quaisquer delas fundam-se em “certos valores que, conferindo-lhe sentido, vêm, por um lado, alicerçar o consentimento dos governados e o projeto dos governantes e, por outro, construir o referente ideal de todos quantos por ela se batem”.

Entretantes, as grandes transformações do Estado e da sociedade, na passagem do século XIX para o século XX e ao longo deste século, conforme doutrina de Jorge Miranda⁷, levam a que o “governo representativo ceda o lugar à democracia representativa, dele distinta nas ideologias e nas tensões a que dá vazão, a despeito da continuidade de princípios e da coincidência formal de institutos”.

6 MIRANDA, Jorge. Democracia, eleição, eleitorado. *In*: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz *et al.* (org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. v. 8. Palmas: Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, 2017. p. 99.

7 MIRANDA, Jorge. Democracia, eleição, eleitorado. *In*: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz *et al.* (org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. v. 8. Palmas: Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, 2017. p. 92.



Oferecer legitimidade e atender os anseios da população são os fatores de motivação da Proposta de Emenda à Constituição n.º 67, de 2016, com vistas a alterar o §1º do artigo 81 da CF/88, conforme a ementa: “a realização de eleição direta aos cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, na hipótese de vacância desses cargos nos três primeiros anos do mandato presidencial”. A proposta de nova redação do §1º do artigo 81 da CF/88 dispõe “Ocorrendo vacância no último ano do período presidencial, a eleição para ambos os cargos será feita trinta dias depois da última vaga, pelo Congresso Nacional, na forma da lei”.

Na justificação da Proposta está ressaltada a hipótese de eleição indireta do Presidente pelo Congresso Nacional, de maneira excepcionalíssima, ou seja, caso a vacância ocorra durante o último ano do período presidencial.

Reafirma-se que a PEC 67/2016 continua a obedecer ao chamado mandato tampão. O eleito completará o mandato do presidente anterior.

2. ACEPÇÃO SOBRE A VONTADE DE PODER NOS PENSAMENTOS DE FERDINAND LASSALLE E KONRAD HESSE

Por outro lado, existe a possibilidade de questionar, em um cenário conturbado como o brasileiro é atualmente, se a Proposta de Emenda Constitucional não estaria influenciada de alguma forma por vontades de poder.

Ademais, quando se estudam os sentidos ou concepções que uma Carta Magna possa ter, prontamente se chega aos sentidos sociológico, político e jurídico.

O sentido sociológico ou realista definido por Lassalle é o enfoque primordial do estudo, posto que sua origem advém de um conjunto de forças

[Ir para o índice](#)

que possuem o domínio do comportamento social de maneira geral. Em paralelo, a PEC 67/2016 contém como justificativa uma intenção social. Seria uma manifestação de vontade ao aspecto sociológico da Constituição?

Tais questionamentos devem ser respondidos após a consolidação sobre o que se denota como vontade de poder em face do aspecto sociológico ou realista. Na obra intitulada “O que é uma Constituição?” se expõe que em um país sempre existiriam duas constituições, uma ideal e uma real. Esta seria a Constituição efetiva, marcada por fatores reais de poder, ao passo que aquela é a Constituição escrita, possuidora de regulamentos e normas que deveriam ser respeitadas.

Assim sendo, segundo Lassalle⁸, a Constituição efetiva é regida pelos fatores reais de poder determinando o rumo de uma sociedade. Ademais, esses retratam a força ativa e eficaz que direciona todas as outras regulamentações e instituições políticas presentes na sociedade a serem o que são.

Tendo por base o papel de tais fatores, necessita-se expor quais são: a monarquia, a aristocracia, a grande burguesia, os banqueiros e a pequena burguesia ou classe trabalhadora. Todos esses, descritos em suas atividades, são considerados fragmentos de uma Constituição.

A monarquia está baseada na vontade do soberano. Se na hipótese de o povo não mais aceitar dispor que o rei tivesse suas prerrogativas, ou que lhe fossem impostas, usaria seu poder em seu auxílio. Nesse caso, o monarca, apesar de não ter leis a si favoráveis, ainda possuiria o controle sobre sua armada. Razão pela qual o exército combateria em seu nome, sendo um poder efetivo.

8 LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Tradução Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica. 2004. p. 42.



A aristocracia é um grupo de nobres proprietários abastados de fortuna. A sua influência sopesaria as decisões das câmaras de deputados, em outras palavras, no restante do grupo que não possui as mesmas condições. No caso, quando as pessoas menos afortunadas se rebelarem contra a conjectura de maior parte das riquezas nas mãos de poucos, os grandes proprietários, para se defenderem, já que sempre tiveram influência sobre o soberano, farão que sejam tomadas medidas em seu favor.

Quando é abordada a grande burguesia, não seria difícil enxergar a impossibilidade de deixar seus interesses de lado, tendo em vista que não se ignora o grande capital. Esse fator decorre da influência gerada tanto sobre a produção de suas fábricas quanto da influência que possuem sobre os funcionários.

Os banqueiros são outro fator real que possuem influência, pois qualquer governo necessita da atividade bancária. Em qualquer administração a ser realizada necessita-se de dinheiro. A fonte mais próxima e rápida de abastecimento são os bancos. O crédito precisa circular por esses intermediários, sem os quais o país não poderia realizar investimentos.

Por fim, o último dos fatores reais de poder está na pequena burguesia e na classe trabalhadora. Esses fatores são vistos quando se atinge os extremos. Um exemplo que poderia demarcar claramente tal força seria quando o Governo atentasse contra a liberdade em geral. Nesse caso, o objeto atingindo seria de demasiada importância para os afetados pela medida, fazendo com que se lançassem às ruas. Dessa forma, nem a aliança dos outros fatores reais seria suficiente para fazer-lhe frente.

Descrito isto:

[Ir para o índice](#)

Eis aqui o que é, em essência, a Constituição de um país: os somatórios dos fatores reais de poder que vigoram nesse país. [...]

Colhem-se estes fatores reais de poder, registram-se em uma folha de papel, se lhes dá a expressão escrita, e a partir deste momento, incorporados a um papel, já não simples fatores reais de poder, mas que se erigiram em direito, em instituições jurídicas, e quem atentar contra eles atentará contra a lei e será castigado⁹.

Conclui-se desse pensamento que a Constituição efetiva é o somatório de fatores que direcionam a sociedade na qual estão inseridos, mesmo que não existam em um plano formal. Soma-se também, neste momento, o entendimento de que a Constituição real não se assemelha à ideal. Sendo, portanto, uma mera folha de papel.

Ademais, conforme Santos¹⁰, as concepções jurídicas existentes de constituição não são suficientes para caracterizar o fenômeno constitucional, já que se revela como conjunto de poder intrínseco à realidade da sociedade. Como consequência, soma-se o caráter da natureza jurídica das constituições, ou seja, adquirindo o cerne de constituições políticas.

Tendo em vista o posicionamento explanado, referências podem aproximar a realidade do Brasil em face da ideia desenvolvida por Lassalle. Contraditório seria afirmar que não se demonstra, atualmente, qualquer semelhança com os fatores de poder. Principalmente quando

9 LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Tradução Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica. 2004. p. 48.

10 SANTOS, Sergio Roberto Leal dos. **Manual de Teoria da Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 31.



se toma como foco as manifestações da força de trabalho, ou quando presente a atuação de uma aristocracia moderna e demais fatores que podem ser atualizados ao contexto explanado.

Assim sendo, quando se dá o surgimento do texto da PEC 67 de 2016, fácil seria afirmar que esta é uma manifestação da vontade de poder, influenciada por um, ou demais fatores, tendo como resultado interesses particulares. Contudo, a proposta segue ritos estabelecidos na própria Constituição, resguardando um rigor próprio de obediência a ela. O que poderia ser entendido em um primeiro momento por Vontade de Constituição.

Vontade constitucional está desenvolvida pelos estudos de Konrad Hesse, por meio de um estudo que possuiu o trabalho de Lassalle como ponto de início. Em verdade, aquele desenvolveu uma crítica, contrapondo-se à ideia do Texto Constitucional entendida como mera folha de papel, além de rebater a sua divisão entre os planos do ideal e real. Todavia, ao se aprofundar dentro desse pensamento, percebe-se que a vontade de Constituição não se traduz somente em sua observância de rigor.

O estudo de Hesse buscou consolidar a força normativa do texto constitucional. As normas constitucionais não podiam estar sujeitas às situações fáticas, pois, deste modo, estariam volúveis a mutações. Em contrapartida, ao passo que a normatividade estabeleceria uma vasta probabilidade de modificar-se por meio de fatores concretos de influência, o direito deixaria de se reconhecer como ciência.

Ausência epistêmica desenvolvida em virtude da falta de direitos a serem assegurados, tendo em vista a facilidade de alterações ocorrerem, sendo simplesmente o papel do direito constatar os fatos. O direito constitucional precisa ter como pressuposto uma ordem estatal estabelecida sob a racionalidade, caso contrário sua tarefa iria pautar-se em justificar a relação de poder dominante que estivesse atuando naquele momento.

O direito, então, não poderia chancelar, sobretudo com base no seu entendimento como ciência, a Carta Magna como um conjunto de influências. Posto isso, ela deveria conter, “ainda que de forma limitada, uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado. A questão que se apresenta diz respeito à força normativa da Constituição”¹¹. Abrange-se a partir desse entendimento um resguardo ao conteúdo, ou seja, que escape o ser e atinja o dever ser.

Em outros termos, somente a Constituição que se vincule a uma situação histórica concreta e suas condicionantes, dotada de uma ordenação jurídica orientada pelos parâmetros da razão, pode, efetivamente, desenvolver-se. (...) Os projetos que a razão pretende concretizar recebem forma e modificação do objeto mesmo a que se dirigem. Assim podem ser duradouros e ganhar utilidade¹².

Ademais, não há que se falar em Constituição organizada em um arranjo unilateral de poder, tendo em vista que assim necessitaria de constantes revisões, as quais teriam como consequência o enfraquecimento da força normativa. Deve essa ser plural, de forma que garanta uma estrutura jurídica oriunda de um conjunto de elementos. Dessa forma se alcança o seguinte conceito no que tange ao pensamento de Hesse:

A Constituição é a ordem fundamental jurídica da coletividade. Ela determina os princípios diretivos, segundo os quais deve formar-se unidade política e tarefas estatais

11 KONRAD, Hesse. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 11.

12 KONRAD, Hesse. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 16.



a ser exercidas. Ela regula procedimentos de vencimento de conflitos no interior da coletividade. Ela ordena a organização e o procedimento da formação da unidade política e da atividade estatal. Ela cria bases e normaliza traços fundamentais da ordem total jurídica¹³.

Portanto, a Vontade de Constituição traduz-se na sua força normativa, cuja meta do dever ser necessita de correlação entre o texto e o conteúdo regulado. Como pode ser visto sob o pensamento de Canotilho:

Para se tratar de uma verdadeira constituição não basta um documento. É necessário que o conteúdo desse documento obedeça aos princípios fundamentais progressivamente revelados pelo constitucionalismo. Por isso, a constituição *deve* ter um *conteúdo específico*: (1) *deve* formar um corpo de regras jurídicas vinculativas do “corpo político” e estabelecedoras de limites jurídicos ao poder, mesmo ao poder soberano (antidespotismo, antiabsolutismo); (2) esse *corpo de regras* vinculativas do *corpo político* deve ser informado por princípios materiais fundamentais, como o princípio da separação de poderes, a distinção entre poder constituinte e poderes constituídos, a garantia de direitos e liberdades, a exigência de um governo representativo, o controle político e/ou judicial do poder¹⁴.

Contudo, vale ressaltar que as constituições necessitam, por vezes, se adaptar a novas circunstâncias, pois o texto constitucional não deve ser es-

¹³ KONRAD, Hesse. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 37.

¹⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1130.

tático, mas que evolua. Para suprir tal necessidade tem-se a Emenda Constitucional como caminho para haver a inserção de novos conceitos e regras.

As Emendas seguem processos rígidos com intuito de proteger as regras constitucionais contra as ações por parte dos legisladores. Toda Constituição pode ser alvo de emenda, com exceção dos preceitos estabelecidos como limites criados por meio do poder constituinte originário¹⁵. Ultrapassar essas divisas seria constatar a inconstitucionalidade da iniciativa.

Dessa maneira, percebe-se o todo da problemática envolvida na transformação constitucional, especificamente quanto à PEC alvo deste estudo. Posto que a ideia pautada nos fatores externos de poder interfere na mudança do texto constitucional, demonstrando uma justificativa prática simples que permite entender e justificar uma mudança do texto constitucional.

Linha que não é seguida ao falar-se em Hesse, e incongruente com a dinâmica atual, tendo em vista que a Carta Magna não deve ser subordinada a essa vontade de poder, mas ao conjunto de elementos aos quais conferem força normativa. Destaque-se que a busca do dever ser implica uma introdução de novas bases no texto constitucional, que devem ser feitas sob certas circunstâncias, essas pautadas na necessidade como fator justificador da mudança do texto constitucional, portanto como força primordial de transformação do conteúdo.

15 QUEIROZ, Ari Ferreira de. **Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: JH Mizuno, 2014. p. 127-149.



CONSIDERAÇÕES FINAIS

Novamente, ressaltando-se o contexto político conturbado, o desenvolvimento do estudo mostra-se como resultado à condicionante da PEC 67 de 2016 como uma manifestação marcada por vontade de poder, apesar de seguir um todo normativo complexo exigido constitucionalmente. A qualidade formal não a torna incólume a interferências reais, que possuem como meta uma finalidade política.

O objetivo da Proposta de Emenda encontra respaldo na busca de legitimidade para políticos ocuparem o cargo de Presidente¹⁶. Contudo, essa manifestação de apoio a tal projeto encontra-se marcado por interesses políticos, seja dos movimentos oposicionistas ou das reivindicações de grande parte da classe trabalhadora. O fato é que essa classe atinge finalidades particulares próprias do que seriam suas manifestações.

A situação que ensejou a criação desta ideia é especificamente concreta, não desvinculada de fatores externos, ao contrário, visa aplicar-se a este fato possível após sua aprovação. Não surgiu dentro de um contexto de necessidade e desvinculada de extremos, mas com intuito de aplicar-se à realidade que ainda se mostra hipotética.

Sua aprovação seria uma representação do temor de Hesse, ou seja, a ciência constitucional tão somente chancelaria e fundamentaria a relação esvaziada de sentido jurídico, confirmando a relação de poder que atua com força naquele momento dentro da sociedade. Ademais, tal modificação pode retratar a facilidade de mutabilidade constitucional ao se discutir este tema específico.

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

O atendimento ao rigor do procedimento não pode ser entendido como forma de demonstração da força normativa. Esta é mais do que simplesmente um conjunto de normas, mas representa um plano de eficácia a ser respeitado, fruto de um conjunto de elementos de organização estatal e um plano de correlação entre o texto expresso e o conteúdo aplicado.

A Constituição, quando representada devidamente por sua força normativa, atinge as relações pautadas com uma juridicidade excluída da predominância dos fatores sociais e políticos. Um conjunto de atividades que a torna o dever ser. Além de entendida sob sua forma jurídica de aplicação, fundamentando igualmente a atividade científica do direito de resguardo à matéria regulada.

O texto constitucional deve ser marcado pela pluralidade, para assim restringir a sua modificação. Seria assim em primeira análise uma incongruência segundo o pensamento de Hesse, pois a Lei Maior não pode ficar estática, tendo em vista o desenvolvimento das relações, porém não existe divergência.

A Constituição¹⁷ possui sua eficácia e força vital quando lastreada por forças espontâneas, bem como na tendência dominante ao tempo. Assim sendo, a inserção de novas regras é cabível segundo esses critérios apresentados da espontaneidade e tendência. O que não é visto na lógica da PEC 67 de 2016. A problemática que envolve o seu texto enquadra-se na ausência de semelhança com tais critérios, não sendo uma força espontânea, mas com ponto de partida claro e preciso nos questionamentos da matéria de vacância do cargo de Presidente. Ademais, não se mostrava o tema uma tendência a ser transformada. Desta feita, a origem da proposta de emenda ocorre na contramão do que seria o contexto de forças ideais para desenvolver-se.

17 KONRAD, Hesse. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 18.



Fica clara a importância da força normativa, pois implica diretamente o resguardo do direito. Nesse sentido, Miguel Reale (2002, p. 141)¹⁸ denota que toda fonte do direito possui implicações em uma estrutura normativa de poder, já que o cerne de toda regra ocorre dentro da interferência de um centro de poder em face de valores e fatos, em que se opta por uma solução normativa.

Desta feita, é patente a necessidade de discussão do tema, o qual demonstra, em uma outra análise, a possibilidade de que Emendas Constitucionais sejam utilizadas como meio de atingir objetivos próprios, além de ressaltar a observância que deve ser dada ao contexto dos fatos precursores que ensejam tais propostas.

Por fim, vale ressaltar uma particularidade que envolve a PEC 67 de 2016. Sabe-se que seu texto altera matéria de procedimento eleitoral. Posto isto, sendo aprovada, submeter-se-á ao princípio da anualidade eleitoral ou da anterioridade criado em 1993 na Emenda Constitucional (EC) n.º 4¹⁹.

Esse princípio aplica-se às disposições que alterem qualquer mudança de processo eleitoral. As mudanças eleitorais somente entrarão em vigor se aprovadas antes do pleito, impedindo, desta forma, mudanças casuísticas para favorecimento nos processos eleitorais subsequentes. Esse princípio é uma forma de oferecer segurança jurídica. Assim, percebe-se que a PEC 67 de 2016, mesmo sendo direcionada para aplicação após a vacância do cargo de Presidente, não contará com o seu pronto exercício até que tenha completado um ano de sua vigência.

18 REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

19 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Princípio da anualidade eleitoral é garantia de segurança jurídica**.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 21 jul. 2019.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição Nº 67 de 2016**. Dá nova redação ao § 1º do art. 81 da Constituição Federal para determinar a realização de eleição direta aos cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, na hipótese de vacância desses cargos nos três primeiros anos do mandato presidencial. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127749>. Acesso em: 21 jul. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Princípio da anualidade eleitoral é garantia de segurança jurídica**. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2015/Julho/principio-da-anualidade-eleitoral-e-garantia-de-seguranca-juridica>. Acesso em: 21 jul. 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

KONRAD, Hesse. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.



KONRAD, Hesse. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?**. Tradução Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica, 2004.

MIRANDA, Jorge. Democracia, eleição, eleitorado. *In*: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz *et al.* (org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. v. 8. Palmas: Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, 2018. p. 85-116.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 3. ed. São Paulo: Método, 2010.

QUEIROZ, Ari Ferreira de. **Direito Constitucional**. 16. ed. Jardim Leme: JH Mizuno, 2014. Disponível em: <https://livros-e-revistas.vlex.com.br/source/direito-constitucional-16-edi-o-12999>. Acesso em: 24 jul. 2019.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

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



III. INTERNACIONAL

[Ir para o índice](#)



A garantia do direito à educação nas intervenções humanitárias como um meio viabilizador dos direitos humanos em contextos de emergência

The guarantee of the right to education in humanitarian interventions as a way of making human rights feasible in emergency contexts

FABRÍCIO VEIGA COSTA

NATIELLI EFIGÊNIA MUCELLI REZENDE VELOSO

RESUMO

O presente trabalho objetiva a análise do papel do direito à educação em contextos de emergência, possibilitando concluir sobre a importância de uma abordagem de direitos humanos, que insere o complexo de atividades viabilizadoras desse direito no âmbito das intervenções humanitárias. Para tanto, serão utilizadas pesquisas bibliográficas e documentais, com o procedimento metodológico dedutivo a

[Ir para o índice](#)

fim de demonstrar a essencialidade desse direito para não meramente retornar ao *status quo* anterior à crise, mas, mais do que isso, ser um instrumento de transformação social para as camadas mais vulneráveis das comunidades afetadas.

Palavras-chave: Direito à educação. Emergências. Intervenções humanitárias. Vulneráveis. Direitos Humanos.

ABSTRACT

The objective of this paper is to analyze the role of the right to education in emergencies, aiming to understand the importance of a human rights approach, which places the activities that allow the achievement of this right within humanitarian interventions. In order to do so, we will use bibliographical and documental researches, with a deductive methodological procedure aiming to demonstrate the essentiality of this right to not just return to a status quo prior to the crisis, but to, more than that, be an instrument of social change to the most vulnerable layers of the affected communities.

Keywords: *Right to education. Emergencies. Humanitarian interventions. Vulnerable. Human Rights.*

INTRODUÇÃO

O direito à educação¹ é considerado, por muitos, um direito humano essencial para garantir que o ser humano consiga alcançar por com-

1 Educação é compreendida aqui, conforme instruído pela UNESCO, da seguinte forma: “[...] the term education is thus taken to comprise all deliberate and systematic activities designed to meet learning needs. This includes what in some countries is referred to as cultural activities or training. Whatever the name given to it, education is understood to involve organized and sustained communication designed to bring about learning” (UNESCO, 1997, Pará. 6).



pleto seu potencial e, também, exigir os demais direitos que titulariza². A despeito dessa evidente centralidade, o estudo da importância do direito humano à educação em contextos de emergência – momento em que esse direito é particularmente ameaçado e que os indivíduos das comunidades afetadas encontram-se em condição acentuada de vulnerabilidade – trata-se de um esforço recente da literatura de direitos humanos³.

A visão mais tradicional trata do complexo de ações que possibilitam o resguardo ao direito à educação como adequado apenas após o fim da emergência, ligado a um projeto posterior de desenvolvimento nacional⁴. Assim, atividades como estabelecimento de escolas, preparação de professores e conscientização das comunidades afetadas quanto à importância da manutenção das crianças na escola – dando enfoque especial para as que normalmente seriam excluídas, como meninas, deficientes físicos e mentais – são tradicionalmente desenvolvidas apenas depois que a crise é cessada, sendo esse o momento adequado, segundo defensores dessa visão, para preocupar-se com assuntos “menores” e ligados ao desenvolvimento nacional. Contra essa abordagem, insurge-se a recente posição de que o direito à educação

2 ANDERSON, Allison; HOFMANN, Jennifer; HYLL-LARSEN, Peter. The Right to Education for Children in Emergencies. **International Humanitarian Legal Studies**. v. 2, p. 84-126, 2011. p. 86. Disponível em: https://brill.com/view/journals/ihts/2/1/article-p84_3.xml?lang=en. Acesso em: 01 jul. 2017.

3 PISENTIN, Elena. **The Right to Education in Emergency Situations: A Rights-Based Assessment on the Humanitarian Response after the Earthquake in Haiti**. Pádova: Università Degli Studi di Padova, 2014. Dissertação, p. 09. Disponível em: tesis.cab.unipd.it/52610/. Acesso em: 04 jul. 2017.

4 ANDERSON, Allison; HOFMANN, Jennifer; HYLL-LARSEN, Peter. The Right to Education for Children in Emergencies. **International Humanitarian Legal Studies**. v. 2, p. 84-126, 2011. p. 86. Disponível em: https://brill.com/view/journals/ihts/2/1/article-p84_3.xml?lang=en. Acesso em: 01 jul. 2017.

é parte essencial das ações humanitárias e, como tal, deve ser resguardado desde o primeiro momento. O presente artigo pretende se debruçar sobre essa questão e, com isso, analisar a importância dessa garantia nos contextos de emergência e a essencialidade da sua observância na atuação humanitária, concluindo sobre a importância de uma abordagem de direitos humanos.

O tema, portanto, revela-se atual, pois passamos, inegavelmente, por um período de grandes crises e conflitos que provocam sérias ameaças ao direito à educação. Dessa forma, a presente análise é, também, dotada de grande utilidade, pois permite concluirmos sobre a maneira mais proveitosa de lidarmos com esse direito no contexto das intervenções humanitárias, a fim de assegurarmos a consecução dessa garantia para as comunidades afetadas.

Alia-se à atualidade e utilidade a relevância teórica do presente artigo, o qual servirá para o adensamento dos estudos sobre área pouco desenvolvida e, paradoxalmente, essencial para resguardar um direito basilar ao desenvolvimento e à dignidade humana dos indivíduos em situação de acentuada vulnerabilidade. Por fim, identifica-se grande relevância prática na temática estudada, pois, a partir do momento em que se assegura a aplicabilidade do direito humano à educação nas intervenções humanitárias em contextos de emergência, os indivíduos passam de meros receptores de ajuda nas ações humanitárias para serem verdadeiros sujeitos de direito, cuja pretensão deve ser satisfeita por meio de atuações voluntárias ou constrangimento judicial daqueles que são obrigados a prover o direito em questão. Essa mudança de paradigma nos parece ser mais coerente com os fins do Direito, retirando a pessoa vulnerável da condição de mero receptáculo de auxílio para a de protagonista do próprio processo de reestabelecimento de seus meios e modos de vida.



A fim de atingirmos os objetivos acima descritos, primeiramente procederemos um estudo sobre a natureza dos contextos de emergências e sua relação com o direito à educação. Em seguida, analisaremos quais os mecanismos internacionais que resguardam o direito em questão e, por fim, concluiremos sobre qual abordagem de intervenção humanitária seria mais adequada: a tradicional, que relega a educação para um contexto posterior, ou a com um viés de direitos humanos, em que o direito à educação busca ser assegurado desde um primeiro momento.

Com relação à metodologia utilizada, o tipo de pesquisa será a bibliográfica e documental, vez que procederemos a investigação da literatura jurídica pertinente, bem como das convenções, convênios e acordos de direitos humanos que tratam do direito à educação. O procedimento metodológico que será usado é o dedutivo, pois se partirá de conceitos amplos e teorias do Direito para aplicá-los na especificidade da garantia ao direito à educação em emergências. Por fim, sobre os procedimentos técnicos, serão feitas análises interpretativa, comparativa e teórica.

1. O CONTEXTO DAS EMERGÊNCIAS: NATUREZA E RELACIONAMENTO COM A EDUCAÇÃO

Resta essencial esclarecer em que consistiria a “emergência” aqui trabalhada. Pode-se afirmar que ela englobaria todas situações em que desastres por razões humanas ou naturais destroem, dentro de um curto período de tempo, as condições normais de vida, cuidado e estruturas estatais – inclusive as educacionais – e, portanto, perturbam e prejudicam o progresso ou atrasam a concretização dos direitos humanos locais, como o direito à

educação⁵. Tais situações podem ser causadas por conflitos armado e todos tipos de desastres naturais, como terremotos, furacões e tsunamis.

Sobre os conflitos armados, esses são classificados como internacionais ou não-internacionais. Os internacionais, de maneira simplista, ocorrem quando um ou mais Estados recorrem à força armada contra outro Estado, sem importar a intensidade do confronto⁶. Já os não-internacionais compreendem os conflitos armados nos quais haja o envolvimento de um ou mais grupos armados não governamentais. Dependendo da situação, as hostilidades podem ocorrer entre forças armadas governamentais e grupos armados não governamentais, ou somente entre estes grupos⁷.

De qualquer maneira, as emergências acima descritas produzem efeitos desastrosos nas comunidades mais afetadas, servindo para exacerbar vulnerabilidades e padrões de discriminação pré-existentes⁸. Não é incomum que, nessas circunstâncias, o direito à educação seja um dos primeiros a ser comprometido. Isso é extremamente prejudicial, pois perante desastres,

5 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Report of the Committee on the Rights of the Child on its General Discussion on the Right of the Child to Education in Emergencies Situation**. 19 de setembro de 2008. Disponível em: http://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/CRC_Report_Right_of_the_Child_to_Education_in_Emergencies_2008.pdf. Acesso em: 01 jul. 2017. p. 04.

6 COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. **Como o Direito Internacional Humanitário define “conflitos armados”?** Mar. 2008. p. 01-02. Disponível em: <https://www.icrc.org/por/assets/files/other/rev-definicao-de-conflitos-armados.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2017.

7 COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. **Como o Direito Internacional Humanitário define “conflitos armados”?** Mar. 2008. p. 03. Disponível em: <https://www.icrc.org/por/assets/files/other/rev-definicao-de-conflitos-armados.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2017.

8 PISENTIN, Elena. **The Right to Education in Emergency Situations: A Rights-Based Assessment on the Humanitarian Response after the Earthquake in Haiti**. Pádova: Università Degli Studi di Padova, 2014. Dissertação, p. 50. Disponível em: <tesi.cab.unipd.it/52610/>. Acesso em: 04 jul. 2017.



conflitos e inseguranças, a educação pode oferecer segurança física, social e cognitiva, sendo, inclusive capaz de salvar vidas: por exemplo, quando o indivíduo está num ambiente de aprendizado seguro, ele ou ela está menos sujeito a ser explorado economicamente, sexualmente ou exposto a outros riscos como o de ser forçado a se casar na infância ou de ser recrutado por forças armadas, grupos armados ou pelo crime organizado⁹.

Pode-se ir além no que diz respeito ao relacionamento umbilical entre educação e contextos de emergência: se, por um lado, as chances de construção da paz aumentam exponencialmente se a população afetada recebe educação de qualidade, essa mesma educação pode ser instrumento de fomento para conflitos. Esse é caso quando o ambiente de ensino é utilizado para reforçar as iniquidades e injustiças sociais, como quando, por exemplo, o acesso à educação é negado para alguns estudantes¹⁰, as aulas são usadas para disseminar discursos de ódio ou se os professores disseminam ideologias preconceituosas. Assim, resta claro que a educação pode servir como um instrumento para garantir a segurança e dignidade para os indivíduos em situação particular de vulnerabilidade e que isso é especialmente verdadeiro para as intervenções humanitárias que visam atuar em contextos de emergência. Dessa maneira, faz-se essencial analisar as garantias existentes no âmbito das normas de direitos humanos para garantir a observância do direito em questão.

9 ANDERSON, Allison; HOFMANN, Jennifer; HYLL-LARSEN, Peter. The Right to Education for Children in Emergencies. **International Humanitarian Legal Studies**. v. 2, p. 84-126, 2011. p. 87-88. Disponível em: https://brill.com/view/journals/ihts/2/1/article-p84_3.xml?lang=en. Acesso em: 01 jul. 2017.

10 ANDERSON, Allison; HOFMANN, Jennifer; HYLL-LARSEN, Peter. The Right to Education for Children in Emergencies. **International Humanitarian Legal Studies**. v. 2, p. 84-126, 2011. p. 88. Disponível em: https://brill.com/view/journals/ihts/2/1/article-p84_3.xml?lang=en. Acesso em: 01 jul. 2017.

2. PREVISÃO EM NORMAS DE DIREITOS HUMANOS

Há uma grande gama de instrumentos internacionais que preveem o direito à educação, passando o direito internacional dos direitos humanos, o direito internacional humanitário e o direito penal internacional. São considerados como os instrumentos com dispositivos mais relevantes no que concerne à educação em contextos de emergência: as quatro Convenções de Genebra relativas à Proteção de Pessoas Civis em Tempos de Guerra (1949) e os Protocolos Adicionais (1977); o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966); a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989); e os Estatuto de Roma para o Tribunal Penal Internacional¹¹.

No que diz respeito às Convenções de Genebra, todos os membros das Nações Unidas são signatários e muitos consideram-na de natureza costumeira¹². Os obrigados de acordo com essas convenções são os Estados e todas forças armadas atuando em conflitos, bem como os combatentes e forças ocupantes. Os detentores de direitos são os civis e não-combatentes. Sobre o direito à educação, o artigo 52 criminaliza os ataques direcionados

11 ANDERSON, Allison; HOFMANN, Jennifer; HYLL-LARSEN, Peter. The Right to Education for Children in Emergencies. **International Humanitarian Legal Studies**. v. 2, p. 84-126, 2011. p. 89-91. Disponível em: https://brill.com/view/journals/ihts/2/1/article-p84_3.xml?lang=en. Acesso em: 01 jul. 2017.

12 ANDERSON, Allison; HOFMANN, Jennifer; HYLL-LARSEN, Peter. The Right to Education for Children in Emergencies. **International Humanitarian Legal Studies**. v. 2, p. 84-126, 2011. p. 89, rodapé. Disponível em: https://brill.com/view/journals/ihts/2/1/article-p84_3.xml?lang=en. Acesso em: 01 jul. 2017.



intencionalmente contra estruturas civis, inclusive escolas,¹³ e o artigo 4(3)(a) do Segundo Protocolo estabelece a obrigação de prover às crianças cuidado, auxílio e educação¹⁴. Nesse sentido, cabe destacar, entra a contribuição do Estatuto de Roma, o qual oferece meios para a judicialização da violação do direito à educação por meio e ataques contra escolas¹⁵.

No que diz respeito ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, destaca-se que o artigo 13 estabelece o direito de

13 COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. **Convenções de Genebra**. 16 ago. 1949. Artigo 52 das Convenções de Genebra: “1. Os bens de caráter civil não serão objeto de ataques nem de represália. São bens de caráter civil todos os bens que não são objetivos militares como definido no parágrafo 2. 2. Os ataques limitar-se-ão estritamente aos objetivos militares. No que concerne aos bens, os objetivos militares se limitam aqueles objetos que por sua natureza, localização, finalidade ou utilização contribuam eficazmente para a ação militar ou cuja destruição total ou parcial, captura ou neutralização, ofereça nas circunstâncias do caso presente uma vantagem militar definida. 3. Em caso de dúvida a respeito de um bem que normalmente se presta a fins civis, tal como um lugar de culto, uma casa ou outra moradia, ou uma escola, estar sendo utilizado para contribuir eficazmente para a ação militar, será presumido que não está sendo utilizado com tal propósito”. Disponível em: <https://www.icrc.org/eng/assets/files/publications/icrc-002-0173.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2017.

14 COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. **Protocolo Adicional I às Convenções de Genebra de 1949**. 08 jun. 1977. Artigo 4.3(a) do Protocolo Adicional I às Convenções de Genebra: “3. Serão proporcionados às crianças os cuidados e a ajuda de que elas necessitam e, em particular: a) receberão uma educação, incluída a educação religiosa e moral, conforme aos desejos dos pais ou na falta desses, das pessoas que tenham a sua guarda; [...]”. Disponível em: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/INTRO/470?OpenDocument>. Acesso em: 01 jul. 2017.

15 **ESTATUTO DE ROMA**. 17 jul. 1998. Artigo 8(2)(e)(iv): “1. O Tribunal terá competência para julgar os crimes de guerra, em particular quando cometidos como parte integrante de um plano ou de uma política ou como parte de uma prática em larga escala desse tipo de crimes. 2. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por “crimes de guerra”: [...] e) As outras violações graves das leis e costumes aplicáveis aos conflitos armados que não têm caráter internacional, no quadro do direito internacional, a saber qualquer um dos seguintes atos:[...] iv) Atacar intencionalmente edifícios consagrados ao culto religioso, à educação, às artes, às ciências ou à beneficência, monumentos históricos, hospitais e lugares onde se agrupem doentes e feridos, sempre que não se trate de objetivos militares”. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/ea9aef7-5752-4f84-be94-0a655e-b30e16/0/rome_statute_english.pdf. Acesso em: 01 jul. 2017.

todos à educação, sendo a educação primária compulsória e disponível para todos. Já a educação secundária e a superior devem ser acessíveis e disponíveis a todos, bem como a busca pelo desenvolvimento de um sistema de escolas com programa de bolsas e melhoramento das condições materiais dos professores¹⁶. Ressalta-se que o tratado segue o princípio geral de não-discriminação e igualdade no que diz respeito

16 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. 16 dez. 1966. Artigo 13 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966): “1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam ainda em que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz. 2. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem que, com o objetivo de assegurar o pleno exercício desse direito: a) A educação primária deverá ser obrigatória e acessível gratuitamente a todos; b) A educação secundária em suas diferentes formas, inclusive a educação secundária técnica e profissional, deverá ser generalizada e torna-se acessível a todos, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito; c) A educação de nível superior deverá igualmente torna-se acessível a todos, com base na capacidade de cada um, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito; d) Dever-se-á fomentar e intensificar, na medida do possível, a educação de base para aquelas pessoas que não receberam educação primária ou não concluíram o ciclo completo de educação primária; e) Será preciso prosseguir ativamente o desenvolvimento de uma rede escolar em todos os níveis de ensino, implementar-se um sistema adequado de bolsas de estudo e melhorar continuamente as condições materiais do corpo docente. 1. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais e, quando for o caso, dos tutores legais de escolher para seus filhos escolas distintas daquelas criadas pelas autoridades públicas, sempre que atendam aos padrões mínimos de ensino prescritos ou aprovados pelo Estado, e de fazer com que seus filhos venham a receber educação religiosa ou moral que esteja de acordo com suas próprias convicções. 2. Nenhuma das disposições do presente artigo poderá ser interpretada no sentido de restringir a liberdade de indivíduos e de entidades de criar e dirigir instituições de ensino, desde que respeitados os princípios enunciados no parágrafo 1 do presente artigo e que essas instituições observem os padrões mínimos prescritos pelo Estado”. Disponível em: http://www.unfpa.org.br/Arquivos/pacto_internacional.pdf. Acesso em: 01 jul. 2017.



à educação, fundado no artigo 26¹⁷ da Declaração Universal dos Direitos Humanos – a qual, muito embora não seja vinculante *per se*, serviu de base para os tratados vinculantes que se seguiram

Por sua vez, a Convenção sobre os Direitos da Criança tem amplo escopo de aplicação, pois consiste na convenção mais amplamente ratificada no mundo. Ela possui grande relevância no que tange à educação nas emergências – alguns argumentam que é a convenção mais importante nesses casos¹⁸ – vez que a educação primária, a qual é assentada em sólidas bases em diversos instrumentos internacionais – diz respeito, na maioria dos casos, às crianças. O artigo 28¹⁹

17 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 10 dez. 1948. Artigo 26 da Declaração Universal de Direitos Humanos: “1. Toda pessoa tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos a correspondente ao ensino elementar fundamental. O ensino elementar é obrigatório. O ensino técnico e profissional dever ser generalizado; o acesso aos estudos superiores deve estar aberto a todos em plena igualdade, em função do seu mérito. 2.A educação deve visar à plena expansão da personalidade humana e ao reforço dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais e deve favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais ou religiosos, bem como o desenvolvimento das atividades das Nações Unidas para a manutenção da paz. 3.Aos pais pertence a prioridade do direito de escolher o gênero de educação a dar aos filhos”. Disponível em: http://www.ohchr.org/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 01 jul. 2017.

18 ANDERSON, Allison; HOFMANN, Jennifer; HYLL-LARSEN, Peter. The Right to Education for Children in Emergencies. **International Humanitarian Legal Studies**. v. 2, p. 84-126, 2011. p. 90. Disponível em: https://brill.com/view/journals/ihts/2/1/article-p84_3.xml?lang=en. Acesso em: 01 jul. 2017.

19 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção Sobre os Direitos da Criança**. 20 nov. 1989. Artigo 28 da Convenção sobre os Direitos da Criança: “1. Os Estados Partes reconhecem o direito da criança à educação e, a fim de que ela possa exercer progressivamente e em igualdade de condições esse direito, deverão especialmente: a) tornar o ensino primário obrigatório e disponível gratuitamente para todos; b) estimular o desenvolvimento do ensino secundário em suas diferentes formas, inclusive o ensino geral e profissionalizante, tornando-o disponível e acessível a todas as crianças, e adotar medidas apropriadas tais como a implantação do ensino gratuito e a concessão de assistência financeira em caso de necessidade; c) tornar o ensino superior acessível a todos com base na capacidade e por todos os meios adequados; d) tornar a informação e a orientação educacionais e profissionais disponíveis e acessíveis a todas as crianças; e) adotar medidas para estimular a frequência regular às es-

especificamente prevê o direito à educação, notadamente da educação primária compulsória e disponível gratuitamente para todos, bem como do desenvolvimento de diferentes formas de educação secundária e de fazer com que a educação superior seja acessível a todos. Adicionalmente, o artigo 29²⁰ traz os objetivos da educação, como, por exemplo, que ela deve imbuir nas crianças o respeito aos direitos humanos, às liberdades fundamentais e aos princípios consagrados na Carta da ONU.

Conforme visto, o direito à educação – principalmente no que tange à educação primária – é embasado ostensivamente nas normas de direitos humanos que, cabe destacar, não são suspensas em momentos de emergência. Com efeito, conforme destacado em relatório apresentado perante as Nações Unidas em 2008, o direito à educação em emergências é

colas e a redução do índice de evasão escolar. 2. Os Estados Partes adotarão todas as medidas necessárias para assegurar que a disciplina escolar seja ministrada de maneira compatível com a dignidade humana da criança e em conformidade com a presente convenção. 3. Os Estados Partes promoverão e estimularão a cooperação internacional em questões relativas à educação, especialmente visando a contribuir para a eliminação da ignorância e do analfabetismo no mundo e facilitar o acesso aos conhecimentos científicos e técnicos e aos métodos modernos de ensino. A esse respeito, será dada atenção especial às necessidades dos países em desenvolvimento”. Disponível em: https://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf. Acesso em: 01 jul. 2017.

20 Artigo 29 da Convenção sobre os Direitos da Criança: “1. Os Estados Partes reconhecem que a educação da criança deverá estar orientada no sentido de: a) desenvolver a personalidade, as aptidões e a capacidade mental e física da criança em todo o seu potencial; b) imbuir na criança o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, bem como aos princípios consagrados na Carta das Nações Unidas; c) imbuir na criança o respeito aos seus pais, à sua própria identidade cultural, ao seu idioma e seus valores, aos valores nacionais do país em que reside, aos do eventual país de origem, e aos das civilizações diferentes da sua; d) preparar a criança para assumir uma vida responsável numa sociedade livre, com espírito de compreensão, paz, tolerância, igualdade de sexos e amizade entre todos os povos, grupos étnicos, nacionais e religiosos e pessoas de origem indígena; e) imbuir na criança o respeito ao meio ambiente. 2. Nada do disposto no presente artigo ou no Artigo 28 será interpretado de modo a restringir a liberdade dos indivíduos ou das entidades de criar e dirigir instituições de ensino, desde que sejam respeitados os princípios enunciados no parágrafo 1 do presente artigo e que a educação ministrada em tais instituições esteja acorde com os padrões mínimos estabelecidos pelo Estado” (ONU, 1989).



sempre legalmente exigível e, portanto, as crianças têm sempre o direito a irem à escola, independentemente dos desafios ou contexto em que vivem²¹. Essa garantia é especialmente necessária no que concerne aos indivíduos mais vulneráveis, os quais tendem a ter seus direitos mais afetados perante as inseguranças, desastres e conflitos. Dessa forma, ganha especial importância a maneira que esse direito será tratado no âmbito das intervenções humanitárias.

3. INTERVENÇÕES HUMANITÁRIAS E O DIREITO À EDUCAÇÃO

A despeito da evidente essencialidade do direito em questão, a posição tradicional no que tange à intervenção humanitária em contextos de emergência defende que, num primeiro momento, o direito à educação não deve ser objeto de investimentos ou priorizado de qualquer forma. Segundo os defensores dessa visão, a educação diria respeito a um passo posterior à estabilização do país, sendo ligada, na essência, ao desenvolvimento das pessoas e não essencial ao asseguramento à dignidade humana em si²². Portanto, ONGs e doadores têm sido reticentes em despendar recursos com as atividades ligadas ao asseguramento desse direito em intervenções humanitárias que ocorrem em contextos de emergência, relegando-o para um segundo momento, em que se visa o desenvolvimento nacional.

21 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **UNICEF Core Corporate Commitments in Emergencies**. UN DOC E/ICEF/2000/12. Maio de 2000. p. 02. Disponível em: <http://www.unicef.inemergencies.com/downloads/eresource/docs/Human%20Rights%20Based%20Approach/Is%20UNICEF%20up%20for%20the%20Challenge.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2017.

22 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **UNICEF Core Corporate Commitments in Emergencies**. UN DOC E/ICEF/2000/12. Maio de 2000. p. 02. Disponível em: <http://www.unicef.inemergencies.com/downloads/eresource/docs/Human%20Rights%20Based%20Approach/Is%20UNICEF%20up%20for%20the%20Challenge.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2017.

Uma atuação pautada apenas no viés tradicional humanitário era – e é – por muitos considerada mais fácil de ser desenvolvida e aceita pelos Estados em geral, vez que é consoante com os já estabelecidos princípios humanitários de neutralidade, imparcialidade e independência, vistos como sustentáculo da ação de agências e ONGs internacionais²³. A introdução de uma perspectiva de direitos humanos foi vista por muitos de maneira temerária, como se diminuísse o espaço humanitário e prejudicasse o momento de atuação em que a prioridade é salvar vidas²⁴.

Contudo, no decorrer dos anos desenvolveu-se um crescente consenso no sentido de que a atuação em emergências não deve ser focada apenas em evitar que as pessoas morram, mas também em cuidar de como elas vivem. Portanto, gerações podem se passar até que, enfim, a estabilidade seja reassegurada e para que então, finalmente, a educação seja objeto de atenção e investimentos. Isso equivaleria a negar a incontáveis indivíduos – geralmente, os mais vulneráveis – um direito com potencial de ser um catalisador de mudanças positivas em suas vidas.

Assim, mais coerente com a relevância da educação na vida do ser humano, a abordagem mais adequada para as intervenções humanitárias é uma que se pauta nos direitos humanos. Nessa perspectiva, a caridade e a benevolência são insuficientes: os indivíduos em contextos de emergência devem ser sujeitos de direito, capazes de demandar que

23 DAVIS, Gabrielle Mary. **Living with Landmines**: Mine action, Development and Wellbeing in post-conflict societies – a case study in Cambodia. Bath: Universidade de Bath, 2015. Tese, p. 39. Disponível em: https://purehost.bath.ac.uk/ws/portalfiles/portal/187934785/DAVIES_Gabrielle_PhD_Thesis_22_07_15.pdf. Acesso em: 01 jul. 2017.

24 FOX, Fiona. New Humanitarianism: Does it Provide a Moral Banner for the 21 Century? **Disasters**, v. 25, n. 4, p. 275-289, 2001, p. 283-284. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/227807161_New_Humanitarianism_Does_It_Provide_a_Moral_Banner_for_the_21st_Century. Acesso em: 04 jul. 2017.



seus direitos sejam providos²⁵. Assim, o assistencialismo puro não seria resposta adequada para essas crises²⁶, devendo ser complementada pela ideia de “proteção”, que consiste em todas as atividades destinadas a obter o respeito pleno aos direitos humanos dos indivíduos – sendo de particular importância o direito à educação, que merece especial proteção nessas contexturas²⁷. Caberiam aqui atividades como: treinamento de professores; incentivo ao estabelecimento de escolas; em diálogo com autoridades nacionais, investir na criação de perímetros de proteção de estruturas destinadas ao ensino; e dialogar com as comunidades afetadas para esclarecer a importância de as crianças frequentarem as escolas – com um especial foco na inclusão de meninas, crianças deficientes e outros grupos tradicionalmente excluídos.

Assim, combate-se, com essa abordagem, inclusive, uma visão dicotomizada da atuação perante emergências, a qual priorizaria, num primeiro momento, o puro auxílio à preservação de vidas e, depois de alcançada uma estabilização, se buscaria a consecução dos direitos humanos sociais, culturais e econômicos – ligados, em sua essência, ao desenvolvimento. Com efeito, quando a crise não consiste mais em situa-

25 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **UNICEF Core Corporate Commitments in Emergencies**. UN DOC E/ICEF/2000/12. Maio de 2000. p. 04. Disponível em: <http://www.unicefemergencies.com/downloads/eresource/docs/Human%20Rights%20Based%20Approach/Is%20UNICEF%20up%20for%20the%20Challenge.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2017.

26 Nesse sentido, cabe ressaltar as lições de Paulo Freire, que analisou com profundidade os perigos de “generosidades” como essa – principalmente no que tange à educação – considerando-a um instrumento alienante, cujo intuito é oprimir (FREIRE, Paulo. **A Pedagogia do Oprimido**. 17. ed., Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1987, p. 17). No caso dos contextos de emergência, pode-se argumentar que tais ações serviriam apenas para viabilizar o retorno ao *status quo* de opressão.

27 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **UNICEF Core Corporate Commitments in Emergencies**. UN DOC E/ICEF/2000/12. Maio de 2000. p. 06. Disponível em: <http://www.unicefemergencies.com/downloads/eresource/docs/Human%20Rights%20Based%20Approach/Is%20UNICEF%20up%20for%20the%20Challenge.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2017.

ção transitória, as fronteiras entre essas necessidades tornam-se opacas, de forma que uma não pode sobrepujar outra, mas que, sim, devem ser atendidas concomitantemente²⁸.

A UNICEF é grande incentivadora dessa visão de intervenção fundada em direitos humanos, vendo grandes vantagens nessa abordagem. Ela defende, inclusive, que ela serve para fortalecer a neutralidade da organização em situações de emergência complexas. Isso decorre do fato de que, ao pautar sua atuação em patamares internacionais estabelecidos nos instrumentos de direitos humanos regionais e internacionais, a organização consegue manter-se universal e coerente²⁹.

Essa abordagem, com efeito, consiste na mais benéfica, pois, ao resguardar desde um primeiro momento a educação, estabelecendo-a como um direito humano, há a oportunidade de criar-se proveitosos dividendos sociais. Isso porque educação de qualidade contribui de maneira direta para a estabilidade social, econômica e política de uma sociedade. Ela ajuda a diminuir o risco de conflitos violentos, vez que favorece uma maior coesão social com a criação de oportunidades para aqueles que normalmente são excluídos, e ajuda a apoiar processos de construção da paz³⁰.

28 DAVIS, Gabrielle Mary. **Living with Landmines: Mine action, Development and Wellbeing in post-conflict societies – a case study in Cambodia**. Bath: Universidade de Bath, 2015. Tese, p. 39. Disponível em: https://purehost.bath.ac.uk/ws/portalfiles/portal/187934785/DAVIES_Gabrielle_PhD_Thesis_22_07_15.pdf. Acesso em: 01 jul. 2017.

29 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **UNICEF Core Corporate Commitments in Emergencies**. UN DOC E/ICEF/2000/12. Maio de 2000. p. 04. Disponível em: <http://www.unicef.in/emergencies.com/downloads/eresource/docs/Human%20Rights%20Based%20Approach/Is%20UNICEF%20up%20for%20the%20Challenge.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2017.

30 ANDERSON, Allison; HOFMANN, Jennifer; HYL-LARSEN, Peter. The Right to Education for Children in Emergencies. **International Humanitarian Legal Studies**. v. 2, p. 84-126, 2011. p. 88. Disponível em: https://brill.com/view/journals/ihts/2/1/article-p84_3.xml?lang=en. Acesso em: 01 jul. 2017.



Assim, podemos afirmar que mais importante do que o restabelecimento de um *status quo* prévio à emergência em si, a abordagem de direitos humanos que dá prioridade à educação desde o momento inicial das intervenções humanitárias permite que esses contextos possam servir como oportunidade para que as autoridades nacionais transformem seus sistemas educacionais e criem novos sistemas mais equânimes. Isso serviria para criar novas oportunidades para grupos que geralmente são excluídos, como meninas, adolescentes, crianças com deficiências, refugiados e deslocados internos. Assim, a crise serviria para a criação de dividendos sociais, resultando em melhoras no acesso e qualidade da educação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A realidade internacional não mais comporta, conforme vimos, uma visão compartimentalizada da atuação perante as crises e emergências humanitárias. Com efeito, considerar a educação como importante apenas num momento posterior, sendo o foco das intervenções humanitárias meramente salvar vidas e resguardar a integridade física da população civil é não compreender a importância que esse direito carrega para o crescimento dos indivíduos e para as comunidades afetadas em geral.

Pode-se ir além: a própria dicotomização entre quais atividades seriam adequadas num primeiro momento – as de socorro que visam salvar vidas e as que produzem a maioria de seus efeitos a longo prazo – é prejudicial. A violência e a pobreza têm a mesma raiz na tendência humana de desumanizar o outro, o que faz ser muito mais palatável uma atuação baseada em filantropia e beneficência nos contextos de emer-

gência, patrocinando a mera manutenção de vidas humanas e o restabelecimento de um *status quo* opressor. Contudo, tal posição não favorece o reconhecimento desse outro como sujeito de direitos – inclusive do direito à educação. Nesse sentido, a abordagem de direitos humanos em emergências é, também, humanizadora.

Assim, reconhecer a essencialidade do respeito à educação no âmbito das intervenções humanitárias é de suma importância para os indivíduos em contextos de crise, principalmente os mais vulneráveis, para que não haja um agravamento de sua situação e, se feito de maneira correta, serve para oportunizar as condições viabilizadoras de uma realidade mais equânime. Inclusive, esse reconhecimento é indispensável para que haja uma designação de aportes financeiros adequados por parte de governos, ONGs e das Nações Unidas às iniciativas ligadas à educação em contextos de emergência, que correspondam à relevância dessa atuação.

Não se trata, portanto, de negar a importância das medidas mantenedoras da vida humana em situações emergenciais no âmbito da atuação humanitária, mas apenas de reconhecer que, para que os países afetados superem suas crises, não podem negligenciar suas obrigações para com seu povo no que tange ao direito à educação. Se feito da maneira correta, o complexo de atividades que busca garantir o direito à educação em contextos de crise pode ser, até mesmo, usado a favor de um desenvolvimento sustentável, possibilitando que os indivíduos mais afetados pelas mazelas sociais na contextura das emergências possam não apenas sobreviver incólumes, mas, também, prosperar.



REFERÊNCIAS

ANDERSON, Allison; HOFMANN, Jennifer; HYLL-LARSEN, Peter. The Right to Education for Children in Emergencies. **International Humanitarian Legal Studies**, v. 2. 2011. p. 84-126. Disponível em: https://brill.com/view/journals/ihts/2/1/article-p84_3.xml?lang=en. Acesso em: 1 jul. 2017.

COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. **Como o Direito Internacional Humanitário define “conflitos armados”?** Mar. 2008. Disponível em: <https://www.icrc.org/por/assets/files/other/rev-definicao-de-conflitos-armados.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2017.

COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. **Convenções de Genebra**. 16 ago. 1949. Disponível em: <https://www.icrc.org/eng/assets/files/publications/icrc-002-0173.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2017.

COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. **Protocolo Adicional I às Convenções de Genebra de 1949**. 08 jun. 1977. Disponível em: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/INTRO/470?OpenDocument>. Acesso em: 01 jul. 2017.

DAVIS, Gabrielle Mary. **Living with Landmines: Mine action, Development and Wellbeing in post-conflict societies – a case study in Cambodia**. Bath: Universidade de Bath, 2015. Tese. Disponível em: https://purehost.bath.ac.uk/ws/portalfiles/portal/187934785/DAVIES_Gabrielle_PhD_Thesis_22_07_15.pdf. Acesso em: 1 jul. 2017.

ESTATUTO DE ROMA. 17 jul. 1998. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/ea9aeff7-5752-4f84-be94-0a655eb30e16/0/rome_statute_english.pdf. Acesso em: 01 jul. 2017.

Ir para o índice

FOX, Fiona. New Humanitarianism: Does it Provide a Moral Banner for the 21 Century? **Disasters**, v. 25, n. 4, p. 275-289, 2001. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/227807161_New_Humanitarianism_Does_It_Provide_a_Moral_Banner_for_the_21st_Century>. Acesso em: 04 jul. 2017.

FREIRE, Paulo. **A Pedagogia do Oprimido**. 17. ed., Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1987.

UNESCO. **International Standard Classification of Education**. Nov. 1997. Disponível em: http://www.unesco.org/education/information/nfsunesco/doc/isced_1997.htm. Acesso em: 01 jul. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção Sobre os Direitos da Criança**. 20 nov. 1989. Disponível em: https://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf. Acesso em: 01 jul. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 10 dez. 1948. Disponível em: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 01 jul. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. 16 dez. 1966. Disponível em: http://www.unfpa.org.br/Arquivos/pacto_internacional.pdf. Acesso em: 01 jul. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Report of the Committee on the Rights of the Child on its General Discussion on the Right of the Child to Education in Emergencies Situation**. 19 de setembro de 2008. Disponível em: http://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/CRC_Report_Right_of_the_Child_to_Education_in_Emergencies_2008.pdf. Acesso em: 01 jul. 2017.



ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **UNICEF Core Corporate Commitments in Emergencies**. UN DOC E/ICEF/2000/12. Maio de 2000. Disponível em: <http://www.unicefinemergencies.com/downloads/eresource/docs/Human%20Rights%20Based%20Approach/Is%20UNICEF%20up%20for%20the%20Challenge.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2017.

PISENTIN, Elena. **The Right to Education in Emergency Situations: A Rights-Based Assessment on the Humanitarian Response after the Earthquake in Haiti**. Pádova: Università Degli Studi di Padova, 2014. Dissertação. Disponível em: <tesi.cab.unipd.it/52610/>. Acesso em: 04 jul. 2017.

O empoderamento feminino nas questões filosófico-políticas com base no filme da Mulher-Maravilha

The feminine empowerment in the philosophical-political issues based on the movie of the Wonderful-Woman

JÚLIA MAIA DE MENESES
MANUELA HORTÊNCIO BATISTA
ZANEIR GONÇALVES TEIXEIRA

*“Que nada nos defina. Que nada nos sujeite.
Que a liberdade seja a nossa substância”.*

Simone de Beauvoir

RESUMO

O artigo trouxe uma maneira diferenciada de expor a questão do empoderamento feminino na sociedade hodierna. Inicialmente se fez necessário traçar o contexto histórico mundial e brasileiro para entender onde e quando foram plan-



tadas as sementes desse movimento social. Por conseguinte, trata-se das questões filosófico-políticas acerca do tema, haja vista que tais perspectivas transpuseram a Antiguidade, a Idade Média, a Modernidade e a Contemporaneidade, sendo, portanto, um problema que ultrapassa a história, o tempo e a apreensão humana do conhecimento. Por fim, promoveu-se a simbiose do empoderamento feminino com uma metáfora em relação ao Filme da Mulher-Maravilha, para que o problema central deste escrito fosse superado, qual seja, se a mulher hoje já conseguiu superar as desigualdades políticas e sociais em relação ao homem.

Palavras-chave: Empoderamento feminino. Questões filosófico-políticas. Mulher Maravilha.

ABSTRACT

The article brought a different way of exposing the issue of female empowerment in today's society. Initially it was necessary to trace the world and brazilian historical context to understand where and when the seeds of this social movement were planted. Therefore, it is a question of philosophical-political questions about the subject, since such perspectives have transposed Antiquity, the Middle Ages, Modernity and Contemporaneity, being, therefore, a problem that goes beyond history, time and apprehension knowledge. Finally, the symbiosis of female empowerment was promoted with a metaphor in relation to Wonder Woman Film, so that the central problem of this writing would be overcome, that is, whether women today have been able to overcome political and social inequalities in relation to the man.

Keywords: *Female empowerment. Philosophical-political questions. Wonder Woman.*

INTRODUÇÃO

A ideia inicial de confecção deste artigo partiu de uma conversa em sala de aula a respeito da protagonista do filme da Mulher-Maravilha, Gal Gadot, em razão de seu cachê ter sido 2% (dois por cento)¹ do valor do protagonista do último filme do Super-Homem e essa informação não é nada maravilhosa!

Tal fato é espantoso, porém, corriqueiro em relação ao mercado de trabalho, quando se auferem valores salariais para homens e mulheres, que desempenham a mesma função dentro de uma empresa.

Qual o motivo para tamanha disparidade? Questões sociais e políticas sempre foram as maiores sombras da história feminina em termos mundiais e nacionais e, apesar do crescimento do movimento feminista ao longo dos tempos, muito ainda precisa ser conquistado.

No que diz respeito ao contexto histórico mundial, ainda que as vestes iluministas contribuíssem para a ampliação do feminismo, muitos filósofos da Antiguidade até a Contemporaneidade demonstraram preconceito em relação à mulher durante séculos e no Brasil isso não se deu de maneira diferente.

O filme da Mulher-Maravilha, uma heroína idealizada pelo psicólogo americano Willian Moulton Marston, inspirada no movimento sufragista feminista em prol do sufrágio igualitário, serve de exemplo para a luta das mulheres na conquista da capacidade eleitoral plena.

1 Esse dado quantitativo está mensurado em PATI, Camila. **Salário da Mulher-Maravilha é 2% do valor pago ao Super-Homem**. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/carreira/salario-da-mulher-maravilha-e-2-do-valor-pago-ao-super-homem/>. Acesso em: 24 jul. 2017.



Para tanto, o artigo necessitou de uma metodologia bibliográfica interdisciplinar baseada em livros e artigos, com suporte no Filme da Mulher-Maravilha, para garantir a resolução do problema central deste escrito, qual seja, se passados longos anos, a mulher conseguiu superar, ainda que com grandes feitos e exemplos, o véu do preconceito social e político.

1. O PROCESSO HISTÓRICO DE CONSTRUÇÃO DO EMPODERAMENTO FEMININO NA POLÍTICA²

Partindo-se de uma perspectiva mundial, foi no século XIX que a concepção tradicional do sexo feminino gravitava em torno da órbita de mulher dedicada ao lar e à família, juntamente com a ideia de que eram seres inferiores e sem direitos, mas esse século foi, também, o início da participação delas em diversos movimentos sociais, trazendo à baila, portanto, o afloramento do feminismo.

Ao beber das fontes iluministas do século XVIII, as mulheres buscaram inspiração para reivindicar direitos e demandar independência. Nessa linha de orientação, o iluminismo representava uma possibilidade de mudança ao afirmar que todos os indivíduos eram iguais.

2 O compilado histórico deste artigo partiu do estudo de três obras: a) AZEVEDO, Débora Bithiah de; RABAT, Márcio Nuno. **Palavra de Mulher**: oito décadas do direito de voto. 2. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012; b) PINKSY, Carla Bassanezi; PEDRO, Joana Maria. Mulheres. Igualdade e especificidade. *In*: PINSKY, Jaime; PINKSY, Carla Bassanezi (org.). **História da cidadania**. 6. ed. São Paulo: Contexto, 2015. p. 265-310; c) COUTINHO, Júlia Maia de Menezes; LOPES, Karin Becker; ALBUQUERQUE, Newton de Menezes. Analfabetos e mulheres: os vulneráveis democráticos sob a égide evolutiva da CF/88- Marginalizados históricos?. *In*: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.). CAÚLA, Bleine Queiroz *et al.* (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. v. 6. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 305-328.

Por outro lado, muitos filósofos da época, que serão tratados na seção seguinte deste escrito, afirmavam que o sexo feminino era desprovido de raciocínio, por ser movido por paixões, e ressaltavam o ideal tradicional de mulher, silenciosa e submissa, repudiando as que ousassem atuar em atividades vistas como masculinas.

A Revolução Francesa deixou marcas importantes na história das mulheres, visto que as francesas reivindicaram o direito de poder frequentar estabelecimentos de ensino, de obter emprego, além de exigir do governo o controle de preços do mercado.

Tal iniciativa é um grande marco na construção do empoderamento feminino nas questões políticas, já que milhares de mulheres entraram na arena política, mesmo sem direitos formais reconhecidos, chegando a conquistar alguns direitos civis. Entretanto, a mulher teve sua atuação na política proibida e apenas o seu papel de mãe e de esposa foi considerado essencial e importante em todo o mundo.

A partir do século XIX, foram travadas diversas batalhas em busca da ampliação e universalização da cidadania política, visto que só homens, com poder aquisitivo, podiam votar nesse período. Contudo, os avanços conquistados na legislação continuavam desfavorecendo as mulheres ou, até mesmo, acentuando a discriminação, enquanto favoreciam apenas os homens.

Desde o final do século XVIII, já se percebia a busca por cidadania e, conseqüentemente, pelo movimento feminista, que demandava direitos políticos e sociais. Em sua luta, o movimento sempre teve que enfrentar muitas dificuldades como o preconceito, a hostilidade e a violência, mas a consciência e as ideias feministas circularam e se popularizaram cada vez mais nos séculos seguintes.



Quando a democracia ganhou o *status* de ideal político, cada vez mais feministas ampliavam forças e simpatizantes.

Entretentes, surgiu em 1830, na Inglaterra³, o mais conhecido movimento pelos direitos das mulheres que lutava pela participação política feminina, além de terem outras reivindicações sociais.

Com isso, na transição do século XIX para o século XX, as sufragistas intensificaram a demanda pelo voto. Na França, o feminismo amadureceu durante as Revoluções de 1789, 1848 e 1871. O feminismo alemão, a partir da década de 1860, também desenvolveu organizações femininas locais em busca do direito de voto e do direito de manifestação pública feminina.

As feministas expressavam a importância das suas diligências organizando-se em quatro tipos de militância, com técnicas de propagandas, não violência ativa, desobediência civil e violência física. As sufragistas inglesas, por exemplo, tiveram uma atuação agressiva nas organizações, utilizando táticas extremistas, como o uso de bombas incendiárias, as invasões parlamentares e até os suicídios políticos. Foram batalhas árduas e necessárias que influenciaram outros movimentos de mulheres em quase todo o mundo ocidental, contribuindo para que muitas conquistas fossem efetivadas no século XX.

Após a ampliação massiva do movimento, a Nova Zelândia foi a pioneira em conferir às mulheres o direito de sufrágio ainda no século XIX, em 1893, e a Finlândia, no século XX, em 1906. Outros países

3 Nesse sentido, cf. AUSTEN, Jane. **Orgulho e Preconceito**. Tradução de Alexandre Barbosa de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. Nesse clássico da literatura ocidental, a autora relata que, na Inglaterra do final do século XVII, as possibilidades de ascensão social eram limitadas para uma mulher sem dote. Em sua obra, a protagonista Elizabeth Bennet, ultrapassa os estereótipos femininos para conquistar um nobre e defender sua posição de Cinderela esclarecida, iluminista e feminista.

como Estados Unidos, Alemanha, Áustria, Holanda, Canadá, Rússia, Islândia e Inglaterra concederam o sufrágio feminino logo após a Primeira Guerra Mundial, quando várias mulheres foram convocadas para substituir a mão de obra masculina nas indústrias, ultimando os argumentos preconceituosos, que defendiam apenas a vida doméstica⁴ para o sexo feminino.

Ademais, a Segunda Guerra Mundial foi mais um marco para os direitos políticos femininos, quando novamente a força de trabalho das mulheres foi requisitada para ocupar diversas atividades produtivas. Após essa intensa participação feminina em países como Itália, França e Bélgica concederam o sufrágio para as mulheres.

Após relatados os acontecimentos históricos que fomentaram a busca pelos direitos femininos na seara política em termos mundiais, impenhável ressaltar que, no Brasil, o processo de empoderamento feminino na política não foi diferente. Embora algumas vezes tenha-se tentado romper as barreiras machistas, que proibiam o voto das mulheres, os ideais retrógrados da sociedade brasileira não permitiram esse avanço.

Nesse tino, somente com a integração feminina na educação, a possibilidade de voto tornava-se cada vez mais próxima das mulheres brasileiras. No ano de 1879, foi oficialmente permitido o ingresso de mulheres no ensino superior e, em 1880, Isabel de Mattos Dillon, dentista, teve sucesso na conquista do direito de voto, por via jurídica, visto que

4 Cf. FLAUBERT, Gustave. **Madame Bovary**. Tradução de Ilana Heineberg. Porto Alegre: LP&M, 2016. Na obra, a personagem Emma Bovary representa a mulher que procurou viver os padrões impostos pela sociedade, casando-se com alguém que lhe sustentasse, procurando ter filhos e viver uma vida pacata. Mas guerreou consigo mesma por se sentir presa a valores que eram dos outros e não dela.



a Constituição vigente garantia o sufrágio aos possuidores de grau superior, omitindo-se em relação às mulheres.

Outrossim, somente no início do século XX, surgiu efetivamente um movimento organizado em favor do direito ao voto feminino. A partir daí, começou a ser trilhado o que vinha a ser um longo caminho em busca da cidadania plena. Em 1910, o Partido Feminino Republicano foi fundado pela professora Leonilda de Figueredo Daltro, que objetivava a emancipação da mulher tanto nas questões políticas quanto sociais.

Em 1919, Bertha Maria Julia Lutz destacou-se na luta pelo sufrágio das mulheres e pelo direito ao trabalho, conquistando a primeira vaga feminina como funcionária pública na secretaria do Museu Nacional do Rio de Janeiro. Após essa primeira vitória, criou-se no mesmo ano a Liga para a Emancipação Intelectual da Mulher, que defendia o direito de voto feminino, transformando-se, posteriormente, na Federação Brasileira para o Progresso Feminino (FBPF).

O movimento das sufragistas ampliou força e confiança quando, em 1927, o Rio Grande do Norte, pioneiramente, reconheceu o direito de voto à mulher e elegeu, na cidade de Lages, em 1928, a primeira prefeita do Brasil, Alzira Teixeira Soriano.

Finalmente, em 1932, foi conquistado pelas mulheres brasileiras o direito de votar e de ser eleita por meio do decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932, que instituiu um novo código eleitoral. Após essa grande conquista, em 1933, Carlota Pereira de Queirós, de São Paulo, foi eleita deputada federal, sendo a única mulher dentre os 214 homens do pleito. Um pouco mais tarde, em 1934, o sufrágio da mulher foi elevado ao *status* Constitucional.

Contudo, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937⁵, promulgada durante o Estado Novo, omitiu-se a respeito do sufrágio feminino e retrocedeu no que se refere a outras conquistas. Após o fim da ditadura de Getúlio Vargas e a publicação da Carta das Nações Unidas, a nova Constituição dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 1946⁶, restituiu o voto da mulher e outros direitos, mas somente em 1951 a participação feminina retorna na política com a eleição de Ivette Vargas para o cargo de deputada federal.

Durante o golpe de Estado, em 1964, que estabeleceu a ditadura militar, todos os brasileiros sofreram com a repressão, a censura e a violência, porém as mulheres foram desfavorecidas por sua condição histórica de marginalizadas políticas e sociais.

Por fim, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, fundamentada no princípio da dignidade da pessoa humana, instituiu, como cláusula pétrea, os direitos e garantias fundamentais e representou mais um avanço para as mulheres, incorporando a maioria das reivindicações da Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes, de 1987⁷.

5 BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 24 jul. 2017.

6 BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em: 24 jul. 2017.

7 A Carta das Mulheres Brasileira aos Constituintes de 1987 foi um documento elaborado em agosto de 1986 pelo Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, vinculado ao Ministério da Justiça, contendo um programa de cidadania para as mulheres e os homens a ser votado pelo Congresso Constituinte, dispondo sobre princípios gerais e reivindicações específicas acerca dos seguintes temas: família; trabalho; saúde; educação e cultura; violência; questões nacionais e soberania. Considera-se que boa parte do programa (85%) foi acolhido no texto constitucional, em razão da capacidade de mobilização dos movimentos dedicados aos direitos das mulheres e à articulação com a bancada feminina da Constituinte, que apresentou em bloco suprapartidário cerca de 30 emendas. O documento na íntegra está disponível em: http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/constituintes/a-constituinte-e-as-mulheres/Constituinte%201987-1988-Carta%20das%20Mulheres%20aos%20Constituintes.pdf. Acesso em: 24 jul. 2017.



Mesmo após a conquista da capacidade eleitoral plena, a atuação da mulher na política continuou pequena, não suprimindo a necessidade de representatividade, o que perdura até hoje, com alguns avanços, resultando na instituição das cotas de mulheres candidatas em partidos. Nesse sentido, afirma-se com propriedade: se há necessidade de cotas é porque está longe da efetividade da igualdade.

2. AS QUESTÕES FILOSÓFICO-POLÍTICAS ACERCA DO EMPODERAMENTO FEMININO

A grande batalha pela efetividade do empoderamento feminino vem sendo travada há muito tempo, pois variados são os registros dentro da Filosofia Política no tocante ao tema deste escrito.

O que se considera como a semente a ser lançada em fértil solo filosófico foram as premissas extremamente machistas elencadas por Platão⁸ e Aristóteles⁹, para quem a mulher poderia ser considerada como fêmea, em virtude da ausência de características fundamentais que só eram encontradas nos homens. Acrescenta-se que essa consideração foi proferida em 350 a.C., portanto, reflexo da Idade Antiga da Filosofia.

Enquanto Platão e Aristóteles buscavam filosofar para fugir da ignorância da Era Mitológica, eles não agiam em igual medida no que concerne aos seus ideais filosóficos e esse é um dos grandes problemas enfrentados pelo homem, em termos filosóficos, pois é preciso fugir da tentação do falar e gravitar a órbita do fazer.

8 Cf. PLATÃO. **Protágoras**. Tradução, introdução e notas de Ana da Piedade Elias Pinheiro. Lisboa: Relógio D'Água Editores, 1999.

9 Cf. ARISTÓTELES. **Metafísica – livros I e II**. Tradução direta do grego por Vincenzo Coceo e notas de Joaquim de Carvalho. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

Durante a Idade Média¹⁰, São Tomás de Aquino¹¹ tratou a questão da maldade como algo que é oposto a tudo aquilo que Deus faz; uma espécie de deficiência humana. É de sabença comezinha que uma das grandes disformidades instituídas pela humanidade foi a atitude pecadora de Eva diante do fruto proibido, tornando-se interessante a maneira como a questão é colocada para reflexão, pois a mulher, nesse caso, é a mazela intrínseca em Adão naquele momento, o que é deveras machista, haja vista que qualquer pessoa poderia desejar comer o fruto proibido, em razão do livre arbítrio.

O Renascimento nos séculos XVI e XVII promoveu transformações importantes na vida das pessoas, como a ruptura do modelo teocrático vivido na Idade Média da filosofia, que substituiu a visão moralista da filosofia política pela visão racional e realista.

O Estado Absolutista, vivenciado na teoria de Thomas Hobbes¹², mesmo pregando a necessidade de um pacto social que garantisse a positividade das leis para que os homens não fossem reféns deles próprios, ainda assim não foi condição suficiente para promover a igualdade de gênero de maneira positivada e muito menos a liberalidade que John Locke¹³ preceituava.

10 DUBY (2013), historiador francês, trata a Idade Média como a idade dos homens, mas, curiosamente, reflete que também é a idade das mulheres, pois algumas delas conseguiram sair das sombras.

11 Cf. AQUINO, São Tomás de. **Suma Teleológica**. v. IV. São Paulo: Loyola, 2005.

12 Cf. HOBBS, Thomas. **Leviathan**. London: Penguin Classics, 1985.

13 Cf. LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**: ensaio sobre a origem, os limites os fins verdadeiros do governo civil. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1994.



Isso não parou por aí, haja vista que Rousseau¹⁴, um dos maiores expoentes da Era Moderna Contratualista, afirmou que o sexo feminino, por ser movido pelas paixões, era desprovido de raciocínio. Nesse sentido, a mulher não poderia ousar em realizar atividades consideradas masculinas, para manter sua conduta submissa perante a sociedade. O interessante é que o mesmo Rousseau, que pactua com o cuidado em afirmar que o surgimento da propriedade garantiu o aumento da desigualdade entre os homens, não se preocupa em ampliar o preconceito contra as mulheres.

Note-se aqui que três eras foram superadas, a Antiguidade, a Idade Média e a Modernidade filosófica e ainda assim persiste o véu sobrepujante do preconceito contra a mulher. O interessante é que a filosofia, desde o período socrático, se comportou como uma ciência sensível por buscar gerar, produzir e apreender o conhecimento sempre com a preocupação de direcionamento deste, então, como permitir que um saber tão amplo seja engessado ao preconceito? Não há como tolerar!

Prossegue-se a aventura filosófico-política aportando na perspectiva de Hegel¹⁵, para quem o contexto histórico é o fundamento necessário para entender qualquer ponto de vista filosófico. Parece certo que esse posicionamento é o mais correto dentre os filósofos, pois o processo histórico de construção dos direitos da mulher, sejam eles políticos ou sociais, foi custeado por muita luta ao longo dos anos

14 Cf. ROUSSEAU, Jean Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

15 Cf. HEGEL, G. W. F. **Fenomenologia do Espírito**: parte I. Tradução de Paulo Mezzes. 2. ed. São Paulo: Vozes, 1992.

e isso não parou na atualidade, pois apesar de o processo de construção desses direitos ser dialético e estar sujeito a inúmeras mudanças, muito ainda precisa ser conquistado.

Reconhece-se que a sociedade ainda não está habituada a ver as mulheres acolitando questões políticas, desempenhando funções antes restritas ao cotidiano masculino, escolhendo ter filhos apenas após garantir a estabilidade profissional, dentre outras situações. O que falta, portanto, no seio social e político é tornar essas questões um hábito, pois somente os hábitos podem ser os verdadeiros guias da vida humana, funcionando como parâmetro de igualdade e desenvolvimento, conforme a perspectiva de Hume¹⁶.

Isso porque os hábitos de igualdade, ecoados por uma sociedade que preza pela equidade entre os gêneros, só serão resvalados mediante condutas kantianas respaldadas por um idealismo transcendental entre homens e mulheres, haja vista que essa corrente infere que a razão e a experiência devem caminhar juntas, ou seja, que a igualdade deve prevalecer tanto na teoria quanto na prática.

Acresce-se a essa linha de orientação uma premissa que advém dos ensinamentos de Nietzsche¹⁷, quando ressalta que a ideia limitadora sempre deve ser superada. Portanto, o que se entende aqui é que o machismo dilacera o desenvolvimento social e político da mulher e isso deve ser superado.

16 Cf. HUME, David. **Tratado da Natureza Humana**. Tradução de Déborah Danowski. São Paulo: Unesp, 2000.

17 Cf. NIETZSCHE, Friedrich. **Assim falou Zaratustra**. Disponível em: <file:///C:/Users/J%C3%BAlia/Downloads/Friedrich-Wilhelm-Nietzsche-Assim-falou-Zaratustra-Ver-sao-1.0.pdf>. Acesso em: 02 mai. 2017.



Nesse momento, é melhor acolher a sugestão de Husserl¹⁸, quando convida as pessoas a colocarem um parêntese em todas as suas suposições. Tal metáfora, de maneira análoga, pode ser aplicada ao problema enfrentado por este artigo, já que inúmeras são as suposições limitadoras derramadas sobre o universo feminino de sexo frágil.

Assim, a desculpa de que o homem age com as vestes do machismo em virtude de sua criação patriarcal brasileira é um argumento falho na concepção de Heidegger¹⁹, por acreditar que não é o homem que indica as coisas, são as coisas que o indicam.

Nesse sentido, há que se concordar que pais machistas podem, sim, ter filhos não machistas. Essa situação é claramente vivida pela teoria da banalidade do mal capitaneada por Hannah Arendt²⁰, que trouxe para o contexto social a noção de que aceitar o mal menor é aceitar o mal em si. Isso pode ser refletido numa família onde a mulher aceita situações de machismo do marido para não se separar dele e manter uma estrutura familiar convencionalizada pela sociedade.

Dentro da contemporaneidade, encontramos, tardiamente, o pensamento de duas filósofas bastante voltadas para o movimento feminista: Simone de Beauvoir e Júlia Kristeva.

Beauvoir convida as mulheres a encontrarem o ponto de inserção da literatura de suas vidas. Sua obra atemporal remete a uma reflexão fas-

18 Cf. Husserl, E. **A Ideia da Fenomenologia**. Lisboa: Edições 70, 1986.

19 Cf. HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo – parte I**. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

20 Cf. ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

cinante e interdisciplinar no sentido de que há desequilíbrios de poder entre o sexo e a oposição do outro que as mulheres ocupam no mundo. A Filósofa afirma que é somente na identidade que a rubrica masculina e feminina se apresenta de maneira simétrica. Em todas as outras situações, o homem é o polo positivo e a mulher o negativo, já que todas as limitações são imputadas à mulher, sem reciprocidade²¹.

Ao analisar a condição da mulher nas dimensões sexual, psicológica, social e política, Beauvoir contextualiza que tudo parece disposto a transformar a desigualdade entre homem e mulher em inferioridade, pois é preciso destronar o mito da feminilidade para gerar a independência diante de um passado pesado de se desvencilhar²². Essa preocupação com o passado feminino é demonstrada em diversas obras da autora, como *O segundo sexo*, *Memórias de uma moça bem-comportada* e *A força da idade*²³.

Deve ser mencionado ainda que, para Beauvoir, o eu do pensamento filosófico é masculino por falta de opção e que o outro é a mulher passiva, sem voz e sem poder. Nesse sentido, homens e mulheres são diferentes e fenomenologicamente influenciados pelo gênero sexual. Portanto,

21 BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo**: fatos e mitos. Tradução de Sérgio Milliet. 3. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016a. p. 11.

22 BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo**: a experiência vivida. Tradução de Sérgio Milliet. 3. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016b. p. 07.

23 Ver: BEAUVOIR, Simone de. **A força da idade**. Tradução de Sérgio Milliet. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2010; BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo**: fatos e mitos. Tradução de Sérgio Milliet. 3. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016a; BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo**: a experiência vivida. Tradução de Sérgio Milliet. 3. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016b; BEAUVOIR, Simone de. **Memórias de uma moça bem comportada**. Tradução de Sérgio Milliet. 5. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017 (Coleção Clássicos de Ouro).



cada pessoa tem o direito de escolher aquilo que quer se tornar e, mesmo que a sociedade imponha passividade às mulheres, a autenticidade é o melhor caminho para a igualdade e a liberdade.

Júlia Kristeva²⁴, outra filósofa representante do movimento feminista, chama atenção para a necessidade de perceber que as estruturas estão associadas com o domínio do poder masculino, que é estabelecido pelos sistemas sociais. Nesse sentido, é importante ter em mente o aprimoramento dos direitos das mulheres na sociedade hodierna, conforme preleciona Adichie²⁵:

A questão de gênero é importante em qualquer canto do mundo. É importante que comecemos a planejar e sonhar um mundo diferente. Um mundo mais justo. Um mundo de homens mais felizes e mulheres mais felizes, mais autênticos consigo mesmos. E é assim que devemos começar: precisamos criar nossas filhas de uma maneira diferente. Também precisamos criar nossos filhos de uma maneira diferente.

O papel da filosofia no empoderamento feminino é se comportar como um paradigma pensante e analítico de apreender o todo, e, por isso, deve auxiliar a superar as redomas do preconceito e alçar o voo da igualdade, já que o questionamento filosófico consiste na promoção do desenvolvimento da sociedade.

24 BUCKINGHAM, Will; BURNHAM, Douglas; HILL, Clive; KING, Peter J.; MARENBNON, John; WEEKS, Marcus. **O livro da Filosofia**. Tradução de Douglas Kim. São Paulo: Globo, 2011. p. 323.

25 ADICHIE, Chimamanda Ngozi. **Sejamos todos feministas**. São Paulo: Companhia das Letras, 2015. p. 63.

3. A SIMBIOSE DO EMPODERAMENTO FEMININO COM O FILME DA MULHER-MARAVILHA²⁶

De início, faz-se necessário abordar quesitos importantes no tocante à personagem da Mulher-Maravilha²⁷, pois ela é, sem dúvida, a super-heroína mais famosa de todos os tempos, tendo sua primeira aparição na revista *All Star Comics 8*, em 1941, uma época de dominação masculina, pois as conquistas feministas ainda eram poucas e muito recentes.

Diana, a princesa das Amazonas, filha da rainha Hipólita, nasceu em Themyscira, uma ilha só de mulheres guerreiras, criada pelos deuses do Monte Olimpo para proteger a humanidade; isoladas dos homens, desde a Grécia Antiga. Ela possui habilidades super-humanas, como superforça e acessórios mágicos, como seu laço da verdade.

A personagem foi criada pelo psicólogo americano William Moulton Marston, que tinha muita admiração pelo movimento sufragista feminista e se inspirou nas suas duas esposas – ele era bígamo e defensor do poliâmore – que participavam da Liga do Sufrágio Igualitário, que batalhava por questões como igualdade, direito ao voto e controle da natalidade.

A inspiração do autor também veio de diversas outras mulheres que passaram pela sua vida, como uma jovem estudante que em 1911 foi impedida de falar em público no *campus* da Universidade de Harvard, que só aceitava homens, onde Marston estudou.

26 Todas as informações de cunho biográfico acerca da Mulher-Maravilha foram compiladas mediante a leitura da obra LEPORE, Jill. **A história secreta da Mulher-Maravilha**. Tradução de Érico Assis. Rio de Janeiro: BestSeller, 2017.

27 Talvez a protagonista que mais se assemelhe à Mulher-Maravilha seja a Emma de Jane Austen (2016), por ser jovem, bonita, rica, pretensiosa, corajosa e que faz questão de deixar claro que nada pode nos limitar.



Diana Prince também teve influências da poetisa grega Safo, nascida na ilha de Lesbos, um dos mais antigos ícones do feminismo, que escrevia sob o ponto de vista de uma mulher independente.

William Marston defendia a ideia do papel de guerreira que as mulheres deveriam ter em busca de seus direitos. Portanto, a fim de comunicar isso para as mais jovens, ele criou Diana, a Mulher-Maravilha.

A Mulher-Maravilha não é apenas uma super-heroína. Ela nasce com as campanhas pelo voto feminino nos anos 1910. Portanto, o feminismo deu origem à Mulher-Maravilha. E, depois, a Mulher-Maravilha deu sua contribuição para o feminismo. Ela era ícone de libertação como figura de mulher empoderada e autônoma a ser seguida pelas jovens.

Um dos documentos levantados por Jill Lepore²⁸, em seu livro *A história secreta da Mulher-Maravilha*, mostra o comunicado feito à imprensa no lançamento do quadrinho, em 1941:

A Mulher Maravilha foi concebida pelo Dr. Marston para estabelecer entre as crianças e os jovens um padrão de feminilidade forte, livre e corajosa; para combater a ideia de que as mulheres são inferiores aos homens, e para inspirar as meninas a terem autoconfiança para conquistas no atletismo, nas ocupações e nas profissões monopolizadas por homens, porque a única esperança para a civilização é a maior liberdade, desenvolvimento e igualdade das mulheres em todos os campos da atividade humana.

28 LEPORE, Jill. **A história secreta da Mulher-Maravilha**. Tradução de Érico Assis. Rio de Janeiro: BestSeller, 2017. p. 21.

A adaptação dos quadrinhos da heroína da *DC Comics* para o cinema estreou dia 1º de junho de 2017, tendo como diretora Patty Jenkins, a primeira mulher a dirigir um filme de super-heróis com uma protagonista feminina. O filme conta a história da Princesa Diana, que conhece o piloto americano Steve Trevor quando ele cai no mar da ilha e é resgatado por ela. Ele então fala sobre a Primeira Guerra Mundial e ela deixa a ilha a fim de pôr um fim no conflito²⁹.

Ao longo de sua vida, a princesa Diana conviveu com as guerreiras amazonas e sempre almejou se tornar uma. Para começar a treinar, Hipólita, a rainha, ordena que Diana seja preparada para ser dez vezes mais poderosa e forte do que a melhor guerreira da ilha. A expressão “Você é mais forte do que isso”³⁰, mencionada pela treinadora de Diana, Antíope, representa a realidade feminina no século XXI, pois a mulher precisa ser cada dia mais forte para suportar as atribuições, os preconceitos, a tripla jornada de trabalho (profissional, pessoal e maternal) e para continuar lutando pelos seus direitos e sua liberdade.

Diana acredita que ela é a única que pode acabar com os conflitos ao matar Ares, o deus da guerra. Entretanto, Steve tenta desencorajá-la, pois, em sua concepção, nenhum civil, muito menos uma mulher, poderia, de alguma forma, cessar o conflito.

Pode-se observar que Diana se mostra empoderada, corajosa, forte e autoconfiante, características extremamente necessárias para que as jo-

29 As informações mais específicas acerca da Mulher-Maravilha, que tratam de falas e passagens interessantes ficam a cargo da pesquisa realizada com a observação do filme MULHER-MARAVILHA. Produção de Zack Snyder, Charles Roven, Deborah Snyder, Richard Suckle. Estados Unidos: 2017. 1 DVD (141 min.), son., color., Legendado, Port.

30 Cf. MULHER-MARAVILHA. Produção de Zack Snyder, Charles Roven, Deborah Snyder, Richard Suckle. Estados Unidos: 2017. 1 DVD (141 min.), son., color., Legendado, Port.



vens feministas ousem atuar em atividades e áreas vistas pela sociedade como masculinas, como os cargos políticos, conforme se observa nessa passagem do filme³¹:

Mulher-Maravilha: Quando eu o matar (Ares), a guerra acabará.

Capitão Steve: Olha, eu agradeço sua vontade, mas essa guerra é uma grande confusão. Nem eu nem você podemos fazer muito sobre isso. Podemos voltar até Londres e procurar pelos homens que podem (generais e políticos).

Mulher-Maravilha: Eu sou o “homem” que pode.

Numa conversa com a secretária Etta Candy, Diana questiona como é possível as mulheres lutarem usando as roupas populares da época. A resposta de Etta, “Lutar? Usamos nossos princípios. É como conseguiremos o direito ao voto”³², remete ainda à ideia tradicional da feminilidade, fragilidade, falta de fibra e falta de intensidade da mulher. Entretanto, quando a luta das sufragistas inglesas se intensificou, por exemplo, tiveram que iniciar uma atuação mais agressiva e direta, utilizando métodos como o uso de bombas incendiárias, invasões parlamentares e protestos mais violentos, além das táticas mais convencionais.

O estranhamento e a hostilidade masculina com que foi recebida Diana no salão onde os políticos conversavam sobre o armistício é retrato tanto dos séculos XX, quando se passa o filme, e ainda do século XXI, pois a mulher era inimaginável no meio da política e, hoje, embora tenha

31 Idem. MULHER-MARAVILHA, 2017.

32 Cf. MULHER-MARAVILHA. Produção de Zack Snyder, Charles Roven, Deborah Snyder, Richard Suckle. Estados Unidos: 2017. 1 DVD (141 min.), son., color., Legendado, Port.

conquistado um pouco mais de espaço na arena de decisões do país, notícias como a eleição de uma presidente mulher ou até mesmo em outros cargos, ainda são recebidas pela sociedade com aversão e repulsa.

A Mulher-Maravilha pôde experimentar como era ser uma inglesa durante o século XX, sem voz, desacreditada e desencorajada pelos homens. Quando não a proibiram de falar, fizeram piada da sua opinião política sobre a guerra e desacreditaram de suas habilidades com outros idiomas, visto que naquela época o acesso feminino à educação ainda era limitado.

A frase do Capitão Steve: “Quando vemos algo errado no mundo podemos escolher entre não fazer nada e fazer alguma coisa”³³, pode ser direcionada para a apatia dos homens com a luta feminista. Cada um deve lutar como pode, lado a lado homens e mulheres, contra as injustiças e desigualdades relacionadas aos gêneros. Homens podem e devem sim ser feministas!

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sufrágio feminino foi conquistado por meio de lutas longas e complicadas, travadas por mulheres corajosas, empoderadas e ousadas que lideraram as primeiras conquistas feministas e mostraram que lugar de mulher pode ser na cozinha, nos trabalhos de colarinho e também nos centros de decisões do país, votando ou sendo votada.

É lamentável reconhecer que ainda em dias hodiernos existem países que não reconhecem as mulheres como cidadãs com direito à partici-

33 Idem. MULHER-MARAVILHA, 2017.



pação política. E mesmo nos países em que o sufrágio feminino é reconhecido, não significa que exista igualdade política e capacidade eleitoral plena, pois os preconceitos e estereótipos enraizados nas sociedades tornam mais difícil que as mulheres sejam respeitadas na esfera pública. A legislação reflete a possibilidade de mudança da sociedade, mas não possui a capacidade efetiva de modificar o pensamento do povo.

Por fim, é inegável o avanço feminista nas questões políticas, porém ainda está distante do ideal necessário para promover uma real igualdade entre gêneros, pois até que as mínimas conquistas sejam usadas como inspiração para as lutas em busca dos direitos femininos ameaçados pelas condições ideológicas desprivilegiadas advindas do machismo histórico, a população deve pactuar que o lugar da mulher é onde os seus anseios a levarem e não onde a sociedade lhe impõe.

REFERÊNCIAS

ADICHIE, Chimamanda Ngozi. **Sejam todos feministas**. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

AQUINO, São Tomás de. **Suma Teleológica**. v. IV. São Paulo: Loyola, 2005.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

ARISTÓTELES. **Metafísica – livros I e II**. Tradução direta do grego por Vincenzo Coceo e notas de Joaquim de Carvalho. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

AUSTEN, Jane. **Orgulho e Preconceito**. Tradução de Alexandre Barbosa de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

[Ir para o índice](#)

AUSTEN, Jane. **Emma**. Tradução de Rodrigo Breuning. Porto Alegre: L&PM, 2016.

AZEVEDO, Débora Bithiah de; RABAT, Márcio Nuno. **Palavra de Mulher**: oito décadas do direito de voto. 2. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012.

BEAUVOIR, Simone de. **A força da idade**. Tradução de Sérgio Milliet. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2010.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**: fatos e mitos. Tradução de Sérgio Milliet. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016a. v. 1.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**: a experiência vivida. Tradução de Sérgio Milliet. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016b. v. 2.

BEAUVOIR, Simone de. **Memórias de uma moça bem comportada**. Tradução de Sérgio Milliet. 5. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017 (Coleção Clássicos de Ouro).

BRASIL. Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932. Decreta o Código Eleitoral. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21076-24-fevereiro-1932-507583-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 28 ago. 2019.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Rio de Janeiro, RJ: Diário Oficial da União, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 28 ago. 2019.

BRASIL. **Carta das mulheres brasileiras aos constituintes de 1987**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legisla->



[cao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/constituintes/a-constituente-e-as-mulheres/Constituinte%201987-1988-Carta%20das%20Mulheres%20aos%20Constituintes.pdf](#). Acesso em: 24 jul. 2017.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 21 jul. 2019.

BUCKINGHAM, Will; BURNHAM, Douglas; HILL, Clive; KING, Peter J.; MARENBO, John; WEEKS, Marcus. **O livro da Filosofia**. Tradução de Douglas Kim. São Paulo: Globo, 2011.

COUTINHO, Júlia Maia de Menezes; LOPES, Karin Becker; ALBUQUERQUE, Newton de Menezes. Analfabetos e mulheres: os vulneráveis democráticos sob a égide evolutiva da CF/88 - Marginalizados históricos?. *In*: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.). CAÚLA, Bleine Queiroz et al. (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. v. 6. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 305-328. Disponível em: <http://www.dialogoaci.com/wp-content/uploads/2017/02/Dia%CC%81logo-ambiental-constitucional-e-internacional-Vol.-6.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2019.

DUBY, Georges. **Damas do século XII**: Heloísa, Isolda e outras damas no século XII, A lembrança das ancestrais, Eva e os padres. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

FLAUBERT, Gustave. **Madame Bovary**. Tradução de Ilana Heineberg. Porto Alegre: LP&M, 2016.

LEPORE, Jill. **A história secreta da Mulher-Maravilha**. Tradução de Érico Assis. Rio de Janeiro: BestSeller, 2017.

Ir para o índice

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo – parte I**. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

HOBBS, Thomas. **Leviathan**. London: Penguin Classics, 1985.

HEGEL, G. W. F. **Fenomenologia do Espírito**: parte I. Tradução de Paulo Menezes. 2. ed. São Paulo: Vozes, 1992.

HUME, David. **Tratado da Natureza Humana**. Tradução de Déborah Danowski. São Paulo: Unesp, 2000.

HUSSERL, E. **A Ideia da Fenomenologia**. Lisboa: Edições 70, 1986.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução de J. Rodrigues de Mereje. Disponível em: br.egroups.com/group/acropolis/. Acesso em: 20 abr. 2017.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**: ensaio sobre a origem, os limites os fins verdadeiros do governo civil. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1994.

MULHER MARAVILHA. Produção de Zack Snyder, Charles Roven, Deborah Snyder, Richard Suckle. Estados Unidos: 2017. 1 DVD (141 min.), son., color., Legendado, Port.

NIETZSCHE, Friedrich. **Assim falou Zaratustra**. Disponível em: <file:///C:/Users/J%C3%BAlia/Downloads/Friedrich-Wilhelm-Nietzsche-Assim-falou-Zaratustra-Versao-1.0.pdf>. Acesso em: 02 maio. 2017.

PATI, Camila. **Salário da Mulher-Maravilha é 2% do valor pago ao Super-Homem**. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/carreira/salario-da-mulher-maravilha-e-2-do-valor-pago-ao-super-homem/>. Acesso em: 24 jul. 2017.



PINKSY, Carla Bassanezi; PEDRO, Joana Maria. Mulheres. Igualdade e especificidade. *In*: PINSKY, Jaime; PINKSY, Carla Bassanezi (org.). **História da cidadania**. 6. ed. São Paulo: Contexto, 2015. p. 265-310.

PLATÃO. **Protágoras**. Tradução, introdução e notas de Ana da Piedade Elias Pinheiro. Lisboa: Relógio D'Água, 1999.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

[Ir para o índice](#)

Universidade Gallaudet: a educação superior para a pessoa surda

University Gallaudet:
college education
for deaf people

**TATIANA FAÇANHA BORGES
DAYANE NAYARA DA SILVA ALVES**

RESUMO

Neste artigo será realizada análise ao Direito Constitucional no que tange à educação superior, bem como críticas às portarias do Ministério da Educação, tendo como base a Constituição Federal, a Lei de LIBRAS e a lei nº 13.146 de 2015. Com isso, objetiva-se averiguar se as normas nacionais observam as particularidades da cultura surda, tendo como parâmetro a *Gallaudet University* e sua implementação de um ensino superior inclusivo às necessidades da pessoa surda, ou seja, realizando um comparativo da prática americana com a legalidade brasileira. Utilizou-se pesquisa bibliográfica e documental, tanto física quanto virtual, além de metodologia formal e factual, já que lida com conceitos e trata de fatos com mensuração. Concluiu-se que a *Gallaudet University* proporciona aos surdos um am-



biente acadêmico no qual possam se desenvolver tanto individual quanto culturalmente e deveria ser, portanto, uma influência à academia e às normas brasileiras.

Palavras-chave: Pessoa surda. Educação Superior. *Gallaudet University*.

ABSTRACT

In this article, an analysis will be made of Constitutional Law, in the tangent to higher education, in the same manner, carrying out criticisms of the Ministry of Education's decisions, based on the Federal Constitution and Laws No. 10,436 of 2002, known as the LIBRAS Law and the Law No. 13,146 of 2015, known as the Statute of Persons with Disabilities. As well as, objectively ascertain whether the national norms observe the particularities of deaf culture by using Gallaudet University as parameter, and its implementation of higher education inclusive of the needs of the deaf person, in other words, realizing a comparative between american practice and brazilian legality. Using bibliographical and documentary research, both physical and virtual, in addition to formal and factual methodology, since it deals with concepts and deals with facts with measurement. In conclusion, Gallaudet University provides the deaf with an academic environment in which both individuals and culture can develop, and should therefore be an influence on the Brazilian academy and norms.

Keywords: *Deaf Person. College Education. Gallaudet University.*

INTRODUÇÃO

A educação é o meio pelo qual qualquer pessoa vem a adquirir conhecimento, sendo de fundamental importância para o desenvolvimento dos indivíduos, auxiliando-os a progredir em sua existência e profissionalmente. A Constituição, por conseguinte, garante o direito social à educação a todos os cidadãos, sendo de caráter, senão indispensável, obri-

[Ir para o índice](#)

gatório. Vejamos o artigo 6º da Constituição Federal: “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”.

No panorama brasileiro, portanto, deve-se considerar que o português não é a única língua utilizada como sistema comunicacional no território nacional, pois, além das línguas indígenas, protegidas no artigo 231 da Constituição, a Lei nº 10.436 de 2002 reconhece a Língua Brasileira de Sinais, comumente conhecida como LIBRAS, como meio legal de comunicação e expressão, previsto no artigo 1º, que também expõe o conceito basilar desta.

A língua de sinais se apresenta como a forma de comunicação utilizada, preferencialmente, pelas pessoas que nascem com a capacidade auditiva reduzida ou que a adquirem antes de atingirem a fase de aquisição da língua. Isso ocorre pelo fato de a língua de sinais dispor de técnicas que priorizam os sentidos da visão e do tato ao deter cinco parâmetros: Configuração de mão, Pontos de Articulação, Movimento, Orientação e Expressão Corporal.

A pessoa surda no Brasil poderá se comunicar por meio da LIBRAS, da Língua Portuguesa, na qual um procedimento de oralização é necessário, ou do método bilíngue, no qual a LIBRAS é ensinada como Língua 01 (L1) e, após o domínio desta, o português lhe será ensinado como Língua 02 (L2).

Além da língua, para o desenvolvimento do ensino, deve-se considerar o ambiente que o propiciará e, no âmbito da Graduação, a primeira universidade a ofertar o curso de Libras, no Brasil, foi a Universidade Federal de Santa Catarina. Contudo, mesmo se for considerado o avanço na criação de cursos de Libras nas universidades brasileiras e a utilização de intérpretes que garantam o repasse do conhecimento dos professores aos alunos surdos, pode-se, a fim de se obter um viés comparativo,



observar a existência de outras universidades que se desenvolveram e estão em níveis mais adequados para a inclusão acadêmica do surdo, como a *Gallaudet University*.

Assim, pretende-se analisar no tema amplo o direito ao ensino correlacionado ao direito inclusivo da pessoa surda na graduação por meio do tema restrito da história e metodologia da *Gallaudet University*.

Dessa forma, no desenvolvimento desta pesquisa, buscar-se-á responder a questionamentos do tipo: Como é a metodologia do ensino brasileiro na graduação para os surdos? Como a *Gallaudet University* aborda o ensino para os surdos? A inclusão promovida na *Gallaudet University* viabiliza, de forma significativa, a inclusão da pessoa surda em um comparativo com as universidades brasileiras?

As hipóteses para os questionamentos, para tanto, seriam: para a primeira pergunta, a metodologia do ensino brasileiro busca ser inclusiva, principalmente a partir do reconhecimento da Língua Brasileira de Sinais, contudo, não há um estudo aprofundado sobre as identidades surdas, que não são somente uma. Portanto, a abordagem do ensino será mais promissora e prática de acordo com a sua percepção identitária.

Para a indagação seguinte, a hipótese é que a *Gallaudet University* utiliza metodologia voltada para a visão e língua de sinais, no caso a *American Sign Language (ASL)*. A terceira e última conjectura é a de que a *Gallaudet University* possibilita que a pessoa surda possa desenvolver a si e aos artefatos que a tornam parte de uma cultura única de maneira mais significativa que as universidades brasileiras, já que a LIBRAS e a cultura surda não são amplamente discutidas no universo da graduação.

Assim, o objetivo deste artigo é criticar as Resoluções instituídas pelo Ministério da Educação, em especial a Resolução nº 04 de 2009, em ob-

servância ao Estatuto da Pessoa com Deficiência, a Lei nº 13.146 de 2015 e a Lei de LIBRAS, a lei nº 10.436 de 2002, sobre a desobservância das particularidades da pessoa surda brasileira e da inclusão ou exclusão dessas pessoas à garantia do ensino, tendo como base a aplicação da *Gallaudet University* para o ensino.

A metodologia escolhida foi a bibliográfica que, de acordo com Severino¹ “[...] é aquela que se realiza a partir do registro disponível, decorrente de pesquisas anteriores, em documentos impressos, como livros, artigos, teses, etc.”. São, portanto, dados já trabalhados por outros pesquisadores.

1. O DIREITO À EDUCAÇÃO DA PESSOA SURDA BRASILEIRA

No Brasil, antes do período do Segundo Império (1840-1889), Honora e Frizanco² explicam que a pessoa surda ou a pessoa com deficiência auditiva não era incitada para o campo da educação, já que a surdez era considerada como uma deficiência grave, capaz de incapacitá-la para tal finalidade.

A chegada de H Ernest Huet ao país foi um fator decisivo para a mudança da percepção do surdo, posto que, ao obter resultados significativos no ensino de pessoas surdas, demonstrou suas capacidades de aprendizado, criando a primeira escola voltada para surdos do Brasil. Atualmente, é o Instituto Nacional de Educação de Surdos (INES) que, além de continuar a ensinar pessoas surdas, do ensino infantil ao médio, também:

1 SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 23. ed. rev. atual. São Paulo: Cortez, 2007. p. 122.

2 HONORA, Márcia; FRIZANCO, Mary L. E. **Livro Ilustrado de Língua Brasileira de Sinais**: Desvendando a comunicação usada pelas pessoas com surdez. São Paulo: Ciranda Cultural, 2009.



[...] tem como uma de suas atribuições regimentais subsidiar a formulação da política nacional de Educação de Surdos, em conformidade com a Portaria MEC nº 323, de 08 de abril de 2009, publicada no Diário Oficial da União de 09 de abril de 2009, e com o Decreto nº 7.690, de 02 de março de 2012, publicado no Diário Oficial da União de 06 de março de 2012. Único em âmbito federal, o INES ocupa importante centralidade, promovendo fóruns, publicações, seminários, pesquisas e assessorias em todo o território nacional. Possui uma vasta produção de material pedagógico, fonoaudiológico e de vídeos em língua de sinais, distribuídos para os sistemas de ensino. Além de oferecer, no seu Colégio de Aplicação, Educação Precoce e Ensinos Fundamental e Médio, o Instituto também forma profissionais surdos e ouvintes no Curso Bílingue de Pedagogia, experiência pioneira no Brasil e em toda América Latina³.

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, houve enfoque às garantias, aos direitos e aos princípios fundamentais das pessoas, tanto as cidadãs quanto as estrangeiras, principalmente, na igualdade e na inclusão. As inovações trazidas pela Carta Magna decorreram do foco aos Direitos Humanos que, segundo Novaes são: “[...] hierarquicamente superiores a todo o ordenamento jurídico, pois a aplicação das determinações legais exige que os mesmos sejam respeitados”⁴.

3 INSTITUTO NACIONAL DE EDUCAÇÃO DE SURDOS. **História do INES**. Rio de Janeiro, 2017. Acessível em: <http://www.ines.gov.br/conheca-o-ines>. Acesso em: 17 jul. 2017.

4 NOVAES, Edmarcius Carvalho. **Surdos: educação, direito e cidadania**. Rio de Janeiro: Walk, 2010. p. 23.

Já para o ensino, com a influência do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, Novelino⁵ argumenta que esse deverá observar os princípios estabelecidos no art. 206 da Constituição Federal, sendo importante ressaltar o princípio da igualdade de condições e, para a pessoa surda, o respeito ao acesso a todos os níveis de ensino é essencial. A Constituição Federal de 1988, entretanto, traz somente normas gerais a serem observadas e utilizadas como base.

Para a criação de determinações mais específicas sobre a educação, tanto a União quanto os outros entes federais, Estados, Municípios e Distrito Federal, poderão vir a legislar sobre a matéria, pois, segundo Branco e Mendes⁶:

A Constituição Federal prevê, além de competências privativas, um condomínio legislativo, de que resultarão normas gerais a serem editadas pela União e normas específicas, a serem editadas pelos Estados-membros. O art. 24 da Lei Maior enumera as matérias submetidas a essa competência concorrente, incluindo uma boa variedade de matérias, como o direito tributário e financeiro, previdenciário e urbanístico, conservação da natureza e proteção do meio ambiente, educação, proteção e integração social da pessoa portadora de deficiência, proteção à infância e à juventude, do patrimônio histórico, artístico, turístico e paisagístico, assistência jurídica, defensoria pública etc.

5 NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2012.

6 BRANCO, Paulo Gonet, MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**, 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 884.



Assim, observa-se que a Constituição Federal de 1988 indica os parâmetros e os requisitos iniciais a serem observados para a efetivação do ensino aos brasileiros, incluindo a comunidade surda, mas para o ensino superior, em especial a graduação, será necessário um aprofundamento a ser realizado no próximo tópico nas normas infraconstitucionais.

1.1 As Normas Infraconstitucionais e as Portarias do Ministério da Educação para a Pessoa Surda

As normas infraconstitucionais estão, hierarquicamente, sob as normas constitucionais, devendo observar os preceitos entabulados e, desta feita, não poderão contradizê-las.

Para a observância das normas infraconstitucionais trabalhadas no presente artigo, em especial as leis: nº 9.394 de 1996, que trata das Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB); a de nº 10.436 de 2002, que versa sobre a implementação da Língua Brasileira de Sinais (Lei de LIBRAS) e a de nº 13.146 de 2015, abordando as pessoas com deficiência (Estatuto PcD) é relevante considerar os princípios da isonomia e legalidade.

No princípio da isonomia, ramificação do princípio da igualdade, de acordo com Lenza: “[...] a igualdade material, na medida em que a lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades”⁷. Ou seja, para uma efetiva igualdade entre as pessoas, devem-se considerar os aspectos que as tornam distintas e trabalhar sua distinção para que possam competir em igualdade com os demais.

7 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2005, p. 455.

Já sobre o princípio da legalidade, Lenza⁸ explica que deverá conter duas formas de interpretação, nas quais: a primeira indica que as pessoas poderão praticar os atos que não são proibidos, enquanto na segunda, somente é referente à administração pública e esta só poderá atuar em conformidade com o legal.

Desta feita, a Lei de Diretrizes e Bases, a Lei de LIBRAS e o Estatuto da Pessoa com Deficiência deverão se refletir sobre a pessoa surda de tal forma que, em caso de lacuna do texto legal, esta deverá ser preenchida. Ocorre que há casos em que a norma não é omissa e sim contraditória e, nesses casos, o artigo ou a lei contraditória não deveria ser recepcionada.

Nesse caso, como o artigo 13 da Constituição Federal determina expressamente que a língua oficial brasileira é o português, foi necessária a promulgação da Lei nº 10.436 de 2002, a Lei de LIBRAS, para reconhecer a Língua Brasileira de Sinais como meio de comunicação oficial no país. Assim, a lei traz a definição do que seria a LIBRAS, bem como a obrigatoriedade de sua difusão pelo Poder Público. No artigo 4º da lei mencionada anteriormente, há a previsão referente ao ensino da Língua de Sinais. Vejamos:

O sistema educacional federal e os sistemas educacionais estaduais, municipais e do Distrito Federal devem garantir a inclusão nos cursos de formação de Educação Especial, de Fonoaudiologia e de Magistério, em seus níveis médio e superior, do ensino da Língua Brasileira de Sinais - Libras, como parte integrante dos Parâmetros Curriculares Nacionais- PCNs, conforme legislação vigente.

8 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2005, p. 455.



O reconhecimento da língua de sinais no Brasil foi de fundamental importância para a comunidade surda, tanto pelo aspecto do reconhecimento de sua cultura e de seus membros como participantes efetivos do *status* de cidadãos brasileiros, como para renovar o interesse e integração de seus membros no ensino. Visualizemos:

Hoje, 44 países reconhecem oficialmente as Línguas de Sinais e os direitos lingüísticos dos surdos. No Brasil e nesses países, as novas gerações pertencentes às comunidades surdas não dizem mais “Eu surdo” - Ser passivo- que não pensa nem escolhe. Sabem que é seu direito usar a Língua de Sinais e acreditam em suas possibilidades. É uma geração mais forte que sempre pressiona pelo intérprete, pela acessibilidade da Língua de Sinais. Muitos surdos adultos voltam à escola quando percebem que ela se tornou significativa para eles. Procuram o EJA, o Letras Libras, o Centro Federal de Educação Tecnológica de Santa Catarina CEFET/SC, as universidades. Muitos manifestam que perderam seu tempo e agora querem recuperá-lo⁹.

Observa-se que, ao oficializar aspectos relevantes para uma cultura, isso a fortalecerá, tornando os seus integrantes mais confiantes e conhecedores de seus direitos e efetivamente participantes de sua cidadania. Assim, é necessário que os textos legais venham a expressar tais tópicos ou que, ao menos, não acabem por não os considerar.

E a contradição pode ser observada no parágrafo único do artigo 4º da Lei de LIBRAS que vem, infelizmente, retroagir com os direitos da pessoa surda, pois estabelece que, na modalidade escrita, a Língua Brasileira

9 STUMPF, Marianne Rossi. Mudanças Estruturais para uma inclusão ética. In: QUADROS, Ronice Müller de (org.). **Estudos Surdos III**. Petrópolis: Arara Azul, 2008, p. 16.

de Sinais não poderá substituir o português, desconsiderando as particularidades da língua de sinais e sua estrutura diversa da língua oral.

O ensino bilíngue para a pessoa surda aparece, primeiramente, no art. 22 do Decreto nº 5.626, aparecendo novamente no artigo 28, IV do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Estatuto PcD). O diferencial se encontra na especificação de que, no ensino mencionado, a LIBRAS será ensinada como primeira língua comunicacional, enquanto o português o será como segunda, e a primeira para a escrita.

Já a Lei nº 9.394/96 (Diretrizes e Bases da Educação Nacional), prescreve em seu artigo 16 que o ente Federal é responsável pelas redes de ensino superior privado e pelos órgãos federais de ensino, assim, somente as instituições dos Estados e Distrito Federal não estão passíveis de sua compreensão e regulamentação.

O Ensino Superior, doravante o Capítulo IV da lei supramencionada, estabelece no artigo 44 que será composta por cursos sequenciais, de graduação, de pós-graduação e de extensão, indicando as regras desde a seleção dos alunos na graduação, até os critérios para a validação das instituições de ensino.

Um dos pontos relevantes no reconhecimento da cultura surda no ensino superior da graduação para os estudantes desta se evidencia na possibilidade de desenvolver, academicamente, temas correlatos à surdez e aos artefatos culturais de sua comunidade, como a Libras. Quadros¹⁰

10 QUADROS, Ronice Müller de. Contextualização dos estudos linguísticos sobre a Libras no Brasil. *In*: QUADROS, Ronice Müller de; LEITE, Tarcísio de Arantes; STUMPF, Marianne (org.). **Estudos da Língua Brasileira de Sinais I**. Florianópolis: Insular, 2013. p. 18. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/178905/Ronice_Muller_de_Quadros%2C_Marianne_Rossi_Stumpf%2C_Tarcisio_de_Arantes_Leite_Estudos_da_Lingua_Brasileira_de_Sinais_I.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 31 ago. 2019.



expõe que a Universidade de Santa Catarina (UFSC) foi a primeira universidade do país a criar o curso de Letras Libras em 2006 na modalidade de licenciatura e de bacharelado em 2008, e evidencia a produção acadêmica sobre temas envolvendo a surdez. Souza¹¹ também elucida aspectos significativos sobre a criação do curso, que desde a sua concepção foi realizado em trabalho conjunto com a universidade e com a Federação Nacional de Educação e Integração dos Surdos (FENEIS), visando a educação acadêmica dos surdos abordar aspectos sociais e a percepção visual destes.

Já o inciso XI do Decreto aborda a concessão de intérpretes de Libras bem como a formação de professores, entretanto, não é expressa a necessidade dos educadores na Língua Brasileira de Sinais. No inciso seguinte destaca-se a proposta de ensino da língua de sinais a todos os alunos.

Ainda sobre os intérpretes, o parágrafo 2º delimita o nível escolar desses profissionais, pois ao trabalharem no ensino básico devem ter, no mínimo, o ensino médio e certificado de proficiência na língua, enquanto para o ensino superior o tradutor deverá ter nível superior, preferencialmente, na Interpretação e Tradução de LIBRAS. Ocorre que nem todos os estados ofertam o ensino de Letras Libras, que dirá Interpretação, como Quadros expõe a seguir:

Novos centros de pesquisas começam a surgir no país.
Temos as universidades que passaram a oferecer o Curso

11 SOUZA, Saulo Xavier de. Percepções da norma surda de tradução no Brasil: o caso do curso de Letras-Libras da UFSC. *In*: QUADROS, Ronice Müller de; LEITE, Tarcísio de Arantes; STUMPF, Marianne (org.). **Estudos da Língua Brasileira de Sinais I**. Florianópolis: Insular, 2013. p. 153-182. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/178905/Ronice_Muller_de_Quadros%2C_Marianne_Rossi_Stumpf%2C_Tarcisio_de_Arantes_Leite_Estudos_da_Lingua_Brasileira_de_Sinais_I.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 31 ago. 2019.

de Letras Libras e os polos do Curso de Letras Libras na modalidade a distância espalhados por todo o país – curso oferecido pela Universidade Federal de Santa Catarina em parceria com outras universidades ou instituições de ensino superior públicas do país: Universidade Federal do Amazonas, Universidade de Brasília, Universidade Estadual do Pará, Universidade do Ceará, Universidade Federal do Pernambuco, Universidade Federal da Bahia, Universidade Federal do Espírito Santo, Instituto Nacional de Educação de Surdos, Cefet de Minas Gerais, Instituto Federal do Rio Grande do Norte, Instituto Federal de Goiás, Universidade Federal de Grande Dourados, Universidade Federal do Paraná, Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Universidade Federal de Santa Maria¹².

Com isso, poderá ocorrer um embaraço para o ingresso ou permanência da pessoa surda no ensino superior, tendo em vista que, provavelmente, o professor não saberá LIBRAS e, mesmo que o saiba, não conseguirá falar para os demais alunos e sinalizar ao mesmo tempo, exceto no caso de todos os universitários na sala serem surdos sinalizantes, o que é de extrema improbabilidade de ocorrer no panorama nacional.

Outra questão a ser levantada, com a previsão do artigo 30, incisos III e V, seria a metodologia avaliativa para a pessoa surda, pois há a necessidade de sua adaptação para a língua de sinais como prioritária e, no caso de sua inviabilidade, há a necessidade da presença do intérprete, que

12 QUADROS, Ronice Müller de. Contextualização dos estudos linguísticos sobre a Libras no Brasil. In: QUADROS, Ronice Müller de; LEITE, Tarcísio de Arantes; STUMPF, Marianne (org.). **Estudos da Língua Brasileira de Sinais I**. Florianópolis: Insular, 2013. p. 24. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/178905/Ronice_Muller_de_Quadros%2C_Marianne_Rossi_Stumpf%2C_Tarcisio_de_Arantes_Leite._Estudos_da_Lingua_Brasileira_de_Sinais_I.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 31 ago. 2019.



seria necessário mesmo com a prova adaptada, pois no caso de dúvida seria esse o canal com o professor que desconhece a Libras, além de ser considerado o tempo da duração da prova, em decorrência do tempo da pergunta e da resposta sinalizadas.

O Ministério da Educação¹³ é o órgão do governo federal que trabalha com a política nacional de educação desde o ensino básico, fundamental, médio e superior, promovendo o fomento ao ensino e à pesquisa, bem como prestando auxílio às famílias carentes para a educação de crianças, jovens e adultos. Ao ser realizada pesquisa no sítio eletrônico do MEC¹⁴ sobre as portarias relativas à educação especial, foram encontradas a resolução do Conselho Nacional de Educação e da Câmara de Educação Básica nº 2¹⁵, de 2001, e nº 4, de 2009¹⁶; todavia, ambas somente versam sobre a educação básica.

Ao criarem normas infraconstitucionais e infralegais, deve-se considerar, além do respeito ao acesso à educação, se o local de ensino possui o método adequado, pois, para as pessoas surdas que se utilizam da língua de sinais, o ensino bilíngue se mostra como o mais adequado, e Novaes também explica que:

13 BRASIL. Ministério da Educação. **Ministério da Educação (MEC)**. 2017. Disponível em: http://www.servicos.gov.br/orgao/http-estruturaorganizacional-dados-gov-br-id-unidade-organizacional-244?pk_campaign=busca. Acesso em: 14 mai. 2017.

14 BRASIL. Ministério da Educação. **Parecer e resolução normativos sobre educação especial**. 2017. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/conselho-nacional-de-educacao/323-secretarias-112877938/orgaos-vinculados-82187207/12888-parecer-e-resolucao-normativos-sobre-educacao-especial>. Acesso em: 20 jul. 2017.

15 BRASIL. Ministério da Educação. **Resolução CNE/CEB nº 2, de 11 de setembro de 2001**. 2001. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/CEB0201.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2017.

16 BRASIL. Ministério da Educação. **Resolução CNE/CEB nº 4, de 02 de outubro de 2009**. 2009. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/rceb004_09.pdf. Acesso em: 20 jul. 2017.

Neste sentido, ressalta-se que a educação é que deve ser bilíngue e não a política pedagógica formadora do espaço educacional. Em outras palavras, é a educação dos surdos que deve ser realizada em um contexto educacional em que se envolvam as duas línguas, e não o espaço educacional (sala de aula) que deve ser bilíngue meramente por agrupar pessoas surdas e ouvintes, até porque estes serão usuários nativos, no primeiro caso, de uma língua espaço-visual, e no último, de uma língua de natureza oral-auditiva¹⁷.

Verifica-se, de tal forma, que a educação voltada ao bilinguismo deverá ser valorada, já que para instigar o conhecimento da pessoa surda, esta contará com uma didática que incentive e auxilie o seu aprendizado, tanto da língua de sinais como do português, e sem o espaço educacional bilíngue não se atingiria tal objetivo.

2. A METODOLOGIA DA *GALLAUDET UNIVERSITY*

A importância do ensino francês para a educação de Surdos é relatada por Stumpf¹⁸ ao indicar que lá se originou a primeira escola para surdos, o *Institut National de Jeunes Sourds de Paris* - INJS¹⁹. Com a criação do Instituto, diversos estudiosos aprenderam o ensinamento voltado para as pessoas surdas e fundaram outras escolas como a *Gallaudet University*, que é exclusiva para surdos.

17 NOVAES, Edmarcius Carvalho. **Surdos**: educação, direito e cidadania. Rio de Janeiro: Walk, 2010. p. 72-73.

18 STUMPF, Marianne Rossi. Práticas de bilingüismo–relato de experiência. **ETD-Educação Temática Digital**. v. 7, n. 2. p. 282-291, 2006.

19 Instituto Nacional para Jovens Surdos.



A *Gallaudet University*²⁰ iniciou-se em 1856 com a doação de terrenos para a criação de uma escola para surdos e cegos na região e, com o auxílio de Edward Miner Gallaudet, foi fundada a primeira escola americana para surdos. Embora principalmente voltada para estudantes surdos ou com redução auditiva, há alunos ouvintes que também podem optar entre os 40 cursos de bacharelado em artes e ciências.

A importância da *Gallaudet University* se encontra na inserção cultural da comunidade surda, pois como bem disponibilizado por eles, é vista como:²¹ “[...] a primary resource for all things related to deaf people, including educational and career opportunities; open communication and visual learning; deaf history and culture; American Sign Language; and the impact of technology on the deaf community”²².

Bauman e Murray²³ expõem a importância da *Gallaudet University* por promover a busca do *Deaf-gain*²⁴, que encontra conquistas no fator surdo desde o desenvolvimento da visão espacial e da cognição, dentre

20 GALLAUDET UNIVERSITY. **History of Gallaudet University**. 2017. Disponível em: <https://www.gallaudet.edu/about/history-and-traditions>. Acesso em: 19 jul. 2017.

21 GALLAUDET UNIVERSITY. **History of Gallaudet University**. 2017. Disponível em: <https://www.gallaudet.edu/about/history-and-traditions>. Acesso em: 19 jul. 2017.

22 “[...] uma fonte primária para todas as coisas relacionadas com pessoas surdas, incluindo oportunidades educacionais e profissionais, comunicação aberta e aprendizagem visual; história e cultura surda; Língua de Sinais Americana; e o impacto da tecnologia na comunidade surda.”

23 BAUMAN, H-dirksen L.; MURRAY, Joseph J.. Estudos surdos no século 21: “Deaf-gain” e o futuro da diversidade humana. In: ANDREIS-WITKOSKI, Sílvia; FILIETAZ, Marta Rejane Proença (org.). **Educação de surdos em debate**. Curitiba: Ufpr, 2014. p. 67-92. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Janice_Temoteo/publication/277309775_A_importancia_do_novo_Deit-Libras_para_a_educacao_bilingue_da_crianca_surda_2014_p103-128/links/5566fdf808aec22682ffe9de.pdf#page=67. Acesso em: 19 jul. 2017.

24 Ganhos surdos.

outros fatores. Outro ponto abordado é a realização de oficinas e a promoção de espaços culturais com estéticas voltadas para a cultura surda, os quais incentivaram o desenvolvimento de pesquisas sobre ambientes, desde a influência da luz no local à acessibilidade da visibilidade.

A metodologia da universidade é diferenciada justamente por ser totalmente dedicada à cultura surda, instigando a inserção e assunção de seus alunos em papéis representativos na comunidade em que vivem enquanto respeitam e aceitam as características que moldam essa cultura única.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei nº 10.436 de 2002 e a Lei nº 13.146 de 2015 vieram a acrescentar na vida e vivência do aprendizado da pessoa surda, incentivando-a para que tenha acesso ao ensino superior na graduação e possa, efetivamente, desenvolver-se e estudar em um ambiente no qual se sinta realmente integrada para o saber, devendo este ser acessível.

Para que a pessoa surda possa, realmente, crescer no âmbito acadêmico, a sua cultura, que é diferente da pessoa ouvinte, deverá ser observada em aspectos como: ao ter uma língua voltada para a configuração espaço-visual, o ambiente deverá ser adaptado a essa necessidade, bem como os professores terão de elaborar atividades adaptadas, além disso, para o desenvolvimento da comunicação na relação educando e educador, é necessário que este aprenda a Língua de Sinais Brasileira e não que alocue tal função ao intérprete.



Embora o intérprete da língua de sinais seja de fundamental importância para a interação entre a pessoa surda e a pessoa ouvinte que desconhece a Língua Brasileira de Sinais, conforme bem apresentado por Perlin²⁵: “O ILS atua na intermediação cultural, atua na fronteira cultural das culturas ouvintes e surdas. Temos de reconhecer a identidade do ILS não como um processo de manipulação, mas como uma identidade política [...]”. Um intermediador entre educador e educando não é o ideal para que se desenvolva um viés comunicacional.

A inserção do intérprete da Língua Brasileira de Sinais deveria ser imprescindível somente nos casos em que há turmas nas quais uma parte dos alunos é surda e a outra parte é ouvinte, considerando que o professor não poderá falar e sinalizar ao mesmo tempo, sendo necessária a presença de um intérprete para facilitar o aprendizado.

Verifica-se, além disso, que não há resoluções recentes e, desta feita, não há qualquer normativo do nível mencionado em consonância com o Estatuto da Pessoa com Deficiência ou que venham a implementar o ensino superior da graduação dos estudantes brasileiros de forma mais condizente com o padrão atual.

A *Gallaudet University* se apresenta como um parâmetro para a implementação de um ensino superior inclusivo às necessidades da pessoa surda ao deter, no seu cerne, o ideal de proporcionar aos surdos um ambiente acadêmico no qual possam se desenvolver tanto os indivíduos como a cultura, podendo, portanto, ser uma influência considerável à academia brasileira.

25 PERLIN, Gladis. A cultura surda e os intérpretes de língua de sinais (ILS). **EDT - Educação Temática Digital**. Campinas: v. 7, n. 2, p. 136-147, jun. 2006. p. 145.

Assim, apura-se que, mesmo com alterações significativas no alicerce legal para o ensino superior na graduação, há pouca produção que observa as necessidades inclusivas da pessoa surda, vindo, assim, a trazer direitos que não serão, total ou parcialmente, concretizados em decorrência da inexistência dessas determinações, bem como certas inobservâncias da cultura surda que podem vir a prejudicar o ensino dessas pessoas.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, H-dirksen L.; MURRAY, Joseph J. Estudos surdos no século 21: “Deaf-gain” e o futuro da diversidade humana. In: ANDREIS-WITKOSKI, Silvia; FILIETAZ, Marta Rejane Proença (org.). **Educação de surdos em debate**. Curitiba: Ufpr, 2014. p. 67-92. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Janice_Temoteo/publication/277309775_A_importancia_do_novo_Deit-Libras_para_a_educacao_bilingue_da_crianca_surda_2014_p103-128/links/5566fdf808aec22682ffe9de.pdf#page=67. Acesso em: 19 jul. 2017.

BRASIL. [Constituição(1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 21 jul. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 5.626, de 22 de dezembro de 2005**. Regulamenta a Lei nº 10.436, de 24 de abril de 2002, que dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais - Libras, e o art. 18 da Lei no 10.098, de 19 de dezembro de 2000. Brasília: Luiz Inácio Lula da Silva, 2005. Disponível em: <http://>



www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2004-2006/2005/Decreto/D5626.htm. Acesso em: 02 set. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 7.611, de 17 de novembro de 2011.** Dispõe sobre a educação especial, o atendimento educacional especializado e dá outras providências. Brasília: Dilma Roussef, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2011-2014/2011/Decreto/D7611.htm. Acesso em: 02 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996.** Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Brasília: Fernando Henrique Cardoso, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9394.htm. Acesso em: 02 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.436, de 24 de abril de 2002.** Dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais - Libras e dá outras providências. Brasília: Fernando Henrique Cardoso, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10436.htm. Acesso em: 02 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.146 de 06 de julho de 2015.** Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília: Dilma Roussef, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 02 set. 2019.

BRASIL. Ministério da Educação. **Ministério da Educação (MEC).** 2017. Disponível em: http://www.servicos.gov.br/orgao/http-estruturaorganizacional-dados-gov-br-id-unidade-organizacional-244?pk_campaign=busca. Acesso em: 02 set. 2019.

BRASIL. Ministério da Educação. **Parecer e resolução normativos sobre educação especial**. 2017. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/conselho-nacional-de-educacao/323-secretarias-112877938/orgaos-vinculados-82187207/12888-parecer-e-resolucao-normativos-sobre-educacao-especial>. Acesso em: 02 set. 2019.

BRASIL. Ministério da Educação. **Resolução CNE/CEB nº 2, de 11 de setembro de 2001**. 2001. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/CEB0201.pdf>. Acesso em: 02 set. 2019.

BRASIL. Ministério da Educação. **Resolução CNE/CEB nº 4, de 02 de outubro de 2009**. 2009. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/rceb004_09.pdf. Acesso em: 02 set. 2019.

BRANCO, Paulo Gonet, MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

GALLAUDET UNIVERSITY. **History of Gallaudet University**. 2017. Disponível em: <https://www.gallaudet.edu/about/history-and-traditions>. Acesso em: 02 set. 2019.

HONORA, Márcia; FRIZANCO, Mary L. E. **Livro Ilustrado de Língua Brasileira de Sinais: Desvendando a comunicação usada pelas pessoas com surdez**. São Paulo: Ciranda Cultural, 2009.

INSTITUTO NACIONAL DE EDUCAÇÃO DE SURDOS. **História do INES**. Rio de Janeiro, 2017. Acessível em: <http://www.ines.gov.br/conheca-o-ines>. Acesso em: 02 set. 2019.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2005.



NOVAES, Edmarcius Carvalho. **Surdos**: educação, direito e cidadania. Rio de Janeiro: Walk Ed., 2010.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2012.

PERLIN, Gladis. A cultura surda e os intérpretes de língua de sinais (ILS). **ETD – Educação Temática Digital**. Número Temático: Educação de Surdos e Língua de Sinais. v. 7, n. 2, p. 136-147, dez/2006. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/etd/article/view/798/813>. Acesso em: 31 ago. 2019.

QUADROS, Ronice Müller de. Contextualização dos estudos linguísticos sobre a Libras no Brasil. *In*: QUADROS, Ronice Müller de; LEITE, Tarcísio de Arantes; STUMPF, Marianne (org.). **Estudos da Língua Brasileira de Sinais I**. Florianópolis: Insular, 2013. p. 15-36. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/178905/Ronice_Muller_de_Quadros%2C_Marianne_Rossi_Stumpf%2C_Tarcisio_de_Arantes_Leite._Estudos_da_Lingua_Brasileira_de_Sinais_I.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 31 ago. 2019.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 23. ed. rev. atual. São Paulo: Cortez, 2007.

SOUZA, Saulo Xavier de. Percepções da norma surda de tradução no Brasil: o caso do curso de Letras-Libras da UFSC. *In*: QUADROS, Ronice Müller de; LEITE, Tarcísio de Arantes; STUMPF, Marianne (org.). **Estudos da Língua Brasileira de Sinais I**. Florianópolis: Insular, 2013. p. 153-182. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/178905/Ronice_Muller_de_Quadros%2C_Marianne_Rossi

[Stumpf%2C Tarcisio de Arantes Leite. Estudos da Língua Brasileira de Sinais I.pdf?sequence=1&isAllowed=y](#). Acesso em: 31 ago. 2019.

STUMPF, Marianne Rossi. Práticas de bilingüismo—relato de experiência. **ETD – Educação Temática Digital**. Número Temático: Educação de Surdos e Língua de Sinais. v. 7, n. 2, p. 282-291, dez/2006. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/etd/article/view/798/813>. Acesso em: 31 ago. 2019.

STUMPF, Marianne Rossi. Mudanças Estruturais para uma inclusão ética. *In*: QUADROS, Ronice Müller de (org.). **Estudos Surdos III**. Petrópolis: Arara Azul, 2008, p. 14-29. Disponível em: http://projeto redes.org/wp/wp-content/uploads/Quadros_Ronice_Estudos-surdos-III.pdf. Acesso em: 31 ago. 2019.

