

CRISTINA REZENDE ELIEZER
ANA CRISTINA BRANDÃO SANTIAGO NASCIMENTO
CÁSSIUS GUIMARÃES CHAI
ANDRÉ EPIFANIO MARTINS
● ORGANIZADORES ●

ESTUDOS CONTEMPORÂNEOS DE DIREITO CONSTITUCIONAL

COLEÇÃO
PENSAMENTO JURÍDICO - VOLUME 5

● AUTORES ●

Alessandro Samartin de Gouveia - Alexandre de Castro Coura - Américo Bedê Freire Júnior
Ana Cristina Brandão Santiago Nascimento - Antonio Donizetti de Resende
Bruno Brandão Santiago Nascimento - Carla Noura Teixeira - Carlos Augusto Tolomelli Malaquias
Carlos Eduardo Barbosa Paz - Carlos Roberto de Oliveira Chagas - Carolina Almeida de Paula Freitas
Cássius Guimarães Chai - Cátia Aparecida de Oliveira Campos - César Augusto Godinho da Silva e Assis
Dandy Jesus Leite Borges - Dárcio Lopardi Mendes Júnior - Débora Moreira Maia Ricaldoni
Denisson Gonçalves Chaves - Diego Miana Siefar - Diogo de Almeida Viana dos Santos - Diogo Ferreira Paraloni
Elisa Bebbler Chamon - Ellen Patrícia Braga Pantoja - Evellyn Dias de Souza Lima - Fábio Vieira da Silveira
Felipe Nascimento Fontes - Fernanda Arruda Leda Leite - Fernanda Carolina Gomes Pataro de Queiroz Cunha
Gabriel Vigneron Mello Chaia - Guilherme Saldanha Santana - Hirrlany Carvalho Brito de Souza
Humberto Brandão - José Cláudio Pavão Santana - José Maria B. S. P. Terra - Juan Tállyson Lima Moraes
Lara Souza Pereira - Leonardo Granthom - Livia Rodrigues Ventura - Luísa Comelli Figueira Gueiros
Marcelo Bezerra Ribeiro - Mariana Amaral Mateus - Mateus Dias - Misma Martins - Paulo Cesar de Lara
Pedro Paulo Oliveira Penha - Rômulo Brasil de Avelar Campos - Sara Rutte Anacleto Lima

CRISTINA REZENDE ELIEZER
ANA CRISTINA BRANDÃO SANTIAGO NASCIMENTO
CÁSSIUS GUIMARÃES CHAI
ANDRÉ EPIFÂNIO MARTINS
(ORGANIZADORES)

ESTUDOS CONTEMPORÂNEOS DE DIREITO CONSTITUCIONAL

Pensamento Jurídico

Volume 5

Editora Metrics
Santo Ângelo – Brasil
2024



Esta obra está licenciada com uma Licença Creative Commons
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0>

Capa: Editora Metrics

Revisão: Os autores

CATALOGAÇÃO NA FONTE

E82 Estudos contemporâneos de direito constitucional [recurso eletrônico] / organizadores: Cristina Rezende Eliezer ... [et al.]. - Santo Ângelo : Metrics, 2024.
454 p. - (Coleção Pensamento Jurídico; 5)

ISBN 978-65-5397-232-2

DOI 10.46550/978-65-5397-232-2

1. Direito constitucional - Brasil. I. Eliezer, Cristina Rezende (org.).

CDU: 347(81)

Responsável pela catalogação: Fernanda Ribeiro Paz - CRB 10/ 1720



Crossref



Rua Antunes Ribas, 2045, Centro, Santo Ângelo, CEP 98801-630

E-mail: editora.metrics@gmail.com

<https://editorametrics.com.br>

Conselho Editorial

Dra. Berenice Beatriz Rossner Wbatuba	URI, Santo Ângelo, RS, Brasil
Dr. Charley Teixeira Chaves	PUC Minas, Belo Horizonte, MG, Brasil
Dr. Douglas Verbicaro Soares	UFRR, Boa Vista, RR, Brasil
Dr. Eder John Scheid	UZH, Zurique, Suíça
Dr. Fernando de Oliveira Leão	IFBA, Santo Antônio de Jesus, BA, Brasil
Dr. Glaucio Bezerra Brandão	UFRN, Natal, RN, Brasil
Dr. Gonzalo Salerno	UNCA, Catamarca, Argentina
Dra. Helena Maria Ferreira	UFLA, Lavras, MG, Brasil
Dr. Henrique A. Rodrigues de Paula Lana	UNA, Belo Horizonte, MG, Brasil
Dr. Jenerton Arlan Schütz	UNIJUÍ, Ijuí, RS, Brasil
Dr. Jorge Luis Ordellin Font	CIESS, Cidade do México, México
Dr. Luiz Augusto Passos	UFMT, Cuiabá, MT, Brasil
Dr. Manuel Becerra Ramirez	UNAM, Cidade do México, México
Dr. Marcio Doro	USJT, São Paulo, SP, Brasil
Dr. Marcio Flávio Ruaro	IFPR, Palmas, PR, Brasil
Dr. Marco Antônio Franco do Amaral	IFTM, Ituiutaba, MG, Brasil
Dra. Marta Carolina Gimenez Pereira	UFBA, Salvador, BA, Brasil
Dra. Mércia Cardoso de Souza	ESEMEC, Fortaleza, CE, Brasil
Dr. Milton César Gerhardt	URI, Santo Ângelo, RS, Brasil
Dr. Muriel Figueredo Franco	UZH, Zurique, Suíça
Dr. Ramon de Freitas Santos	IFTO, Araguaína, TO, Brasil
Dr. Rafael J. Pérez Miranda	UAM, Cidade do México, México
Dr. Regilson Maciel Borges	UFLA, Lavras, MG, Brasil
Dr. Ricardo Luis dos Santos	IFRS, Vacaria, RS, Brasil
Dr. Rivetla Edipo Araujo Cruz	UFPA, Belém, PA, Brasil
Dra. Rosângela Angelin	URI, Santo Ângelo, RS, Brasil
Dra. Salete Oro Boff	ATTITUS Educação, Passo Fundo, RS, Brasil
Dra. Vanessa Rocha Ferreira	CESUPA, Belém, PA, Brasil
Dr. Vantoir Roberto Brancher	IFFAR, Santa Maria, RS, Brasil
Dra. Waldimeiry Corrêa da Silva	ULOYOLA, Sevilha, Espanha

Este livro foi avaliado e aprovado por pareceristas *ad hoc*.

SUMÁRIO

PREFÁCIO.....	13
<i>Carlos Eduardo Barbosa Paz</i>	
APRESENTAÇÃO	17
<i>Américo Bedê Freire Júnior</i>	
Capítulo 1 - O PROCESSO CONSTITUCIONAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO.....	19
<i>Antonio Donizetti de Resende</i>	
Capítulo 2 - GLOBALIZAÇÃO, JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E RESPOSTAS CONSTITUCIONAIS AOS DESAFIOS IMPOSTOS	45
<i>Luisa Comelli Figueira Gueiros</i> <i>Américo Bedê Freire Júnior</i>	
Capítulo 3 - A RELAÇÃO ENTRE PROCESSO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA.....	55
<i>Paulo Cesar de Lara</i>	
Capítulo 4 - (RE) CONSTRUÇÃO DE IDENTIDADE DO SUJEITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: PROCESSO DE FORMAÇÃO DISCURSIVA.....	69
<i>José Maria B. S. P. Terra</i> <i>Misma Martins</i> <i>Cássius Guimarães Chai</i>	
Capítulo 5 - DESENVOLVIMENTO HUMANO, CRESCIMENTO ECONÔMICO E LIBERDADE NAS ELEIÇÕES MUNICIPAIS DE 2020 NO AMAZONAS	85
<i>Alessandro Samartin de Gouveia</i>	

Capítulo 6 - DESINFORMAÇÃO NO AMBIENTE VIRTUAL E A REAÇÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL À MOROSIDADE DA TRAMITAÇÃO DO PL 2.630/20 NO CONGRESSO NACIONAL.. 111

César Augusto Godinho da Silva e Assis

Alexandre de Castro Coura

Capítulo 7 - A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA COMO INSTRUMENTO PARA MAXIMIZAR A APLICAÇÃO DOS DIREITOS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS 121

Livia Rodrigues Ventura

Capítulo 8 - AS EXIGÊNCIAS ILEGÍTIMAS PARA A CONCESSÃO DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA E O IMPEDIMENTO OU RETARDO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL..... 133

Carolina Almeida de Paula Freitas

Dárcio Lopardi Mendes Júnior

Capítulo 9 - UM PANORAMA SOBRE A EDUCAÇÃO NO BRASIL E SUA IMPORTÂNCIA PARA A CONSTRUÇÃO DA DEMOCRACIA 147

Fernanda Carolina Gomes Pataro de Queiroz Cunha

Capítulo 10 - DO FEDERALISMO CENTRÍPETO AO FEDERALISMO DE EQUILÍBRIO? 159

Mateus Dias

Capítulo 11 - RECONSTRUINDO IDENTIDADES: A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA PELO STF... 171

Elisa Bebber Chamon

Gabriel Vigneron Mello Chaia

Alexandre de Castro Coura

Cássius Guimarães Chai

Capítulo 12 - A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A NORMATIZAÇÃO DOS PROCESSOS MIGRATÓRIOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO 189

Carlos Augusto Tolomelli Malaquias

Ana Cristina Brandão Santiago Nascimento

Capítulo 13 - A INTERSEÇÃO ENTRE O DIREITO CONSTITUCIONAL E O DIREITO AMBIENTAL: UMA ANÁLISE JURÍDICA.....	201
--	-----

Fábio Vieira da Silveira

Capítulo 14 - O DIREITO CONSTITUCIONAL AO DESENVOLVIMENTO E SUA PERSPECTIVA DE APLICABILIDADE NO CONTEXTO SOCIAL.....	211
---	-----

Leonardo Granthom

Capítulo 15 - A AUTORIA DOS CRIMES INFORMÁTICOS E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	221
---	-----

Humberto Brandão

Capítulo 16 - POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE DUPLA RESIDÊNCIA NA GUARDA COMPARTILHADA	233
--	-----

Sara Rutte Anacleta Lima

Capítulo 17 - OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS, LACUNAS LEGISLATIVAS E DIREITO DAS FAMÍLIAS: INSTRUMENTOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	247
---	-----

Carlos Roberto de Oliveira Chagas

Débora Moreira Maia Ricaldoni

Capítulo 18 - A CONSTITUIÇÃO E A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: GARANTIAS E DESAFIOS.....	263
---	-----

Cátia Aparecida de Oliveira Campos

Capítulo 19 - A PROTEÇÃO DO DIREITO DO CONSUMIDOR NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988 E O SEU DESRESPEITO PROPORCIONADO PELA RECENTE LEI Nº 14.833/24	277
--	-----

Rômulo Brasil de Avelar Campos

Capítulo 20 - ABUSOS DA IMUNIDADE PARLAMENTAR: SUAS CONSEQUÊNCIAS E O REFLEXO NA SOCIEDADE.....	287
--	-----

Bruno Brandão Santiago Nascimento

Diego Miana Siefar

Diogo Ferreira Paraloni

Lara Souza Pereira

Mariana Amaral Mateus

Capítulo 21 - O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO NA VISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	297
--	-----

Dandy Jesus Leite Borges

Capítulo 22 - CASO SALES PIMENTA VS. BRASIL E O INSTRUMENTO DA PRESCRIÇÃO: UM PASSO PARA COMBATER A IMPUNIDADE NOS DELITOS CONTRA OS DIREITOS HUMANOS SUSCITADA PELA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO	315
--	-----

Fernanda Arruda Leda Leite

Juan Tállyson Lima Moraes

Felipe Nascimento Fontes

Capítulo 23 - A SUB-REPRESENTAÇÃO FEMININA NA POLÍTICA E SEUS IMPACTOS EM POLÍTICAS PÚBLICAS DE GÊNERO: ESTUDO DE CASO DA CIDADE DE IMPERATRIZ - MA.....	329
--	-----

Evellyn Dias de Souza Lima

Denisson Gonçalves Chaves

Ellen Patrícia Braga Pantoja

Capítulo 24 - ACESSO À JUSTIÇA: DESAFIOS E SOLUÇÕES CONTEMPORÂNEAS	349
---	-----

Pedro Paulo Oliveira Penha

Capítulo 25 - VENEZUELANOS NO BRASIL – PERFIL SOCIOECONÔMICO: MATRIZ DE MONITORAMENTO DE DESLOCAMENTO (DTM) 7ª RODADA 2023 E 8ª RODADA 2024 DE RORAIMA	373
--	-----

José Cláudio Pavão Santana

Diogo de Almeida Viana dos Santos

Guilherme Saldanha Santana

Capítulo 26 - USUCAPIÃO NO CONTEXTO DO ABANDONO DO LAR E MEDIDAS PROTETIVAS PATRIMONIAIS DA LEI MARIA DA PENHA: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DA DIGNIDADE DA MULHER.....	387
---	-----

Hirllany Carvalho Brito de Souza

Cássius Guimarães Chai

Capítulo 27 - AS MUDANÇAS LEGAIS NO SISTEMA DE RESPONSABILIZAÇÃO DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL <i>VERSUS</i> INSEGURANÇA JURÍDICA.....	417
---	-----

Carla Noura Teixeira

Cássius Guimarães Chai

Marcelo Bezerra Ribeiro

POSFÁCIO	437
----------------	-----

Cássius Guimarães Chai

SOBRE OS AUTORES.....	443
-----------------------	-----

SOBRE OS ORGANIZADORES.....	453
-----------------------------	-----

PREFÁCIO

Carlos Eduardo Barbosa Paz¹

A leitura desta obra é convite ao leitor para explorar as complexas interseções do Direito e o Processo Constitucionais, um campo vasto e dinâmico que reflete a essência da democracia contemporânea no Brasil. Um olhar panorâmico das ocupações atuais e desafiadoras de nossa Constituição Federal. Este trabalho é um passeio pelos debates e reflexões que permeiam nossa sociedade, onde os direitos fundamentais e a estrutura jurídica se entrelaçam com as demandas emergentes de uma realidade acelerada e globalizada.

Os capítulos que compõem esta obra oferecem espectro abrangente das questões mais prementes enfrentadas pelo ordenamento jurídico brasileiro atual. Desde a análise da judicialização da política até a proteção dos direitos humanos e das liberdades individuais, cada tema é abordado com profundidade e rigor acadêmico, refletindo a expertise e o esforço de pesquisa das autoras e autores em suas respectivas áreas de estudo.

No capítulo inicial, “O Processo Constitucional e os Direitos Fundamentais no Estado Democrático Brasileiro Contemporâneo”, examina como a Constituição de 1988 estabeleceu os alicerces para a proteção dos direitos humanos. A evolução desses conceitos é crucial para entendermos as transformações na estrutura política e social do Brasil ao longo das últimas décadas. “Globalização, Judicialização da Política e Respostas Constitucionais aos Desafios Impostos” explora como a crescente interconexão global impacta o exercício do poder político e jurídico. Questões como desenvolvimento econômico e ambiental, e o papel dos tribunais na formulação de políticas públicas são trazidas ao diálogo, revelando objetos multifacetados de um mundo em constante mudança.

A relação entre processo constitucional e democracia é bem explorada e oferece compreensão sobre como os mecanismos legais não só protegem, mas também moldam o tecido democrático da nação. Da mesma

¹ Mestre em Direito Constitucional. Especialista em Direito Processual Penal e em Política e Estratégia. Defensor Público Federal, no Ceará. Defensor Público-Geral Federal 2016-2018. Membro do Conselho Superior da Defensoria Pública da União 2020-2024.

forma, a reconstrução da identidade do sujeito constitucional brasileiro é abordada sob a perspectiva da formação discursiva, a silhueta do singular em uma sociedade plural, evidenciando como narrativas jurídicas e sociais se entrelaçam para definir nossas identidades coletivas.

A partir da análise das eleições municipais de 2020 no Amazonas, por exemplo, investigou-se como se conecta à liberdade democrática o contexto do ambiente virtual, a desinformação e o papel do Tribunal Superior Eleitoral na defesa da integridade do processo democrático. Ainda como pilares da democracia pátria, são estudadas a imunidade tributária e a educação, enquanto preparo à cidadania, destacando os desafios e oportunidades para uma sociedade mais justa e inclusiva.

Ao avançarmos pela obra, temas como federalismo em suas feições centrípeta ou de equilíbrio na exploração de competência concorrentes, a criminalização da homofobia e transfobia, o controle da constitucionalidade, e proteção dos direitos humanos são abordados em inteligentes recortes, cada um contribuindo para uma compreensão mais holística dos princípios constitucionais que moldam nosso Estado Democrático de Direito. A perspectiva global e a inserção do Brasil no cenário de rotas migratórias têm atenção no estudo do perfil socioeconômico de migrantes, bem como a normatização dos processos migratórios em nosso ordenamento jurídico e principalmente o enfrentamento político da xenofobia no mercado de trabalho. Não foram esquecidas discussões e estudos necessários das questões do direito de família e de gênero, tão caras aos novos tempos e que merecem integral proteção constitucional.

Vale também chamar a atenção para os olhares que fitam a atividade legislativa e executiva nacionais, quando se discutem os limites da imunidade parlamentar, seus transbordamentos quanto à liberdade de expressão, e a alta jurisprudência acerca do foro por prerrogativa de função. Os desafios e as soluções contemporâneas do acesso à justiça, metadireito transversal às várias e muitas das inquietações constitucionais trabalhadas na obra, indicam um tratamento para além dos formalismos na busca da dignidade e visibilidade sociais.

Por fim, este compêndio coletivo não apenas ensina, mas também provoca! Convida o leitor a refletir sobre o papel do Direito na construção de uma sociedade mais justa e igualitária, onde os direitos individuais são protegidos e as instituições democráticas fortalecidas. Cada capítulo é uma peça essencial na montagem contínua do quebra-cabeça da nossa Constituição Federal e da formação da sociedade. Um testemunho da

complexidade e da vitalidade do Direito Constitucional brasileiro que deve caminhar com o pensamento moderno, crítico e responsável da Academia.

Assim, renova-se o convite para se iniciar esta jornada explorando as interações fascinantes entre direitos fundamentais, processo constitucional e a dinâmica política do Brasil contemporâneo. Que este livro seja não apenas uma fonte de conhecimento, mas também uma forma de engajamento ativo em nosso sistema democrático, em busca de um futuro mais justo e próspero para todos.

Boa leitura!

APRESENTAÇÃO

Américo Bedê Freire Júnior¹

Em boa hora vem a lume o volume 5 do livro de Estudos contemporâneos de direito constitucional. A obra é fruto do trabalho de diversos pesquisadores comprometidos com a materialização dos direitos humanos e a aplicação de um direito constitucional comprometido com o diálogo, a temperança e o respeito a diferença.

Temas fundamentais como processo constitucional, democracia, identidade do sujeito constitucional, desinformação no ambiente virtual e suas sanções, federalismo, processos migratórios, direito ambiental e a Constituição, direito de família e a constituição, ativismo judicial, acesso à justiça, abusos da imunidade parlamentar, prescrição e direitos humanos são tratados na presente obra.

A academia precisa produzir material de qualidade, como o inserto na presente obra, para ajudar o debate público de ideias. Chega de um oceano de fanatismos, que infelizmente dominam o tempo presente, conseguem enxergar a fragilidade intrínseca a qualquer radicalismo.

Não podemos esquecer da existência do mal, como destaca Ney Bello “a normalidade do execrável chocou os racionais modernos [...] a desconsideração com outros homens, e o desvio moral e humano de tratá-los como objeto está fincado no coração do mundo moderno, e não deve ser compreendido apenas como desvio da sanidade, mas como possibilidade das nossas existências. Desconhecer o “mal” não nos protegerá dele. (BELLO, Ney. E os juízes foram embora de Berlim e outras inquietações. São Paulo; editora juspodium, 2024, p 42)

É preciso, então, lembrar a existência de mínimos inegociáveis e do respeito aos direitos humanos como paradigma de nosso tempo.

Evitar a ideia de inimigos, mas garantir que direitos humanos

1 Pós-doutor em direito pela Universidad de Las Palmas – Gran Canaria – Espanha. Doutor e mestre em Direitos Fundamentais – FDV. Professor do programa de doutorado e mestrado da FDV. Juiz federal. Cofundador do podcast Processo Penal Ragnarok. Ex-Promotor de justiça. Ex-Procurador da Fazenda Nacional. Torcedor do Paysandu e Flamengo. Juiz instrutor no STF no gabinete do Ministro Flávio Dino.

não sejam apequenados, ou inutilizados com relativizações indevidas. É fundamental viabilizar que as utopias não se transformem em distopias. O sonho civilizatório não acabou.

Espero que o leitor goste da coletânea, com igual intensidade que gostei, e possamos continuar a ter esperança.

Capítulo 1

O PROCESSO CONSTITUCIONAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO

Antonio Donizetti de Resende¹

1 Introdução

No Brasil, o processo deve observar o arcabouço jurídico pátrio constitucional e infraconstitucional. O direito processual é uno e, apesar de não ser indiferente, é autônomo frente ao direito substantivo ou material. As subdivisões existentes - direito processual penal, cível, trabalhista etc. - são de ordem prática e didática.

No Estado Democrático de Direito brasileiro, o processo precisa observar o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, institutos positivados, respectivamente, no art. 5º, incisos LIV e LV, da CF/88. Isso, porque o art. 1º do CPC/15 “Código de Processo Civil de 2015” determina que o processo, obedecendo-se às disposições do próprio CPC/15, será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidas na Constituição Federal de 1988. Assim, para que haja processo, há que se respeitar os referidos princípios constitucionais. Em outras palavras, o processo deve ser constitucionalizado. Além disso, conforme dispõe o art. 9º, *caput*, do CPC/15, não se deve proferir decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida, excepcionando-se apenas as prerrogativas das tutelas de urgência, de evidência, e a decisão prevista no art. 701, deste mesmo diploma legal. Da mesma forma, o art. 10 do CPC/15 determina que o juiz não poderá decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não tenha dado às partes oportunidade de se manifestarem, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. Já o art. 489, §§ 1º, 2º e 3º, do CPC/15, estabelece que toda decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, precisa ser devidamente fundamentada, partindo-se do enfrentamento de todos os argumentos aduzidos no processo capazes

de, em tese, infirmar à conclusão do julgador, bem como, da conjugação de todos os outros elementos imprescindíveis à decisão, que deve se apresentar em conformidade com o princípio da boa-fé processual. Com isso, não é cabível, no processo constitucional, provimentos judiciais infundados, solipsistas e autocráticos.

Destarte, pergunta-se: a natureza jurídica do processo é instrumental (instrumento da jurisdição) ou se trata de um procedimento realizado em contraditório entre as partes? Para responder ao questionamento, objeto da pesquisa, após estudos, compilou-se um banco de dados bibliográficos, normativos, jurisprudências e doutrinários sobre o tema, traçou-se à hipótese que concebe o processo como um procedimento realizado em contraditório entre as partes e, na sequência, utilizando-se o método teórico-bibliográfico indutivo, foi possível responder ao tema problematizado supra.

2 O Direito Processual no Estado Democrático Constitucional

Como visto, apesar de o direito processual ser uno e autônomo, existem as subdivisões de ordem prática - direito processual cível, penal, trabalhista etc. - que servem para delimitar teórica e pragmaticamente algumas especificidades dos referidos ramos do Direito.

Assim, enquanto o direito material dispõe sobre as normas que regulamentam – os direitos subjetivos - às relações jurídicas entre os particulares, o direito processual estabelece sobre as funções soberanas do Estado (função jurisdicional), portanto, mesmo que a lide seja eminentemente de interesse privado, ainda haverá no processo um interesse público, que é a pacificação social e a manutenção da ordem jurídica.² Na realidade, ou na essência, assim como ocorre com o direito processual, a função jurisdicional também é única, qualquer que seja o direito material debatido. O direito processual civil possui autonomia frente ao direito substancial e tem uma aplicação geral, que se faz por exclusão, pois deve ser utilizado a todo e qualquer conflito que não esteja abrangido pelos demais ramos processuais, considerados como especiais, mas, nestes casos, a aplicação deve ocorrer de forma subsidiária.³

Alicerçado no arcabouço normativo e jurisprudencial pátrio, o direito processual visa contribuir com a manutenção da ordem pública e a pacificação social, já a Jurisdição Estatal, legalmente constituída, objetiva assegurar os direitos e os interesses dos jurisdicionados. Logo, não

é concebível que o julgador utilize, em um processo judicial, argumentos metajurídicos para sustentar a sua decisão de forma salomônica e solipsista. O subjetivismo utilizado nas decisões judiciais é inadmissível, mas ainda é respaldado por alguns juristas. Isso se deve, em regra, ao entendimento que considera o processo “um instrumento da jurisdição”, onde o magistrado se coloca em uma posição superior às partes e decide - livremente - segundo a sua consciência ou convencimento motivado. Este termo é inadequado, pois fora abolido na redação do Código de Processo Civil de 2015. Apesar da referida autonomia das normas processuais frente às normas materiais, o processo não pode ser entendido como um instrumento com fim em si mesmo, a ponto que a sua aplicação contrarie, sem a devida fundamentação, a própria norma de direito material em litígio. Assim, é importante revisitar as principais teorias do processo e a evolução do Direito Processual, pois o início da sistematização do processo ocorreu entre o final do século XVIII e começo do XIX, portanto, sob a influência do Estado Liberal e alicerçada no direito privado. Visava-se à proteção dos direitos individuais e da propriedade. Logo, a primeira teoria do processo, concebida no ano de 1800, o entendia como um contrato.

Essa teoria guarda semelhança com o Direito Romano, da fase formulista [...], porque o processo, no enfoque de seus defensores, se constituía pela contratual aceitação prévia dos contentores em acatar a decisão do juiz, mas, se a juízo fossem, comprometiam-se, por força da *litiscontestatio* (a transformação do conflito, vago e indeterminado, em lide – organização do conflito pela inteligência do pretor), a cumprir a decisão expedida pelo juiz. [...]. Finalmente, essa teoria revelou-se inadequada para explicar a natureza jurídica do Processo, tendo em vista que, já no século XVIII, o juiz não precisava de prévio consenso das partes para tornar coativa a sentença.⁴

A segunda teoria do processo (1850) considerava-o como quase um contrato, pelo viés patrimonialista também pertencia ao direito privado. Mas, o judiciário, de forma subsidiária e com a concordância do autor, detinha o poder de dirimir os conflitos de interesses privados.

Essa teoria, defendida por Saviny e Guényvau (1850), insistindo em enquadrar o Processo na esfera do direito privado, afirmou que, em não sendo o Processo tipicamente um contrato, deveria ser um quase contrato, porque a parte que ingressava em juízo já consentia que a decisão lhe fosse favorável ou desfavorável, ocorrendo um nexo entre o autor e o juiz, ainda que o réu não aderisse espontaneamente ao debate da lide. Porém, como a primeira teoria contratualista, essa também

4 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 82.

se mostrou insuficiente para o estudo da origem jurídica do processo, porquanto, em já sendo nessa época a jurisdição obrigatória, o juiz não precisava de prévio consentimento do autor para proferir a decisão que lhe fosse favorável ou desfavorável.⁵

Assim, a terceira teoria do processo - das exceções e pressupostos processuais - idealizada, em 1868, pelo jurista alemão Oskar von Bülow, adotou o modelo de processo como relação jurídica. Esse padrão de processo, com atualizações, ainda predomina até os dias atuais.

Ainda no século XIX, uma série de tensionamentos culturais começaram a impor algumas mudanças nas configurações conceituais da decisão jurídica. Em alguns casos, a própria pressão política da magistratura – que, já no final do século, começa a se fortalecer ganhando cada vez mais autonomia com a radicalização do Estado de Direito e o desligamento do processo civil do âmbito do direito material – levará a essa mudança de rota. Este dado pode ser visualizado, por exemplo, na obra de Oskar von Bülow que reivindicava maior espaço para a magistratura no processo de formação do direito. Para ele, a verdadeira recepção do direito romano não teria ocorrido no seio da universidade, mas, sim, através das decisões tomadas pela magistratura que embalavam o direito vivo, o direito do caso.⁶

A terceira teoria do processo além de incorporar, pioneiramente, autonomia científica ao direito processual também o elevou ao patamar do direito público. Mas, em Bülow e seus seguidores, o processo é estruturado por uma relação hierarquizada entre sujeitos - juiz, autor e réu - onde o juiz se coloca em uma posição superior (processo autocrático). A teoria do processo como relação jurídica, sistematizada por Oskar von Bülow, foi desenvolvida posteriormente por Chiovenda, Calamandrei, Carnellutti e Liebman.⁷

Para Giuseppe Chiovenda, o Direito processual possui, frente ao direito substancial, caráter instrumental, mas, segundo o autor, trata-se de uma instrumentalidade necessária, já que para obter providência jurisdicional acerca do mérito requer-se rigorosa observância do direito processual.⁸ Com o mesmo entendimento, Piero Calamandrei acolheu

5 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 83.

6 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 149.

7 PENNA, Saulo Versiani. **Controle e implementação processual de políticas públicas no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 243.

8 CHIOVENDA, Giuseppe. **A ação nos sistemas dos direitos**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003, p. 289.

e desenvolveu a teoria – do direito potestativo - da relação jurídica, e considerou que, para agir processualmente, deve-se observar à relação entre o fato e a norma, requisitos constitutivos da ação, a legitimidade e interesse processual.⁹ No conceito do referido jurista, o juiz é a personagem mais importante do processo, um terceiro, estranho à controvérsia, que está acima das partes, que, ao decidir, não tem que se limitar a ler e aplicar a norma jurídica positivada no Código, mas deve buscar no seu íntimo senso de justiça a solução do caso concreto.¹⁰

Deste modo, em Chiovenda, teoria dualista, a norma processual é autônoma frente ao direito material e o provimento judicial é exógeno à ordem normativa, não se cria a lei, apenas a declara. Já na teoria do processo como relação jurídica (unitária), defendida por Carnelutti, a norma processual não tem autonomia frente à norma material, não há cisão entre elas, uma complementa a outra, porém, o provimento judicial não declara, mas cria a norma do direito, que passa a compor o ordenamento jurídico.¹¹ No entanto, Chiovenda, ao sustentar à teoria da relação jurídica (dualista), distinguindo as normas processuais e materiais, como institutos autônomos, não estabeleceu, em contraposição aos entendimentos de Carnelutti, que tais normas estavam separas em classes distintas no arcabouço jurídico. O referido jurista afirmou, simplesmente, que os institutos da jurisdição e da ação apresentavam qualidades normativas distintas das normas materiais. Então, a dualidade a que se referiu Chiovenda não era do ordenamento jurídico, que jamais poderia ser dicotômico, mas das normas. Assim, a norma processual rege os atos jurídicos formadores do procedimento e as normas materiais são, no âmbito do processo, criadoras de direitos, portanto, não se prestando à movimentação dos procedimentos para a solução da lide.¹² A interdependência entre as normas processuais e materiais não pode ser considerada de forma estanque, imputando uma neutralidade bilateral entre as mesmas. O fato de as normas de direito processual civil serem autônomas em relação às de direito material não significa indiferença às variadas situações de direito substancial. Autonomia não é sinônimo de neutralidade ou descaso. Na realidade,

9 CALAMANDREI, Piero. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de Douglas Dias Ferreira. 2. ed. Campinas: Bookseller, v. I, 2003, p. 215.

10 CALAMANDREI, Piero. **Processo e democracia**: conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México. Tradução de Mauro Fonseca Andrade. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 38-40.

11 CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. 2. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, v. I, 2004, p. 224.

12 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 79.

jamais houve, ou poderia ter ocorrido, o isolamento do direito processual, pois há nítida interdependência entre ele e o direito material. Assim, a pretensa neutralidade do juiz é falsa, pois o que pode e deve existir é a sua imparcialidade.¹³ Mas, na teoria da relação jurídica, dualista ou unitária, o juiz deve decidir de forma justa, mas poderá utilizar, conforme a sua consciência, argumentos jurídicos e metajurídicos e modificar a lei, pois à submete a seu ideal de justiça. Nesse modelo (autocrático) de processo, as partes, aqueles que sofrerão os efeitos do provimento, não participam da formação do mérito processual, portanto, não influenciam no dispositivo final. O juiz decide de forma solipsista e não sujeita os seus atos a nenhum controle externo.

A teoria da relação jurídica não consegue pensar a atividade jurisdicional desatrelada da figura do juiz, dotado de superpoderes. A jurisdição é vista como atividade Estatal, mas o processo não passa de um simples instrumento da jurisdição. O máximo que essa teoria alcançou foi à redução da carga de subjetividade das decisões judiciais, pois o vínculo de subordinação das partes ao juiz compromete o diálogo em igualdade de condições.¹⁴

O direito da igualdade perpassa pelo exercício amplo, efetivo e irrestrito dos direitos fundamentais nos patamares constitucionais. A isonomia processual é o princípio garantidor da igualdade argumentativa e pressuposto do Processo Constitucional no Estado Democrático de Direito.¹⁵ Assim, objetivando-se à superação do vínculo de subordinação das partes ao juiz, em 1925, James Goldschmidt, rompendo com o entendimento de processo como relação jurídica, formulou, na Alemanha, a teoria do processo como situação jurídica.

Assim, para Goldschmidt, não há uma relação jurídica processual, diante da ausência, no seu entender, de um “nexo” entre as partes e o juiz, e mesmo entre as próprias partes. O que existe no processo seria o dever funcional do juiz, de caráter administrativo, estando as partes simplesmente sujeitas a sua autoridade.¹⁶

13 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. V. 2. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 37.

14 OMMATI, José Emílio Medauar. **Uma teoria dos direitos fundamentais**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 129-130.

15 COSTA, Fabrício Veiga. Modelo Constitucional de processo coletivo na teoria das ações coletivas como ações temáticas. In: OMMATI, José Emílio Medauar; DUTRA, Leonardo Campos Victor. (Coord.). **Teoria crítica do processo**: contributos da Escola Mineira de Processo para o constitucionalismo democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 97.

16 PENNA, Saulo Versiani. **Controle e implementação processual de políticas públicas no**

Essa teoria, defendida por Goldschmidt, retirou das partes o presumido vínculo subjetivo de subordinação ao juiz, no entanto, manteve a mesma submissão funcional ao poder de decidir do magistrado, pois também se embasou na jurisdição autocrática, onde o juiz, sem qualquer fundamentação, utilizando-se somente a sua consciência, decidirá o litígio. No entanto, o espanhol James Guasp, em 1940, desenvolveu a teoria do processo como instituição, mas, devido à imprecisão do conceito de instituição, principalmente quanto ao aspecto institucional jurídico, a teoria recebeu várias críticas e não prosperou no meio jurídico.

O conceito de instituição em Guasp é impreciso e absolutamente aberto, mesmo porque fundado somente em elementos sociológicos, o que não lhe dá significado no campo jurídico. Inexiste, pois, uma explicação do processo na qualidade de instituição jurídica, muito menos constitucional e fundamental para consolidação da democracia. [...]. O processo judicial que se defende como institucional para a implementação de políticas públicas, à evidência, não pode ser concebido com base em elementos sociológicos ou de ocasião, variáveis em função dos acontecimentos ou conveniências de grupos (*folkway*), e, consequentemente, estar a serviço de estratégias de poder, mas fundado em princípios constitucionalizados que vinculem todos os comandos normativos sobre procedimentos.¹⁷

Ainda em 1940, o italiano Enrico Tullio Liebman, ex-professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, fundador da Escola Paulista de Processo e seguidor da teoria da relação jurídica, preconizada por Giuseppe Chiovenda e Piero Calamandrei, entendia o processo como um instrumento para o exercício da jurisdição, onde o juiz deveria decidir de forma justa, mas, solipsista e subjetivamente, modelo autocrático de processo. Entretanto, Liebman aprimorou o conceito de ação (teoria eclética); para ele, o direito de ação deve ser visto - de forma independente da sentença de mérito - como uma garantia individual do cidadão diante do Estado. Mas, para o exame do mérito pressupõe-se à validade do processo, ou seja, quando estiverem presentes os pressupostos processuais, dentre eles, as condições da ação - interesse de agir e a legitimação -, surgindo para o juiz a necessidade de julgar, acolhendo ou rejeitando o pedido. Embora a decisão das questões preliminares deva preceder logicamente a de mérito, a referida decisão poderá ocorrer em separado, ou conjuntamente com a de mérito.¹⁸

Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2011, 249.

17 PENNA, Saulo Versiani. **Controle e implementação processual de políticas públicas no Brasil.** Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 251-253.

18 LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil.** Tradução de Cândido Rangel

Não obstante, o uruguaio Eduardo Juan Couture (1950) desenvolveu as primeiras proposições teóricas sobre o modelo constitucional de processo, que preconizava a bilateralidade processual (contraditório) com igualdade jurídica, oportunizando às partes o direito da promoção do debate e da exposição das questões controvertidas integrantes do litígio.

Couture pauta o processo como a garantia do contraditório e da produção das provas, mas não rompe com os conceitos - da relação jurídica - de subordinação das partes ao juiz e não enxerga a jurisdição como um direito fundamental, fatores essenciais ao processo democrático constitucional.¹⁹ Contudo, entre 1960 e 1970, o italiano Elio Fazzalari (excerto infra) renova o conceito de processo e procedimento, que deve ocorrer em simetria e em contraditório.

O procedimento é identificado e, por assim dizer, nominado, tendo em vista o provimento (direito público) ao qual ele põe fim. [...]. A distinção mais completa no âmbito do *genus* procedimento – e de toda maneira, aquela que mais nos interessa nesta sede – é a cisão entre procedimento e processo. [...]. Como repetido, o processo é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades.²⁰

Nesse entendimento, o agir processual não se resume na simples participação do processo, mas também consiste na interação - ativa, dialógica e contraditória - das partes, contribuindo, desse modo, para a formação do mérito processual e conseqüentemente para a efetivação do provimento final. Para Elio Fazzalari a utilização da estrutura do processo permite que ocorra, de forma impositiva, ordenada e esquematizada, à realização de todos os atos - condutores - lícitos e/ou devidos de cada um dos protagonistas (magistrados, auxiliares, partes etc.) ao longo do curso do processo. Essa série de atos, na realidade, constitui o conteúdo da legitimação para agir, a situação legitimada dos citados protagonistas do processo. Portanto, é óbvio que a referida série de atos se implicam mutuamente, pois tratam-se dos atos contraditórios ou os relativos ao magistrado e de seus auxiliares. A ordem que se determina para a sucessão e mútua implicação dos atos dos protagonistas - de uma parte, da outra,

Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 201-228, *passim*.

19 MARTINS, Naony Souza Costa; COSTA, Fabrício Veiga. Jurisdição, ação e processo em Eduardo Juan Couture. In: COSTA, Fabrício Veiga (Org.); MENEGHETTI, Rayssa Rodrigues; MÓL, Ana Lúcia Ribeiro (Coord.). **Estudos avançados de teorias do processo, da jurisdição e da ação**. Porto Alegre: Fi, 2023, p. 244-245.

20 FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Elaine Nassif. (Trad.). Campinas: Bookseller, 2006, p. 116-119.

do magistrado, dos auxiliares etc. - constitui justamente o processo. Ao contrário do *iter* processual, que é positivamente disciplinado, a situação legitimada do autor não se exaure na faculdade de o sujeito pôr em movimento o processo, mas também em observá-lo no aspecto das posições subjetivas. Isto é, a situação legitimada faculta ao sujeito à realização de uma série de atos, poderes e deveres, legalmente permitidos, ao longo de todo o curso do processo, até a sentença ou acórdão, que acolhe ou refuta a demanda. Logo, sem o desenvolvimento do processo, não se chega à formação do mérito e nem ao provimento judicial.²¹ Na teoria fazzalariana só existirá processo quando o procedimento for realizado em contraditório, sendo que a sua essência está na simétrica paridade da participação daqueles que sofrerão os efeitos do dispositivo nos atos que formarão o mérito processual e consequentemente o provimento final.²² A atividade das partes na formação do mérito processual e na preparação do provimento judicial, juntamente com o seu autor, o juiz, caracteriza o processo, em Fazzalari, como uma “espécie” do “gênero” procedimento, que é realizado em contraditório e em simétrica paridade entre as partes.

José Alfredo de Oliveira Baracho, em 1984, embasado nos entendimentos do jurista mexicano Hector Fix-Zamudio, também defendeu o modelo de processo de efetivação dos direitos fundamentais constitucionais. Considerava o instituto do contraditório como o princípio cardeal do direito processual constitucional.²³ Isso, porque no processo constitucionalizado o magistrado deve oportunizar às partes o direito de se manifestarem e decidir fundamentadamente sobre todas as provas e questões controvertidas suscitadas no processo. Mas, Rosemiro Pereira Leal (extrato infra) considera a teoria constitucionalista imperfeita e defende à teoria neoinstitucionalista do processo.

A Jurisdição Constitucional, na Escola Constitucionalista do Processo, considerada atividade tutelar dos juízes e demais decisores provimentais, é instituto de condução de um processo instrumentador da autoridade jurisdicional, enquanto, na escola neoinstitucionalista, o devido processo constitucional é instituto de problematização e testabilidade da deontologia positiva do discurso jurídico-político e não um modelo constitucional de processo garantista a partir da base construída do direito a ser ainda acertado pela autoridade jurisdicional como se lê na

21 FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Elaine Nassif. (Trad.). Campinas: Bookseller, 2006, p. 500-504.

22 GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 96-98.

23 BARACHO, José Alfredo de oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 354.

Escola Constitucionalista de Processo.²⁴

A teoria neoinstitucionalista se diferencia da constitucionalista porque embasa-se na problematização e testabilidade da deontologia positiva do discurso jurídico. Entretanto, ambas as teorias se alicerçam na construção do provimento final pela prática discursiva, simétrica e em contraditório pelas partes litigantes.

2.1 As teorias do processo em face dos direitos fundamentais do processo constitucional

Conforme já exposto, a teoria do processo como relação jurídica, instituída por Bülow e desenvolvida por Chiovenda, Calamandrei, Carnelutti e Liebman, entende o processo como um instrumento da jurisdição. Essa teoria preconiza que o juiz deve decidir de forma justa, mas, sob a égide do modelo autocrático de processo. Ou seja, o julgador está hierarquicamente acima das partes, analisa a norma, mas decide - solitária e subjetivamente - de acordo com a sua convicção pessoal. Portanto, não oportuniza, como deveria, o contraditório em simétrica paridade àqueles que sofrerão os efeitos do dispositivo judicial. Por isso, a referida teoria foi - e ainda é - bastante questionada por vários juristas e estudiosos do Direito Processual.

O movimento de socialização que culminou com a criação da referida teoria da relação jurídica, que aumentou os poderes do magistrado, atingiu o Estado brasileiro no século XX. Mas, naquele tempo (1940) o contraditório, apesar de já ser considerado um princípio processual, não possuía a mesma importância que a figura do julgador, razão das máximas sobre o juízo: “dê-me os fatos que eu lhe dou o direito”; “o juiz decide conforme sua consciência”, dentre outras. Nesse modelo de processo - instrumentalista - da relação jurídica, o contraditório é limitado à bilateralidade processual e às garantias formais - dizer e contradizer - de apresentar provas e contestá-las. Os debates entre as partes servem apenas para dar ao julgador o tema e seus respectivos contornos, pois será ele quem irá “dizer o direito” aplicável ao caso concreto.²⁵

24 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.94.

25 BAHIA, Alexandre de Melo Franco; SILVA, Diogo Bacha e; PEDRON, Flávio Quinaud. (Re) Construção do princípio do contraditório: um diálogo entre a Escola Mineira de processo e Nicola Picardi. In: OMMATI, José Emílio Medauar; DUTRA, Leonardo Campos Victor. **Teoria Crítica do Processo**: contributos da Escola Mineira de Processo para o constitucionalismo democrático. (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 15-16.

Como citado, a teoria da relação jurídica foi difundida no Brasil por Liebman, que muito influenciou o sistema processual brasileiro, pois Alfredo Buzaid, seu ex-aluno e seguidor, foi o autor do anteprojeto do CPC/73 “Código de Processo Civil de 1973”. Portanto, o referido Código processual reflete os valores do direito liberal e, em especial, da doutrina chiovendiana da abstração do processo em relação ao direito material. A ação é estruturada a partir do conceito do direito de ação, aprimorado por Liebman, as chamadas condições da ação, positivadas no art. 267, inciso VI, do CPC/73. O descaso com o direito material é notório, haja vista que o liame entre os processos de conhecimento e de execução decorre de uma sentença silente no plano do direito substancial ou em termos de tutela dos direitos subjetivos. A condenação caracteriza-se por aplicar a sanção executiva. Observe-se que essa concepção, além de obscurecer a pretensão de tutela do direito material exercida pelo jurisdicionado na ação de conhecimento, transforma a relação substancial em mera obrigação, pois retira da sentença qualquer vínculo com a tutela do direito material, na medida em que essa se caracteriza por aplicar a sanção executiva.²⁶ O modelo de processo civil, adotado pelo legislador no revogado CPC/73, é incompatível com a constitucionalidade democrática vigente no Estado brasileiro. Isso, porque esse modelo de processo não viabiliza à participação dos sujeitos interessados na definição e proposição da ampla discursividade das questões de mérito que delimitam o objeto da demanda. Portanto, inviabiliza qualquer tentativa no sentido de se alcançar à formação participada do mérito processual. Nesse modelo de processo não está garantido que todas as questões levadas à juízo comporão a matéria de mérito processual. Isso, porque será o magistrado que irá definir quais as questões alegadas pelas partes serão consideradas, por ele, relevantes para compor o respectivo mérito processual.²⁷

Devido à indiferença adotada pelo CPC/73 em relação ao direito material, o magistrado não precisa se preocupar com o direito substancial que envolve a lide. Isso favorece à burocracia da função jurisdicional, pois nega ao juiz a prerrogativa da participação em prol das diferenças e das particularidades apresentadas no caso concreto, mas permite ao julgador - determinar prova de ofício e sem a necessidade da fundamentação - interferir na atividade probatória (art. 130 do CPC/73) e também conceder

26 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 53-54.

27 COSTA, Fabrício Veiga. **Mérito processual**: a formação participativa nas ações coletivas. Belo Horizonte: Arrais Editores, 2012, p. 68-69.

tutela cautelar de ofício (art. 797 do CPC/73). Note-se que, neste modelo, a tutela cautelar é um instrumento da jurisdição, a concessão da tutela cautelar de ofício retrata claramente a supremacia e garantia da autoridade do Estado. No entanto, não foi atribuído qualquer poder ao magistrado para distribuir o ônus da prova segundo as particularidades da situação do direito material litigado. Obviamente, isso não poderia ser permitido em um modelo de processo autocrático, descomprometido com a tutela do direito substancial.²⁸ No Brasil, essa concepção instrumentalista do processo, que delega atribuição dos sentidos em favor do juiz, atravessou o século XX (*v.g.*, de Carlos Maximiliano a Paulo Dourado de Gusmão). Os defensores da referida teoria admitem a existência de escopos metajurídicos, estando permitido ao juiz realizar determinações jurídicas exógenas ao direito legislado e, conseqüentemente, de acordo com o “sadio protagonismo” e consciência do julgador.²⁹ O jurista José Roberto dos Santos Bedaque se apresenta como um dos defensores da referida teoria da relação jurídica do processo, sustenta que, na postura instrumentalista, visando-se o aprimoramento do sistema, o processo deve ser concebido como um meio de eliminação das diferenças econômicas. Para isso, o processo deve ser interpretado em consonância com os valores políticos e sociais existentes fora do processo. Destarte, defende a influência das pressões axiológicas exteriores, representadas por mutações políticas constitucionais, sociais, econômicas e jurídicas emanadas da sociedade. No entanto, segundo o referido jurista, não se pretende impor o processo inquisitivo, mas também não se prescinde da tentativa de alcançar a decisão justa, para o que parece essencial ao interesse do juiz na formação do conjunto probatório. Com isso, propõe-se o meio termo entre a passividade e a inquisição. O sistema processual deve ser interpretado à luz dos valores políticos e sociais exógenos ao processo. Trata-se simplesmente de método de pensamento, fundado em visão teleológica do fenômeno processual.³⁰

Com o mesmo entendimento, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco afirmam que o Estado é responsável pelo bem-estar da sociedade, assim, deve se vale do

28 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 55.

29 STRECK, Lenio Luiz. **O que é isso – decido conforme minha consciência?** 5. ed. ver. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 44-46.

30 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual? In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre (Coord.). **Garantismo processual**: garantias constitucionais aplicadas ao processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 3-5.

processo para eliminar os conflitos e promover a paz social almejada. Através da instrumentalidade do processo, o Estado, legitimado pela jurisdição, persegue os objetivos sociais, políticos e jurídicos. No entanto, costuma-se imputar à instrumentalidade do processo o aspecto negativo, mas os sucessos do processo não devem ser tais que superem ou contrariem os desígnios do direito substancial, do qual ele é também um instrumento. Em regra, os questionamentos sobre o aspecto negativo da instrumentalidade do processo alicerçam-se - no princípio da instrumentalidade das formas - nas exigências formais do processo, que só merecem ser cumpridas à risca, sob pena de invalidade dos atos, na medida em que isso seja indispensável para a consecução dos objetivos desejados, *v.g.*, não se anula o processo por vício de citação se o réu compareceu e se defendeu.³¹

Como visto, a teoria que concebe o processo como instrumento da jurisdição (relação jurídica), além de imputar ao juiz uma posição superior às partes, atribui ao magistrado, na prestação da jurisdição, competência para adimplir às finalidades do Estado do Bem-Estar Social e, com isso, concretizar as políticas públicas, mesmo que tenha que utilizar na sua decisão argumentos - metajurídicos - teleológicos com fundamentos políticos e sociais externos ao processo judicial. Essas impropriedades, em tese, se alicerçam nos estabelecimentos do revogado CPC/73, pois, conforme citado, teve o seu anteprojeto elaborado pelo Ministro Alfredo Buzaid, seguidor de Liebman, que concebia o processo como - instrumento da jurisdição - relação jurídica. Mas, com a edição do CPC/15, Lei nº 13.105/15, para que seja considerado válido, o processo civil, obrigatoriamente, deverá observar e adimplir às normas constitucionais. Conforme já citado, o art. 1º do CPC/15 estabelece que o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidas na Constituição Federal, observando-se as disposições do referido Código.

Embora seja admitido como cientificamente correto, no plano puramente processual, o entendimento de que as normas processuais possuem autonomia frente ao direito material invocado pelo litigante ao Poder Judiciário. Na prestação jurisdicional, o Estado-Juiz deve relativizar esse entendimento, pois na ordem globalizada e nas bases constitucionais, há um dever estabelecido no art. 5º, inciso XXXV, da CF/88, que assegura à garantia fundamental de que nenhum direito subjetivo violado ou ameaçado ficará privado do acesso à tutela da Justiça. Portanto, o estudo moderno do direito processual não pode olvidar em registrar essa conexão

31 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 31. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 64-65.

importantíssima do Estado Democrático de Direito, que congloba à ordem jurídico-constitucional com o direito processual.³² Nesses termos, para que haja processo, há que se observar todas as normas constitucionais. A Constituição Federal de 1988 dispôs de forma taxativa os dispositivos que estabelecem sobre o devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Esses institutos estão, respectivamente, positivados no art. 5º, incisos LIV e LV, da CF/88, determinando que: ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; e aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Segundo o jurista Nicola Picardi, na fase atual da ciência processual, depara-se com claros sinais de uma nova postura que distingue e exalta os enfrentamentos do princípio do contraditório e do processo. Além das características próprias do procedimento, evidencia-se claramente uma efetiva correspondência e equivalência entre os participantes do processo, possibilitada pela distribuição de posições simetricamente paritárias entre as partes. Assim, hoje se coloca a definição do processo como procedimento com estrutura e desenvolvimento dialógico em contraditório. Uma vez deslocado o ângulo visual do processo em direção ao juiz, o contraditório torna-se o ponto principal da investigação dialética, conduzida com a participação das partes. Desprovido dos axiomas lógicos da tradição iluminista e dos princípios gerais dos ordenamentos positivos, o contraditório retorna para o centro do fenômeno processual, mas agora com a expressão de princípio e justo processo.³³

A contribuição de Picardi é muito relevante para à compreensão do processo como um procedimento realizado em contraditório e em simétrica paridade pelas partes. Tais entendimentos se adequam aos conceitos preconizados pela Escola Mineira de Processo, pois ambas as concepções se alicerçam nos preceitos fundamentais do processo constitucionalizado, conforme estabelecido no CPC/15.³⁴ O grande mérito do Código de Processo Civil de 2015 está na positivação expressa

32 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 56. ed., rev., atual. e ampl., vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 48.

33 PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 140-143.

34 BAHIA, Alexandre de Melo Franco; SILVA, Diogo Bacha e; PEDRON, Flávio Quinaud. (Re) Construção do princípio do contraditório: um diálogo entre a Escola Mineira de processo e Nicola Picardi. In: OMMATI, José Emílio Medauar; DUTRA, Leonardo Campos Victor. **Teoria Crítica do Processo: contributos da Escola Mineira de Processo para o constitucionalismo democrático**. (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 18.

dos princípios constitucionais do processo, estabelecidos nas Normas Fundamentais do Processo Civil, artigos: 1º ao 12, do referido Código, aos quais se somam outros dispositivos também principiológicos, como, por exemplo, a fundamentação das decisões judiciais (art. 489 do CPC/15). Esse arcabouço normativo, totalmente renovado, estabelece expressamente os fundamentos processuais. Apesar de parecem apenas uma repetição do que a Constituição Federal de 1988 já disciplina, em uma análise mais acurada, entender-se-á que não se trata de uma simples reprodução, pois os referidos dispositivos densificam os preceitos constitucionais, dão-lhes contornos mais específicos e reforçam o caráter deontológico, normativo e obrigatório, que eles já possuem desde a Constituição, mas, por vezes, parecem enfraquecidos e esquecidos pelos operadores do direito. Entre todos os institutos que compõem o mencionado rol das Normas Fundamentais do Processo Civil ressaltam-se dois deles, o contraditório e à fundamentação das decisões.³⁵

Não obstante, para assegurar o cumprimento e a validade do processo constitucional é imperioso respeitar às normas fundamentais constitucionais e infraconstitucionais do processo civil. Assim, é oportuno salientar que muitos dos problemas que geraram os retrocitados questionamentos ao Código de Processo Civil de 1973 foram relativizados ou solucionados com a edição do atual Código de Processo Civil de 2015. Observe-se que, tanto no Código processual revogado (art. 130 do CPC/73) quanto no Código vigente (art. 370, *caput* e parágrafo único, do CPC/15) o juiz poderá, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, mas, diferentemente do CPC/73, o Código de Processo Civil de 2015 determina que, para o indeferimento das diligências consideradas inúteis ou meramente protelatórias, o juiz deverá fundamentar a sua decisão. Conforme citado alhures, os comandos do art. 797 do CPC/73 também foram objeto de inconformismos doutrinários, pois estabelecia que, em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, o juiz poderia determinar medidas cautelares sem a audiência das partes. Tais questionamentos foram superados, pois o mencionado artigo não tem correspondência no Código de Processo Civil vigente, pelo contrário, no art. 9º, *caput*, do CPC/15 encontra-se estabelecido que não se proferirá decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente

35 BAHIA, Alexandre de Melo Franco; SILVA, Diogo Bacha e; PEDRON, Flávio Quinaud. (Re) Construção do princípio do contraditório: um diálogo entre a Escola Mineira de processo e Nicola Picardi. In: OMMATI, José Emílio Medauar; DUTRA, Leonardo Campos Victor. **Teoria Crítica do Processo**: contributos da Escola Mineira de Processo para o constitucionalismo democrático. (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 19.

ouvida. Outra crítica ao revogado Código de Processo Civil fundava-se na impossibilidade de o juiz distribuir o ônus da prova de maneira diversa, pois as disposições do art. 333, *caput* e incisos I e II, do CPC/73 delimitava o ônus da prova ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito e, ao réu, quanto à existência de fato capaz de impedir, modificar ou extinguir o direito do autor (teoria estática do ônus da prova). Não obstante, esses questionamentos também se dissiparam, pois o Código de Processo Civil vigente inovou e, possibilitou ao juiz, caso seja necessário, inverter o ônus probatório. Assim, em princípio, o referido ônus será incumbido segundo os termos da teoria estática do ônus da prova (art. 373, *caput* e incisos I e II, do CPC/15), que determina: o ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; ao réu, quanto à existência de fato capaz de impedir, modificar ou extinguir o direito do autor. Mas, conforme estabelece o art. 373, §§ 1º, 2º, 3º e 4º, do CPC/15 - teoria dinâmica do ônus da prova - o juiz poderá, em decisão fundamentada, atribuir esse ônus de modo diverso. Isso poderá ocorrer nos casos da inversão *ope legis* (previsão legal) ou convenção - anterior ou durante o processo (direitos disponíveis) -, ou ainda, na inversão *ope judicis*, devido às peculiaridades da causa (caso concreto), relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade do cumprimento do encargo, nos termos da teoria estática do ônus da prova, ou ainda, na maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário. Mas, o juiz deverá oportunizar à parte desincumbir-se do referido ônus que lhe fora atribuído e a inversão do ônus probatório não poderá gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

A prova deve ser vista como garantia de levar ao juiz elementos para constatar a existência ou inexistência dos fatos. Assim, a prova é um dos aspectos essenciais do princípio do contraditório. Nada adiantaria, porém, a mera declaração formal do contraditório se não fosse garantido ao jurisdicionado provar os fatos que embasam a sua posição no processo.³⁶ A importância das inovações advindas com o CPC/15 para o Direito Processual é notória, mas algumas críticas, como as efetuadas por André Cordeiro Leal e Vinícius Lott Thibau, não se restringem aos estabelecimentos do revogado CPC/73, elas também são dirigidas ao Código processual vigente. Ao questionarem o art. 16 do CPC/15, que estabelece: a jurisdição civil é exercida pelos juízes, os referidos juristas afirmam que

36 LOPES, João Batista. Direito à prova, discricionariedade judicial e fundamentação da sentença. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coord.). **Direito probatório**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2016, p.51.

o Código de Processo Civil de 2015 não trouxe nenhuma novidade ao ordenamento jurídico. Isso, porque na dogmática tradicional o exercício da jurisdição sempre foi estatal. Assim, segundo os referidos juristas, o CPC/15, por reprodução textual, retrata exatamente o que Alfredo Buzaid herdara de Oskar von Bülow e demais seguidores.³⁷ Tais questionamentos devem ser relativizados, pois, além dos institutos já citados, o CPC/15 trouxe, em seu bojo, várias outras alterações e inovações que vão de encontro aos princípios fundamentais do Processo Constitucional. *V.g.*, o revogado art. 131 do CPC/73 estabelecia que o juiz apreciará “livremente” à prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar na sentença os motivos que lhe formaram o convencimento. Já no art. 371 do CPC/15 a palavra “livremente” foi suprimida, o juiz apreciará a prova constante dos autos e, independentemente do sujeito que a tiver promovido, indicará na decisão as razões da formação do seu convencimento.

O chamado princípio do livre convencimento motivado poderia representar um cheque em branco nas mãos do magistrado. Tais direitos não estão à disposição do julgador, por isso não devem ser manejados de acordo com a sua vontade, mas do exercício inegociável da argumentação, realizada em contraditório, como determina a CF/88.³⁸ Com isso, o legislador afastou a possibilidade de o juiz estabelecer a produção de determinada prova de acordo com o seu livre convencimento e legitimamente indeferi-la. Trata-se, claramente, da adequação da legislação processual à norma constitucional, que estabelece no art. 93, inciso IX, da CF/88 que as decisões judiciais devem ser motivadas sob pena de nulidade. Assim, o magistrado não poderá indeferir a produção de provas, a não ser quando se tratar de diligências inúteis ou meramente protelatórias, mas, mesmo assim, a decisão deve ser fundamentada.³⁹ A supressão do termo “livremente”, do art. 371 do CPC/15, coloca fim ao denominado “princípio

37 LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. A estrutura fundamental do direito processual dogmático e suas repercussões no Código de Processo Civil Brasileiro de 2015. In: OMMATI, José Emílio Medauar; DUTRA, Leonardo Campos Victor. **Teoria Crítica do Processo:** contributos da Escola Mineira de Processo para o constitucionalismo democrático. (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 39.

38 PINHO, Ana Cláudia Bastos de; BRITO, Michelle Barbosa de. É possível controlar o livre convencimento motivado? Quando a falta de uma teoria da decisão transforma a discricionariedade em “princípio”. In: OMMATI, José Emílio Medauar. (Coord.). **Ronald Dworkin e o direito brasileiro.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 99.

39 LANES, Júlio Cesar Goulart; POZATTI, Fabrício Costa. O juiz como o único destinatário da prova? In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coord.). **Direito probatório.** 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 97-102.

do livre convencimento”, que, na realidade, jamais fora um princípio. Com isso, o magistrado não mais poderá fundamentar a decisão alegando que “julgou segundo a sua consciência”. Desse modo, ao retirar o poder da livre apreciação ou convencimento, o CPC/15 afasta o protagonismo do julgador, a presunção racional e o arcaico instrumentalismo processual. Mas, isso não quer dizer que o juiz deva se transformar em um exegeta do século XIX ou esteja proibido de exercer a interpretação hermenêutica.⁴⁰

Como visto, o Código de Processo Civil de 2015 estabeleceu um conjunto de normas que devem ser aplicadas no processo. Dentre outras imposições legais, o juiz deve decidir de forma fundamentada e observar o contraditório, à ampla defesa e o devido processo legal. Desse modo, é inconcebível admitir decisões judiciais infundadas, solipsistas e autocráticas. Logo, os conceitos que alicerçam à teoria - instrumentalista - da relação jurídica processual se apresentam intempestivos e inconcebíveis para o processo constitucionalizado, pois o exercício paritário do contraditório é impraticável em um ambiente processual que coloca o juiz acima das partes, adota argumentos com fundamentos metajurídicos e admite decisões subjetivas, embasadas na consciência do julgador.

Com esse entendimento, José Emílio Medauar Ommati defende à superação da referida teoria - instrumentalista - da relação jurídica e a adoção de novos conceitos que não restrinja o processo à apenas o mero exercício do poder jurisdicional do magistrado. Isso, porque a mencionada teoria confere ao magistrado amplos poderes decisórios, desconhecendo-se inclusive o direito de participação dos interessados com seus os argumentos para a construção do provimento final. Note-se que a jurisdição aparece como uma simples atuação ou poder do Estado, exercido através do processo, instrumento da jurisdição, e o magistrado é esse sujeito, solitário, que garantirá o Poder Estatal. Nos moldes da teoria da relação jurídica, o processo não serve apenas para solucionar a situação litigiosa apresentada pelas partes, mas também deve desenvolver e satisfazer escopos metajurídicos, passíveis de serem realizados em decorrência da formação moral e ética do magistrado, o guardião dos valores da sociedade.⁴¹ Desse modo, esse entendimento autocrático, que considera o processo um simples instrumento da jurisdição, não pode perdurar, pois a mitigação da ampla

40 STRECK, Lenio Luiz. As provas e o novo CPC: a extinção do poder de livre convencimento. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coord.). **Direito probatório**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 110-111.

41 OMMATI, José Emílio Medauar. A crise de paradigmas na teoria do processo no Brasil. In: OMMATI, José Emílio Medauar. (Org.). **Escritos de direitos fundamentais**. V. 1. Belo Horizonte, Conhecimento Livraria e Distribuidora, 2019, p. 245.

defesa e do contraditório interfere negativamente na formação do mérito processual, comprometendo, conseqüentemente, o provimento judicial.

O juiz não decide de forma sábia, matemática e solitariamente, há que se criar um vínculo dialógico entre as partes envolvidas no processo, pois “a luz” surgirá do debate em contraditório entre essas partes.⁴² Nesse sentido, onde não há vínculo também não pode haver diálogo, para que haja contraditório, primeiramente, deve-se criar um liame dialogal, pois somente assim poder-se-á chegar a um entendimento livre de qualquer coerção.⁴³ Apenas sob a égide de um paradigma verdadeiramente democrático poder-se-á considerar a possibilidade da superação das arcaicas amarras que ainda prendem alguns juristas brasileiros ao manto do positivismo jurídico e a uma Teoria Geral do Processo que o preconiza como um instrumento da relação jurídica.⁴⁴ Para a superação da dogmática jurídica estreitamente vinculada ao Estado é necessário a implantação de novos modelos jurídicos que preze pela universalidade dos princípios constitucionais.⁴⁵ Nesse entendimento, o modelo fazzalariano, que considera o processo como procedimento realizado em contraditório entre as partes, supera à concepção teórica do processo como - instrumento - relação jurídica. Haja vista que o contraditório é a oportunidade assegurada aos destinatários do provimento judicial de contribuírem, de forma adversa e em simétrica paridade, para a formação do mérito processual e do provimento judicial. Essa prerrogativa não se concilia com o vínculo de sujeição autocrático das partes ao magistrado. Com a evolução conceitual do direito ao contraditório, o modelo - instrumentalista - da relação jurídica processual já não é logicamente admitido, pois a relação de sujeito ou de subordinação é incabível no modelo de processo constitucionalizado. As partes se sujeitam ao provimento, ao ato final do processo, de cuja preparação participam, e não ao magistrado. Na concepção de processo como procedimento realizado em contraditório entre as partes renova-se

42 PÉRES LUÑO, Antonio Henrique. **Perspectivas e tendências atuais do Estado Constitucional**. Tradução de José Luis Bolsan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 95.

43 GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: complementos e índice**. Tradução de Ênio Paulo Giachini e Marcia Sá Cavalcante-Chuback. 6. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2011, p. 139.

44 PEDRON, Flávio Quinaud. A superação da tese do livre convencimento motivado do magistrado em face do dever de busca pela resposta correta na teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin. In: NUNES, Dierle; LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio Luiz. **O fim do livre convencimento motivado**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 91.

45 JULIOS-CAMPUZANO, Afonso de. **Constitucionalismo em tempos de globalização**. Jose Luis Bolsan de Moraes; Valéria Ribas Nascimento (Trad.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 64.

também o conceito de ação, que se converte em uma série de proposições subjetivas e compostas, atribuídas às partes em todo o curso do processo, que devem ser exercidas em correlação às atividades do juiz, no exercício da sua função jurisdicional. Na estrutura normativa do processo constitucionalizado os poderes, faculdades e deveres das partes não podem ser exigidos, elas (partes) podem ou não os transformar em ônus. Mas, a função jurisdicional, irrenunciável, é do Estado, que deve cumprir o poder/dever da resposta, o provimento judicial. A concepção do processo como procedimento realizado em contraditório não comporta quaisquer fins extrajurídicos, porque a produção participativa do mérito processual e consequentemente a preparação do provimento final (válido) são juridicamente disciplinados.⁴⁶ Além disso, apesar de não ser indiferente, no processo não há uma relação de interdependência lógica das normas processuais com às substanciais. Logo, ao conceber o processo como um procedimento realizado em contraditório entre as partes, os destinatários do provimento judicial já não precisam se afligirem com as preferências ideológicas dos juízes. Isso, porque serão as partes que contribuirão, de forma dialógica e em contraditório, com a formação do mérito processual e consequentemente influenciarão no provimento final. Assim, a vetusta teoria - instrumentalista - da relação jurídica foi suplantada pela fazzalariana, pois esta teoria é condizente com os preceitos do Processo Constitucional e com os princípios do Estado Democrático de Direito. Isso, porque em Fazzalari, o *iter* procedimental é realizado de forma contraditória e em simétrica paridade das partes, assegura à ampla defesa e, além disso, a decisão judicial só será considerada válida se for devidamente fundamentada, portanto, em conformidade com o devido processo legal.

No Estado Democrático, o juiz deve agir com imparcialidade e não pode utilizar argumentos metajurídicos em sua decisão, como pretende a teoria instrumentalista. No exercício da jurisdição, o juiz não está autorizado a inovar à legislação (neopositivismo), mas deve, imparcialmente, interpretar o texto normativo e aplicá-lo ao caso concreto, como determina o ordenamento jurídico pátrio.

3 Considerações finais

Como exposto, o art. 1º do CPC/15 institui que, observando-se às disposições do Código, o processo será ordenado, disciplinado e

46 GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 170-172.

interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidas na Constituição Federal de 1988. Logo, para que o processo seja considerado válido deve-se observar a legislação e as normas constitucionais, em especial, o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal (art. 5º, incisos LIV e LV, da CF/88), além disso, as decisões judiciais devem ser fundamentadas (art. 93, inciso IX, da CF/88). Em âmbito infraconstitucional, o art. 9º do CPC/15, estabelece que não se deve proferir decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida, ressalvando as exceções positivadas no próprio Código processual. O art. 10 do CPC/15 dispõe que o juiz não poderá decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não tenha oportunizado as partes o direito de se manifestarem, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. Já o art. 489, §§ 1º, 2º e 3º, do CPC/15 impõe que, embasado no princípio da boa-fé processual, toda decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, precisa ser devidamente fundamentada, partindo-se do enfrentamento de todos os argumentos aduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão do julgador. Logo, é incabível a existência de decisões judiciais infundadas, solipsistas e autocráticas, pois o mérito processual deve ser produzido dialogicamente e em contraditório pelas partes, portanto, contribuindo com a formação do provimento judicial.

Nestes termos, o processo não pode ser considerado um instrumento da jurisdição, mas um procedimento realizado em contraditório, assegurando aos litigantes o direito de participação em simétrica paridade, na fase que forma o mérito processual e prepara o provimento judicial. Mas, como citado algures, alguns juristas, adeptos da teoria instrumentalista da relação jurídica do processo, argumentam que as exigências formais do processo só merecem ser cumpridas à risca, sob pena de invalidade dos atos, apenas quando isso for indispensável para a consecução dos objetivos desejados. Para fundamentar esse entendimento tais juristas alegam que não se anula o processo por vício de citação se o réu compareceu e se defendeu. No entanto, é inadequado generalizar e expandir uma exceção processual, que não gera nenhum prejuízo às partes e objetiva alcançar à celeridade processual (art. 4º do CPC/15) para justificar decisões judiciais solipsistas e subjetivas, alicerçadas na consciência do juiz e em argumentos metajurídicos, conforme defende os adeptos da referida teoria. Isso é algo extremamente contrário a deontologia e a boa técnica jurídica-processual, portanto, viola o Processo Constitucional. A teoria (instrumentalista) da relação jurídica não pode persistir e precisa ser superada. O processo deve ser entendido como um procedimento realizado em contraditório e de

forma paritária entre as partes. Com isso, as decisões judiciais só serão consideradas válidas se forem adequadamente fundamentadas, como determina o Código de Processo Civil de 2015 e a própria Constituição Federal de 1988.

Referências

ARAÚJO, Évelyn Cintra. **Apostila de teoria geral do processo**. PUC de Goiás, 2018. Disponível em: <https://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/15445/material/Apostila%20completa%20-%20TGP%202018.pdf>. Acesso em 22 mar. 2024.

BAHIA, Alexandre de Melo Franco; SILVA, Diogo Bacha e; PEDRON, Flávio Quinaud. (Re)Construção do princípio do contraditório: um diálogo entre a Escola Mineira de processo e Nicola Picardi. In: OMMATI, José Emílio Medauar; DUTRA, Leonardo Campos Victor. **Teoria Crítica do Processo**: contributos da Escola Mineira de Processo para o constitucionalismo democrático. (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 5-26.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual? In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre (Coord.). **Garantismo processual**: garantias constitucionais aplicadas ao processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 1-39.

CALAMANDREI, Piero. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de Douglas Dias Ferreira. 2. ed. Campinas: Bookseller, v. I, 2003.

CALAMANDREI, Piero. **Processo e democracia**: conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México. Tradução de Mauro Fonseca Andrade. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. 2. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, v. I, 2004.

CHIOVENDA, Giuseppe. **A ação nos sistemas dos direitos**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 31. ed., rev.

e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015.

COSTA, Fabrício Veiga. **Mérito processual**: a formação participativa nas ações coletivas. Belo Horizonte: Arrais Editores, 2012.

COSTA, Fabrício Veiga. Modelo Constitucional de processo coletivo na teoria das ações coletivas como ações temáticas. In: OMMATI, José Emílio Medauar; DUTRA, Leonardo Campos Victor. (Coord.). **Teoria crítica do processo**: contributos da Escola Mineira de Processo para o constitucionalismo democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 85-111.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Elaine Nassif. (Trad.). Campinas: Bookseller, 2006.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: complementos e índice. Tradução de Ênio Paulo Giachini e Marcia Sá Cavalcante-Chuback. 6. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2011.

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

JULIOS-CAMPUZANO, Afonso de. **Constitucionalismo em tempos de globalização**. Jose Luis Bolsan de Moraes; Valéria Ribas Nascimento (Trad.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

LANES, Júlio Cesar Goulart; POZATTI, Fabrício Costa. O juiz como o único destinatário da prova? In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coord.). **Direito probatório**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 91-106.

LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. A estrutura fundamental do direito processual dogmático e suas repercussões no Código de Processo Civil Brasileiro de 2015. In: OMMATI, José Emílio Medauar; DUTRA, Leonardo Campos Victor. **Teoria Crítica do Processo**: contributos da Escola Mineira de Processo para o constitucionalismo democrático. (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 27-48.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

LOPES, João Batista. Direito à prova, discricionariedade judicial e fundamentação da sentença. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coord.). **Direito probatório**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 49-58.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARTINS, Naony Souza Costa; COSTA, Fabrício Veiga. Jurisdição, ação e processo em Eduardo Juan Couture. In: COSTA, Fabrício Veiga (Org.); MENEGHETTI, Rayssa Rodrigues; MÓL, Ana Lúcia Ribeiro (Coord.). **Estudos avançados de teorias do processo, da jurisdição e da ação**. Porto Alegre: Fi, 2023, p. 212-245.

OMMATI, José Emílio Medauar. A crise de paradigmas na teoria do processo no Brasil. In: OMMATI, José Emílio Medauar. (Org.). **Escritos de direitos fundamentais**. V. 1. Belo Horizonte, Conhecimento Livraria e Distribuidora, 2019, p. 221-254.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Uma teoria dos direitos fundamentais**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

PEDRON, Flávio Quinaud. A superação da tese do livre convencimento motivado do magistrado em face do dever de busca pela resposta correta na teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin. In: NUNES, Dierle; LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio Luiz. **O fim do livre convencimento motivado**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 75-92.

PENNA, Saulo Versiani. **Controle e implementação processual de políticas públicas no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

PÉRES LUÑO, Antonio Henrique. **Perspectivas e tendências atuais do Estado Constitucional**. Tradução de José Luis Bolsan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de; BRITO, Michelle Barbosa de. É possível controlar o livre convencimento motivado? Quando a falta de uma teoria da decisão transforma a discricionariedade em “princípio”. In: OMMATI, José Emílio Medauar. (Coord.). **Ronald Dworkin e o direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 95-124.

STRECK, Lenio Luiz. As provas e o novo CPC: a extinção do poder de livre convencimento. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coord.). **Direito probatório**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 107-113.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isso – decido conforme minha consciência?** 5. ed. ver. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 56. ed., rev., atual. e ampl., vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

Capítulo 2

GLOBALIZAÇÃO, JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E RESPOSTAS CONSTITUCIONAIS AOS DESAFIOS IMPOSTOS

Luisa Comelli Figueira Gueiros¹

Américo Bedê Freire Júnior²

1 Introdução

O século XX, profundamente marcado pelo avanço científico e em diversas áreas do conhecimento, também foi responsável pela produção de inúmeros questionamentos de ordem constitucional fundamental, global e, sem dúvida, altamente complexos.

A partir desse cenário, e com o dinamismo das relações, surgem inúmeras indagações que carecem até os dias de hoje de articulação, organização e a devida regulação.

Com a expansão dos direitos humanos e constitucionais fundamentais, constituições dotadas de alto valor principiológico e o advento da globalização, fenômeno este econômico, social e político-cultural, surgiu a necessidade de interação entre as diversas esferas de governança, sejam locais, nacionais e internacionais, de modo a afetarem não só a interpretação, mas a aplicação do direito constitucional.

Desta forma, com a finalidade de assegurar os direitos previstos na Constituição, e diante da necessidade de resolução aos desafios globais apresentados a todo momento, e em especial nos dias atuais, como a recente

1 Mestranda em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória - FDV. Especialista em Direito Aplicado pela Escola de Magistratura do Estado do Espírito Santo. Graduada em Direito pela Universidade Vila Velha – UVV. Advogada. Contato: luisa.cfg@hotmail.com.

2 Pós Doutor na Universidad Las Palmas Gran Canaria- Espanha. Doutor em Direitos e Garantias Fundamentais - Faculdades de Direito de Vitória. Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais - Faculdades de Vitória. graduação em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Juiz Instrutor no STF. Juiz Federal Titular da 2 Vara Federal Criminal em Vitória /ES. Professor titular do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu da - Faculdades de Vitória e Professor da graduação da FDV/ES. Atuando principalmente nos seguintes temas: processo penal, direito constitucional, direito penal, princípios constitucionais e processo penal .Epistemologia judicial.

epidemia do coronavírus (covid-19), fluxos migratórios em decorrência de guerras, secas e tantos outros dilemas sociais que decorrem não só de questões tidas como exceções, mas de uma modificação que impacta os contextos sociais, observa-se uma crescente necessidade de manifestação dos tribunais em questões de natureza política, que exigem a cooperação e respostas constitucionais a tantos problemas.

Diante do cenário acima apresentado, pergunta-se: Como o Direito e as constituições podem ser ajustados para lidar com desafios internos e globais sem afetar a democracia e a governança eficaz?

2 Desenvolvimento

O pós positivismo, surgido no século XX, em contexto pós segunda guerra mundial, propôs uma nova forma de interpretação dos preceitos positivados na Constituição, de modo a superar dessemelhanças entre normas de caráter supralegal e infraconstitucional, constatando-se uma forma de interpretação e, conseqüentemente, de aplicação das leis que afetam diretamente a efetivação dos direitos tidos como fundamentais e humanos e a atuação dos tribunais.

Edgar Morin (2005), em “Os sete saberes necessários à educação do futuro”, relata que o ser humano é multidimensional e desta forma comportam ser ao biológico, psíquico, racional, social e afetivo, assim como as sociedades, que comportam dimensões histórica, econômica, sociológica e religiosa e desta forma, deve-se enfrentar a complexidade para resolver problemas essenciais, não simplificando-os, mas sim compreendendo-os e refletindo de forma a reduzir os erros e ilusões.

Sabe-se que o fato de os direitos estarem positivados em textos constitucionais não traz garantia de efetividade e cumprimento e é nesse contexto que o chamado neoconstitucionalismo ganha papel de destaque, ao promover a garantia e a dignidade humana entre as partes na sociedade, através da releitura dos dispositivos para que estejam em consonância com as respectivas mudanças sociais e o dinamismo das relações e acontecimentos locais, e globais.

Nesse sentido preceitua Edgar Morin (2005, p.37) ao afirmar que “O global é mais que o contexto, é o conjunto das diversas partes ligadas a ele de modo inter-retroativo ou organizacional. Dessa maneira, uma sociedade é mais que um contexto; é o todo organizador de que fazemos parte”.

Dworkin (2002, p. 131) afirma que os positivistas são forçados a alcançar conclusões decisionistas ao adotarem uma concepção unidimensional do direito enquanto um sistema de regras sem princípios. Todavia, ao se deparar com casos complexos e inusitados chamados por ele de “casos difíceis”, onde o conflito ainda não fora ajustado de forma expressa, é que o positivismo vacila pois quando levados ao tribunal para saber quais os direitos e obrigações são devidos às partes, surge a necessidade da explicação de tais casos através da discricionariedade de alguém, e é através do uso e da natureza da argumentação de princípios jurídicos que se torna possível a restrição do poder discricionário dos juízes e a solução das demandas.

Rompendo com o direito posto e sugerindo considerações acerca não só do Direito positivado mas de suas interpretações a fim de atender à função social a que a norma se propõe é que se atribuiu função normativa aos princípios e definiu-se novas relações aos valores e às regras.

Dispõe também Ronald Dworkin que a vida em sociedade impõe obrigações, sejam particulares ou comunitárias, e que o Direito é o responsável pela interpretação não só das opiniões, mas das políticas sociais, visto ser necessária e esperada uma mínima fidelidade na vida em sociedade. Vejamos:

A vida em sociedade, por sua vez, impõe obrigações associativas ou comunitárias e o Direito acaba por sufragar esses valores ao insistir que as proposições jurídicas são opiniões interpretativas, que combinam elementos volvidos tanto ao passado quanto ao futuro, como uma política em processo de desenvolvimento, porque o modo de viver gregário exige fidelidade. (2007, p. 231, 237 e 271)

Portanto, a sociedade, seja em caráter local, nacional ou até mesmo global, é responsável por ditar os padrões que serão incorporados aos ordenamentos ou incitar mudanças, mas não só isso, afetada por fatores que independem da vontade coletiva humana sejam eles ambientais, econômicos, ou religiosos, como direito ao meio ambiente saudável, direito à paz, direito ao trabalho, e que tocam as comunidades, orienta as questões morais e favorece que haja negociações reguladas por procedimentos, para serem decididas de forma racional e pragmática, estabelecendo assim, compromissos com as questões ético-políticas, conforme preceitua Habermas (1998, p. 233-236).

Os preceitos trazidos pela globalização como a integração global, reordenação das relações de poder, compreensão espaço-temporal, surgimento de uma cultura que pode se dizer até mesmo unificada pela

consciência do aumento da diversidade, e a interdependência econômica, destacam a importância da preservação da dignidade da pessoa humana, e dos princípios e direitos constitucionais fundamentais e humanos, e portanto, inerentes à condição de pessoa e cidadão, que são constantemente afetados pela complexa ordem moderna que se instaura dia após dia, de acordo com as influências das relações e as modificações sociais, econômicas e ambientais.

Nesse sentido, Peter Drucker afirma a importância de um compromisso ativo social, para o fortalecimento da comunidade em prol do bem comum. Vejamos:

Como termo legal, “cidadania” indica mais uma identificação do que uma ação. Como termo político, “cidadania” significa compromisso ativo. Significa responsabilidade. Significa fazer diferença na sua comunidade, na sua sociedade, no seu país. (1999, p. 130).

Diante disso, percebe-se que as sociedades atuais tidas como complexas que antes, segundo a Teoria Positivista, tentavam por eliminar as influências ideológicas políticas e moralizantes carecem não apenas de um sistema de normas, mas ao contrário, de um sistema jurídico que opere de acordo com a necessidade da construção de um discurso político e medidas capazes de abarcar segundo o que conceitua Herbert Hart (2009) as incertezas e ineficiências produzidas pelos ordenamentos advindas da impossibilidade de o legislador abranger todas as questões que envolvem não somente o passado, mas também questões presentes e futuras.

Assim dispõe Habermas ao apontar que a interpretação do Direito tem como ponto inicial uma ordem jurídica capaz de compreender as questões dominantes na sociedade, tendo em vista a complexidade moderna:

A interpretação do Direito tem como ponto de partida a ordem jurídica como um todo em contato com a “pré-compreensão” dominante na sociedade. Há, pois, uma teoria social, como pano de fundo, para tomada de decisões. O paradigma tem que ser o mais apropriado à complexidade inerente à alta modernidade. (2003a, p. 123 e 129)

O paradigma, segundo o que apresenta Habermas, identifica os padrões de compreensão utilizados para delinear a forma como se percebe o mundo e o jeito em que se relaciona com ele.

Nessa conjunção, o paradigma do Estado Democrático de Direito surge como uma forma de Estado que une três componentes: a democracia, os direitos individuais e o Estado de Direito, este último tido como um princípio fundamental onde o Estado soberano fica adstrito ao que

propõem as leis. Desta forma, todos os cidadãos, incluindo as autoridades que representam as instituições de poder, ficam restritos aos sistemas normativos e regulamentadores na tentativa de garantia da igualdade e de acesso à justiça em seu conceito mais amplo.

Consiste o pensamento de Habermas que o paradigma no Estado Democrático de Direito se constitui com base em três pilares: a democracia, o respeito aos direitos humanos e às liberdades individuais e o Estado de direito, onde as leis são aplicadas de forma justa e imparcial, e desta forma tanto os cidadãos quanto os governantes estão sujeitos às leis. Assim, observa-se a politização dos aspectos da vida social tornando-se maior a participação ativa dos cidadãos de forma a tentar garantir os direitos previstos para uma sociedade mais igualitária:

Os paradigmas, naturalmente, influenciam a maneira de enxergar o papel e o sentido do Direito. Nos Estados de Direito, liberal e social, a função desempenhada pelos direitos humanos e fundamentais parece ser distinta da requerida no paradigma do Estado Democrático de Direito que carrega anseio inadiável de democratização radical (2003, b. p. 13).

Entende-se a democracia, balizada pela Constituição, como sendo um sistema de governo onde o poder político é exercido pelo povo seja através dos representantes eleitos ou diretamente, e não por uma autoridade em específico.

Considerando os cidadãos iguais perante a lei com oportunidades semelhantes de participação na vida política independente de religião, etnia ou situação socioeconômica observa-se maior oportunidade de participação ativa da sociedade no processo político, respeitadas as leis e a proteção dos direitos e das liberdades sociais, e reconhecendo a diversidade de interesses e opiniões, ampliando assim as negociações para solução de conflitos e tomadas de decisões mais assertivas.

Corroborando com essa ideia, Luis Alberto Warat preceitua no sentido de não haver mais uma autoridade que seja incontestável, fiadora do poder e do saber ao considerar os dilemas e embates presentes na sociedade. Vejamos:

[...] na democracia não se pode mais aceitar o princípio de um suposto possuidor do sentido da lei, do sentido último do poder e do conhecimento social. De alguma maneira estamos diante de um princípio de politização do social que é baseado no dilema, no conflito e no debate na sociedade. (2000, p.136)

Portanto, em um contexto de globalização e difusão de direitos,

prevalecendo em grande parte do mundo uma noção de democracia, torna-se inconcebível a ideia de um controle absoluto sobre a interpretação dos sistemas normativos, sendo indissociável a concepção de um sistema cada vez mais politizado em que as decisões passam a ser tomadas por meio dos debates inerentes aos conflitos e dilemas sociais, ou seja, através da politização judicial.

Pode-se inferir que o fenômeno da judicialização da política está intimamente ligado ao ativismo judicial, visto que questões tidas como políticas que são afetadas diretamente pelos impasses e questões sociais passam a ser resolvidos pelos tribunais, exigindo assim um papel mais ativo do Poder Judiciário, responsável pelas decisões judiciais na interpretação normativa para a promoção de direitos, valores e objetivos sociais mesmo que não explícitos em lei, e também na formulação de políticas públicas.

Ocorre este fenômeno como um modo para efetivar os direitos humanos e fundamentais constitucionais em seus verdadeiros fins através da intervenção na competência originária entre os poderes (Executivo e Legislativo) quando atua determinando condutas a serem tomadas pelo Poder Público, ou quando da alteração dos sentidos originários dada pelo Legislador ordinário, de modo a envolver-se intimamente nas políticas públicas.

Luís Roberto Barroso já descreve o fenômeno do ativismo judicial no momento em que o Poder Judiciário, por meio da competência que lhe é atribuída, passa a decidir de um “modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance” (2012, p. 25), agindo então de uma forma mais ativa quanto ao emprego da hermenêutica constitucional, sendo o ativismo caracterizado pela participação mais ampla das instituições decisórias para a concretização dos valores e fins a que se propõem as constituições, ocorrendo a interferência e conexão com os demais Poderes. Isso não significa necessariamente um embate entre as Instituições de poder ou entre tais instâncias e a sociedade, mas muitas vezes apenas uma ocupação de espaços tidos como vazios. (2012, p. 371)

Desanuviando a conceituação de espaço vazio, Luis Alberto Warat (2000, p. 137) esclarece que o princípio da politização democrática do social infere que em frente à necessidade de se garantir que o conflito seja desenvolvido de forma a encontrar uma pacificação as autoridades pessoais de cada indivíduo devem ser deixadas de lado, para assim pensar a verdade e o poder como maneiras de contrabalancear os perigos de congelamentos de discursos, opiniões e crenças.

Assim, os juristas legitimam suas decisões legais através do resultado do que preceitua Warat como sendo uma suposta racionalidade ética, refletindo padrões morais preexistentes na sociedade.

A “região das opiniões éticas”, que no processo de formação do espírito científico forçam critérios de racionalidade, pelos quais a desrazão surge como um desajuste em relação aos padrões morais vigentes. A partir dessa situação, explora-se uma identificação falaciosa entre a razão e a ética; com isso os juristas conseguem legitimar os sistemas de decisões legais como expressão estereotipada de uma racionalidade eticamente determinada. (2004, p. 34).

Portanto, diante de todo o contexto exposto destaca-se a impossibilidade de dissociação das realidades e dos poderes, de modo que preceitua Edgar Morin ao citar a virtude cognitiva do princípio de Pascal:

Sendo todas as coisas causadas e causadoras, ajudadas e ajudantes, mediatas e imediatas, e sustentando-se todas por um elo natural e insensível que une os mais distantes e as mais diferentes, considero ser impossível conhecer as partes sem conhecer o todo, tampouco conhecer o todo sem conhecer particularmente as partes. (2005, p. 37).

Em resumo, diante da complexidade das sociedades atuais em um contexto global, a judicialização política e a governança eficaz estão intimamente ligadas podendo ser analisadas através do equilíbrio entre os poderes, de forma saudável, para evitar abusos de autoridade e ao mesmo tempo promover a concretização de direitos humanos e constitucionais fundamentais, também através da maior permissão para que os cidadãos tenham acesso à justiça em sentido amplo e restrito, promovendo uma atuação ativa para resolver ou contestar ações governamentais e proporcionando uma maior responsabilidade dos governos em relação a seus atos perante à sociedade.

Dispõe a juíza Cristiane Padim:

Nesta perspectiva, o acesso à Justiça não diz respeito exclusivamente à chegada ao Poder Judiciário pela interposição de uma ação, mas, também e principalmente, ao acesso efetivo a uma ordem jurídica justa e em tempo razoável [...]. (2021)

3 Considerações finais

Em um contexto de globalização, e de observação da complexidade social que permeia os dias contemporâneos deve-se admitir a impossibilidade do homem de perceber todas as realidades, tendo em vista os diversos contextos em que se insere a humanidade através do tempo, história e

culturas.

Assim, inexistindo um conceito de justiça e de verdade absolutos se torna impossível a tentativa de colocar todas as situações que envolvem o dinamismo social em normas estáticas, devendo-se entender a complexidade dos sistemas sociais e interpretá-los dentro dos parâmetros estabelecidos, de modo a tentar garantir a efetivação do que envolve uma governança eficaz, garantindo o respeito ao Estado de Direito, à proteção dos direitos individuais e a responsabilização dos governos perante à sociedade.

Portanto, o Direito através das constituições e de seus mecanismos de interpretação pode ser ajustado para lidar com desafios internos e globais sem afetar a democracia e a governança eficaz de modo negativo, mas ao contrário, observando as circunstâncias que atingem os grupos sejam local, nacional ou em nível global, para serem analisadas como um contexto dentro de realidades tidas como únicas porém irrepetíveis, que carecem de ser atendidas em face da melhor interpretação possível que abarque os direitos humanos e as garantias fundamentais constitucionais para que todos os casos, incluindo os tidos como “difíceis”, sejam contemplados com a efetivação das normas e adequação social.

Apesar da dificuldade de encontrar uma resposta absoluta para a temática, os direitos humanos surgem como um fator de criticidade e guia da moral que devem ser respeitados em um contexto de globalização.

Em se tratando de espaços cada vez mais interconectados e culturas entrecruzadas, onde os limites fronteiriços aos poucos e em muitos aspectos se dissolvem, os direitos humanos passam a se tornar valores fundamentais e comuns a todos, e é nesse contexto que a democracia se firma como um dos meios para assegurar esses direitos, capacitando o cidadão ao promover uma participação mais ativa nas tomadas de decisões e proporcionando um sistema capaz de enfrentar os desafios impostos de maneira mais equitativa e justa.

Assim, conclui-se que com a globalização e todas as inovações a ela inerentes faz-se necessária a integração e o ajuste entre os poderes em todas as suas esferas para que haja a concretização dos direitos humanos e constitucionais fundamentais através da utilização dos mecanismos de hermenêutica constitucional, sem que isso constitua interferência à democracia e à governança eficaz mas sim um complemento à esses institutos, por meio da criação de medidas que abarquem as diversas situações sociais já existentes, mas também as inovações cotidianas decorrentes das sociedades modernas e complexas.

Referências

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. [Syn] Thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012a. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 11 de abril de 2024, às 11:02.

BRASIL. **CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA**. Justiça Multiportas. <https://www.cnj.jus.br/justica-multiportas-oferece-caminhos-adequados-a-solucao-de-conflitos-em-mt/>. 2021. Acesso em: 12 abril. 2024 às 10h07.

DRUCKER, Peter. **Sociedade pós-capitalista**. 7ª ed. São Paulo: Editora Pioneira, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 131.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 2. ed. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007 APUD COURA, Alexandre de Castro; AZEVEDO, Silvagner Andrade de. **Indeterminação do direito e discricionariedade judicial**: pensando a crise do positivismo jurídico a partir de Kelsen, Hart e Dworkin. *In* Direito, Política e Constituição - reflexões acerca da tensão entre constitucionalismo e democracia à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito. Org. Alexandre de Castro Coura e Elda Coelho de Azevedo Bussinguer. Curitiba: Editora CRV, 2014, p. 101-142.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a. vII. APUD COURA, Alexandre de Castro; AZEVEDO, Silvagner Andrade de. **Indeterminação do direito e discricionariedade judicial**: pensando a crise do positivismo jurídico a partir de Kelsen, Hart e Dworkin. *In* Direito, Política e Constituição - reflexões acerca da tensão entre constitucionalismo e democracia à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito. Org. Alexandre de Castro Coura e Elda Coelho de Azevedo Bussinguer. Curitiba: Editora CRV, 2014, p. 101-142.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003 b.vI. - APUD COURA, Alexandre de Castro; AZEVEDO, Silvagner Andrade de. **Indeterminação do direito e**

discrecionalidade judicial: pensando a crise do positivismo jurídico a partir de Kelsen, Hart e Dworkin. *In* Direito, Política e Constituição - reflexões acerca da tensão entre constitucionalismo e democracia à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito. Org. Alexandre de Castro Coura e Elda Coelho de Azevedo Bussinguer. Curitiba: Editora CRV, 2014, p. 101-142.

HART, Herbert. L. A. **O conceito do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes. 2009. p. 119.

MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários a educação do futuro**. São Paulo; Brasília, Df Cortez: Unesco, 2005.

WARAT, Luis Alberto. **A ciência jurídica e seus dois maridos**. Santa Cruz do Sul, EDUNISC, 2000.

WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e ensino do Direito: o sonho acabou**. V. II, Fundação Boiteux, Florianópolis, 2004.

A RELAÇÃO ENTRE PROCESSO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA

Paulo Cesar de Lara¹

1 Introdução

O objetivo deste estudo é compreender a estreita relação entre Processo Constitucional e Democracia. A materialidade e a discursividade da temática da Democracia e do Pluralismo Jurídico necessitam de um aporte técnico processualmente apto a correlacionar os três aspectos que estão no cerne de toda a construção democrática brasileira, a Democracia, o Pluralismo Jurídico e o Processo Constitucional sendo o papel deste último mensurar a adequação do direito com a concretização efetiva de direitos.

As complexidades trazidas com a cultura jurídica contemporânea impulsionada pelas transformações tecnológicas, pelas novas formas de produção do capital advindas com o industrialismo, o que gerou a grande discussão sobre os direitos dos trabalhadores sem regulação, além das novidades tecnológicas ensejaram novas métricas sociais, culturais e econômicas da percepção do mundo, da natureza e da sociedade humana em um contexto de complexidade.

O Processo Constitucional tem relação íntima com todas as etapas de desenvolvimento do direito e das complexidades que foram surgindo com os avanços sociais e tecnológicos.

A essencialidade do Processo Constitucional destaca-se na compreensão do inciso IV do art. 60 da Constituição Federal de 1988, que proíbe a deliberação de propostas de emenda destinadas a abolir direitos e garantias individuais. A Emenda, enquanto norma constitucional, não pode ser proposta com o intuito de deliberar sobre aquilo que a própria norma constitucional proíbe.

1 Doutor em Direitos Fundamentais e Democracia (Centro Universitário Autônomo do Brasil). Professor Adjunto do Departamento de Direito das Relações Sociais da Universidade Estadual de Ponta Grossa, Paraná. E-mail: paulocesardelara@gmail.com, <http://lattes.cnpq.br/4318308708981749>, ORCID: 0000-0003-2097-0621 <https://orcid.org/0000-0003-2097-0621>

A rigidez dessa norma leva alguns a classificá-la, dentro da categorização clássica dos textos constitucionais quanto à sua forma, como super-rígida, ao lado de outras formas, como flexíveis, semirrígidas ou semiflexíveis.

Após a promulgação da Constituição de 1988, observou-se uma interpretação inicialmente mais restritiva quanto ao alcance das normas dotadas de intangibilidade. Essa interpretação limitava-se aos direitos e garantias individuais, concentrando-se principalmente no rol do artigo 5º. Entretanto, essa abordagem mais superficial excluía os arts. 6º a 12 da Constituição Federal.²

Vale destacar que, mesmo do ponto de vista literal, mesmo que se queira considerar elenco dos direitos como exaustivo, uma interpretação mais ampla e aprofundada, é possível compreender que as normas que impedem a afetação dos direitos preservados, tanto material quanto formalmente, referem-se não apenas aos direitos elencados no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais (II), em seus cinco capítulos, mas também ao Título I, que aborda os Princípios Fundamentais.

No entanto, o Constituinte escolheu, dentre os Princípios Fundamentais, a “dignidade da pessoa humana” e os “valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” (art. 1º, III e IV).³ Assim, a proteção ao trabalho e à dignidade da pessoa humana se concretiza efetivamente por meio do trabalho e do acesso a ele, com ênfase na relação de emprego especialmente resguardada, como delineado no art. 7º, I, da Constituição Federal, inserido no Capítulo II dos Direitos Sociais.⁴ Qualquer violação do Processo Constitucional configura uma afronta à própria Constituição e, por conseguinte, compromete o Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, em princípio, poder-se-ia dispor sobre alguns direitos expressamente previstos na Constituição no que tange à noção de Processo Constitucional, especialmente os Princípios Fundamentais.

O art. 1º estabelece que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito, fundamentado em: I – soberania; II – cidadania; III – dignidade da pessoa humana; IV – valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – pluralismo político.

2 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <https://bit.ly/3vKUnOW>. Acesso em: 15 jun. 2023.

3 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil...**

4 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil...**

O parágrafo único destaca que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, conforme os termos desta Constituição.⁵ No Título II, são apresentados os Direitos e Garantias Fundamentais,⁶ compreendidos no Capítulo dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos.

O Art. 5º estipula que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

No que diz respeito à garantia do acesso a dados, o inciso LXXII determina que será concedido *Habeas Data* para: a) assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) possibilitar a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por meio de processo sigiloso, judicial ou administrativo⁷, e assim sucessivamente vão sendo elencados os mais diversos direitos sempre radicados sob o contexto da processualidade.

2 Desenvolvimento

Quanto às origens do Processo Constitucional, há registros históricos que em 1933, Niceto Alcalá-Zamora y Castillo⁸ ao analisar a estrutura do Tribunal de Garantias Constitucionais previsto na Constituição espanhola de 1931, faz uso do termo “Processo Constitucional”.

O termo Processo Constitucional aparece também empregado por Eduardo Couture⁹ em 1947 ao efetuar um estudo sobre as relações entre a Constituição e o Processo Civil.

Daniel Mitidiero¹⁰ e Hermes Zaneti Júnior¹¹ noticiam em linhas

5 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil...**

6 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil...**

7 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil...**

8 ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Significado y Funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales (1933): Ensayos de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional. Buenos Aires: **Revista de la Jurisprudencia Argentina**, 1944. p. 503 e ss.

9 COUTURE Eduardo. Las Garantías Constitucionales del Proceso Civil: **Estudios de Derecho Procesal Civil** (1947). v. 1, 3 ed. Buenos Aires: Depalma, 1979.

10 MITIDIERO, Daniel. **Processo civil**. São Paulo: RT, 2021. p. 50; MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: do modelo ao princípio** (2009). 4. ed. São Paulo: RT, 2019. p. 41.

11 ZANETI JR., Hermes. **A constitucionalização do processo**. 3 ed. São Paulo: RT, 2021.

gerais que Eduardo Couture desenvolveu o tema do Processo Civil sob a perspectiva do Direito Constitucional, Mitidiero¹² busca o itinerário do Processo Constitucional desde os seus primórdios, demonstrando como se deu o enlace do Processo Civil com o Direito Constitucional e a forma como os processualistas foram aos se achegando à disciplina processual da Constitucional.

Mitidiero em seu relato traça o seu roteiro iniciando por Aniceto Alcalá-Zamora Y Castillo¹³, perpassando por Piero Calamandrei¹⁴, Eduardo Couture¹⁵, Mauro Cappelletti¹⁶, Héctor Fix-Zamúdio e Eduardo Ferrer Mac-Gregor¹⁷ e finalmente chegando ao Brasil nos textos de Frederico Marques¹⁸.

Mitidiero¹⁹ observa que a expansão da temática do Processo Constitucional se entrelaça com o avanço das democracias ocidentais e com sua principal expressão no campo do direito, a Constituição, fazendo alusão aos trabalhos de Antonio Ruggeri²⁰ e Maurizio Fioravanti²¹ dentre

-
- 12 MITIDIERO, Daniel. Processo Constitucional: De onde vem, para que serve, do que se alimenta? **Processo costituzionale: da dove viene, a cosa serve, di cosa si nutre?** Revista de Processo? **Revista de Processo: RePro**, São Paulo, v. 48, n 344, p. 307-321, out. 2023. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/179707> .Acesso em: 24 jan. 2024.
- 13 ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Significado y Funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales: Ensayos de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional. Buenos Aires: **Revista de la Jurisprudencia Argentina**, 1944. p. 503 e ss.
- 14 CALAMANDREI, Piero (1889-1956). La Illegittimità Costituzionale delle Leggi nel Processo Civile (1950). **Opere Giuridiche**. Napoli: Morano, 1968. v. III ; CALAMANDREI, Piero. Processo e Giustizia (1950). **Opere Giuridiche**. Napoli: Morano, 1965. v. I; CALAMANDREI, Piero. Processo e Democrazia (1954). **Opere Giuridiche**. Napoli: Morano, 1965. v. I.
- 15 COUTURE, Eduardo. Las Garantías Constitucionales del Proceso Civil (1946). **Estudios de Derecho Procesal Civil** (1947). 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1979. t. I, p. 19 e ss.
- 16 CAPPELLETTI, Mauro. **La Giurisdizione Costituzionale delle Libertà – Primo Studio sul Ricorso Costituzionale**. Milano: Giuffrè, 1955; CAPPELLETTI, Mauro. **La Pregiudizialità Costituzionale nel Processo Civile**. Milano: Giuffrè, 1957; CAPPELLETTI, Mauro. **Il Controllo Giudiziario di Costituzionalità delle Leggi nel Diritto Comparato**. Milano: Giuffrè, 1968.
- 17 MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer *et al*is. **Homenagem Brasileira a Hector Fix-Zamudio em seus 50 Anos como Pesquisador do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2009.
- 18 FREDERICO MARQUES, José. **Ensaio sobre a jurisdição voluntária**. São Paulo: Ed. RT, 1952. p. 14-15.
- 19 MITIDIERO, Daniel. Processo Constitucional: De onde vem, para que serve, do que se alimenta? **Processo costituzionale: da dove viene, a cosa serve, di cosa si nutre?** Revista de Processo? **Revista de Processo: RePro**. São Paulo, v. 48, n 344, p. 307-321, out. 2023. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/179707> .Acesso em: 24 jan. 2024.
- 20 RUGGERI Antonio; SPADARO, Antonino. **Lineamenti di Giustizia Costituzionale (1998)**. 6. ed. Torino: Giappichelli, 2019. p. 6;
- 21 FIORAVANTI, Maurizio. **Costituzione**. Bologna: Il Mulino, 2009; FIORAVANTI, Maurizio. **Costituzionalismo – Percorsi della Storia e Tendenze Attuali** (2009). 7. ed. Roma:

os estrangeiros e dentre os brasileiros alude a uma plêiade de autores dedicados ao estudo do tema²².

Os autores precedentes deram preciosas e fundamentais informações sobre a origem e o desenvolvimento do Processo Constitucional e alguns de seus personagens principais, mas sem nenhuma sombra de dúvida, foram os estudos de José Alfredo de Oliveira Baracho pioneiros no Brasil, no sentido de uma estruturação teórica mais completa possível, estudos estes tomados como fonte para praticamente todos os trabalhos posteriores sobre o tema.

A obra de Baracho não só deve figurar como pioneira, mas principalmente como um testemunho concreto, histórico, materializado de que Processo Constitucional existe, é uma disciplina rigorosamente muitíssimo bem delineada e negar tal fato, só pode advir do total desconhecimento do estudo da área específica ou uma tremenda má fé e desonestidade intelectual.

Como pode ser observado em sua obra maior sobre o assunto, “Processo Constitucional²³”, José Alfredo de Oliveria Baracho não só consolida seus trabalhos anteriores na área, como também inaugura no Brasil o tema Processo Constitucional a exemplo de seus contemporâneos na América Latina e o faz no sentido de delimitar o objeto, descrever o método, precisar a terminologia, bem como traçar um panorama mundial do tema, revestindo o assunto da necessária cientificidade contestada por alguns, sem, contudo, fazerem menção aos fundamentos da obra de Oliveira Baracho.

Os estudos do mestre mineiro têm a virtude de terem aberto o caminho nas searas do Direito Processual e Constitucional, para uma jovial e original escola jurídica do Processo Constitucional, base epistemológica para a edificação de toda a discussão científica do tema, nas últimas décadas no Brasil com escritos iniciados antes mesmo da Constituição de 1988.

Se na esfera constitucional Oliveria Baracho reflete sobre o Processo,

Laterza, 2017.

22 MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. **Curso de direito constitucional** (2007). 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 39 e ss.; BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo** (2009). 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 29 e ss.; SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional** (2012). 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 35 e ss.; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional** (2012). 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 69 e ss.

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

no âmbito Processual antecipa as discussões sobre a constitucionalidade do Instituto Processual, abrindo caminho para uma futura crítica ácida à escola instrumental paulista capitaneada por Cândido Rangel Dinamarco²⁴ e suas finalidades fundadas em escopos metajurídicos, celeridade, eficiência e racionalidade instrumental, teoria esta que com o tempo, em seus extremos chegou a desafiar a própria estrutura garantista do Processo Constitucional, cuja crítica abriu um frutuoso e necessário debate na literatura jurídica pátria e latino-americana.

Camila Mattos Paolinelli,²⁵ ao introduzir a noção do que é o Processo Constitucional conceituando-o como “um recorte sistemático-metodológico de viés científico cujo objeto é examinar relações diretas e indiretas das normas processuais com a Constituição Federal”.

Essa definição é bastante apropriada para introduzir a temática do Processo Constitucional, e a sequência de temas abordados pela autora mineira é seguida para facilitar a exposição do assunto. Como o primeiro termo do binômio Processo Constitucional é o “Processo”, delinear essa categoria jurídica é de fundamental importância no contexto de um cotejamento analítico das categorias essenciais à plena compreensão da instituição jurídica do Processo Constitucional.

Há duas grandes formas de abordar o tema do Processo: analisá-lo enquanto “relação jurídica” ou compreendê-lo enquanto “situação jurídica”. Esta última está intrinsecamente ligada a uma visão democrática do Processo.

As teorias que concebem o Processo como uma “relação jurídica” (escola instrumental) têm sido alvo de críticas contundentes daqueles que entendem o Processo como uma “situação de fato”. Essa última abordagem contrasta essas formas jurídicas com a ideia de Estado de Direito, Democracia e decisões constitucionalmente adequadas ao Estado Democrático de Direito.

A crítica à escola “relacionista”,²⁶ se assim podemos denominar,

24 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

25 PAOLINELLI, Camila Mattos. O que é processo constitucional? **Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro**, n. 13, jan.-jul. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/48KgCTr>. Acesso: 15 maio 2023.

26 Entende-se por postura relacionista a compreensão segundo a qual a natureza do Processo é centrada na ideia de relação processual, visão adotada pela chamada escola instrumentalista liderada por Cândido Rangel Dinamarco e secundada pelas gerações mais jovens, tendo Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero como alguns dos representantes mais eloquentes desta fase do instrumentalismo. Esta postura instrumental e relacional se antepõe à escola

parte de um argumento hegeliano que envolve o reconhecimento de si mesmo a partir do reconhecimento das diferenças do outro. Nessa perspectiva teórica, admite-se que o processo pode ser uma instância de dominação, uma vez que haveria inevitavelmente a submissão de um ser livre e igual a outro ser livre e igual.

Indaga-se sobre a própria origem de um poder que, no plano jurídico, passa a exigir que o outro se sujeite ao voluntarismo da parte preponderante na relação jurídica. No entanto, não explica por que exclui o outro desse cenário, pois isso implicaria na própria contradição ao tentar prevalecer diante da máxima de que todos são igualmente livres e iguais em dignidade.

Aroldo Plínio Gonçalves²⁷ afirma que ao contradizer um direito sobre a conduta do outro, a doutrina se dividiu entre a negação de todo direito decorrente da norma e a busca de novas bases para falar em direito decorrente da norma. Isso evidencia a busca por um novo quadro para superar a antiga conceituação de relação jurídica.

Gustav Radbruch²⁸ lembra da personagem Margarida no Fausto de Goethe ao examinar os fundamentos da pena de morte, indagando: “Carrasco, quem te deu, nas trevas, sobre mim tal poder?” Aroldo Plínio Gonçalves²⁹ reconhece que somente pode provir do Estado um ato imperativo legítimo a incidir sobre a universalidade de direitos de uma pessoa, e isso deve ocorrer em conformidade com um procedimento regulado pelo Direito. Isso abrange o exercício do poder nas funções do Estado, tanto na esfera legislativa e administrativa quanto na jurisdicional judicial.

Partindo desse ponto de vista, Plínio³⁰ analisa que o conceito de Processo só pode ser compreendido à luz dos postulados do Estado Democrático de Direito. A escola instrumentalista, que adota o conceito de

institucionalista que compreende ser a natureza do Processo não de base relacional ou instrumental, mas sim Institucional por se entender ser esta uma visão constitucionalmente adequada ao Estado Democrático de Direito. Propõe uma natureza baseada na “situação jurídica” em que as partes se apresentam em idêntico grau de igualdade, como sustentado por Aroldo Plínio Gonçalves, Rosemiro Pereira Leal, por inspiração de Hélio Fazzalari, apenas para citar alguns, a fim de orientar melhor o leitor sobre as particularidades conceituais dos termos.

27 GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 91.

28 RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. v. II. Coimbra: Arménio Amado, 1961, p. 99-108.

29 GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 91.

30 GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e Teoria do Processo...** p. 91.

Processo como “relação jurídica”, identifica nele uma natureza teleológica, uma busca pela realização de objetivos metajurídicos e finalidades valorativas, os chamados “escopos metajurídicos”.

É exatamente essa abertura semântica a partir das finalidades que ultrapassam a juridicidade ou os valores «supremos». Chegar a essas finalidades dependerá dos humores da habilidade mítica e mística do aplicador da lei, do Magistrado, e de seu senso de justiça. Por isso, esse processo terá uma ideologização, um ritualismo e uma nebulosa mística processual, levando Fazzalari, de forma pioneira conforme assentado por Rosemiro Pereira Leal,³¹ a repensar o Processo.

Hélio Fazzalari,³² autor italiano, sustenta que o Processo só pode ser verdadeiramente democrático. Ele alinha-se com o conceito de “Processo como sendo espécie de Procedimento em contraditório, entre as partes, em simétrica paridade, na preparação do provimento jurisdicional”.

Para Fazzalari, o elemento do contraditório, extraído do constitucionalismo, democraticamente repele qualquer relação de dominação e subserviência. Daí, o afastamento categórico de qualquer conotação “relacional” no âmbito do Processo democrático.

Rosemiro Pereira Leal³³ destaca que o Processo difere do procedimento, o qual não possui a “qualidade constitucional principiológica do contraditório”. O contraditório é uma garantia constitucional e não pode ser um simulacro. Isso implica, efetivamente, o direito à advocacia, a produção de provas e o duplo grau de jurisdição, sendo julgado por um colegiado e não por um único juiz solipsista em primeira instância. Todas essas são garantias estruturantes do próprio Processo.

Para ilustrar essa construção teórica, podemos observar o caso dos poderes dos Relatores nos Tribunais. Em muitas ocasiões, um Relator, com poderes advindos dos Regimentos Internos dos Tribunais, ostenta poderes maiores e mais decisivos do que todo o Tribunal em plena composição.

Essas contradições deveriam levar a doutrina a buscar soluções mais efetivas, sem, no entanto, descuidar do aspecto garantista do Processo. Não é adequado antepor a efetividade às garantias, nem desprezar o princípio da colegialidade como um grande elemento coadjutor da impessoalidade e da moralidade expressos nos julgamentos públicos, transparentes e

31 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 111.

32 FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale**. 5. ed. Padova: Cedam, 1989, p. 80-98.

33 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**... p. 100.

republicanos.

Compreende-se melhor o conceito de Processo Constitucional e sua natureza a partir da ideia de “situação jurídica” de quem, ao se colocar em determinadas situações na vida social, financeira, familiar, terá de suportar os ônus.

Esse suporte ocorre sob a estruturação de um Processo, não sob os auspícios de seres ungidos para atuarem em um sistema de virtual justiça – não no sentido tecnológico, mas no sentido de virtualidade, projeção e imaginário. No entanto, também há sérias implicações relacionadas à virtualização digital da justiça, questões que até agora o direito parece não ter resolvido completamente.

Os constantes fluxos e refluxos das ondas de reformas processuais, que muitas vezes buscam a efetividade a qualquer preço, suscitam profundas reflexões no que tange à sua legalidade. Isso inclui um processo sem a possibilidade de apreciação de provas supostamente mais sofisticadas, sem testemunhas, sem advogado, com custos elevados para recorrer.

Essas perspectivas agora se conectam com o universo do “Processo virtual”, que já se estabeleceu como uma realidade inegável em todas as instâncias da justiça. Esse quadro se torna ainda mais complexo quando acrescido das questões da Inteligência Artificial.

O recorte metodológico aqui é voltado para a temática da jurisdição e da Constituição, abordando as técnicas de interpretação, os problemas concretos decorrentes delas e as teorias que fundamentam as práticas de justiça. Isso influencia a estrutura do Estado como uma exteriorização de uma parcela específica do poder, no caso do Poder Judiciário, em sua atividade rotineira de decidir questões de justiça e de justiça constitucional.

Após estabelecer noções básicas sobre positivismo e dogmática jurídica, cobriu-se o essencial na doutrina em torno dessas categorias conceituais. Isso permite estabelecer certos pressupostos para analisar a dogmática do Processo Constitucional.

3 Conclusão

Ante toda a complexa construção dogmática dos Direitos Fundamentais disposta na Constituição e que se estende seguramente para além das ações constitucionais típicas é possível se constatar que as garantias do devido processo legal, ampla defesa, contraditório, e os princípios que emanam do próprio Estado Democrático de Direito, tudo

positivado no texto constitucional, não exaurem a compreensão de todos os enfoques sobre Processo Constitucional, pois as garantias com matiz processual vão além do que está concentrado geograficamente que integra a constituição na qualidade de direitos fundamentais, inclusive integrando textos de ordem internacional.

Como mencionado em outro estudo,³⁴ a estruturação formal do texto constitucional na disposição dos direitos fundamentais não exclui normas de igual natureza, pelo fato destas estarem espargidas ao longo do texto constitucional. Pois, são direitos fundamentais, e, portanto, mesmo que não localizadas no “lugar” apontado como o que seria seu local, outros devem ser elencados, não importando a sua localização geográfica literalmente falando.

Exemplos do que foi afirmado acima não faltam. O art. 5º faz menção a direitos individuais e coletivos, mas há normas sobre saúde, educação, previdência social, proteção de crianças e idosos, meio ambiente, direitos sociais e políticos em diversos pontos da Constituição.

Destaque-se também que o § 2º e § 3º do art. 5º hermeneuticamente acolhem regras que ainda nem estão no sistema constitucional, mas que podem integrá-lo via Tratados. Isso denota a expansividade dos direitos fundamentais em relação aos quais se deve ter um tratamento amplificado, crescente e includente, como é inclusive a principal característica da própria Democracia, uma história crescente de inclusões de direitos.³⁵

Essa breve exposição dogmática pontual possibilita enxergar diversos pontos de conexão entre a temática processual e o contexto constitucional, revelando uma estrutura técnico-constitucional de proteção sistematizada dos direitos. Além disso, abrange toda a temática do controle de constitucionalidade, suas dimensões, tipos e estruturação, inclusive aquelas reguladas por legislação infraconstitucional.

Estes temas são explorados em detalhes ao longo desta tese. Vale ressaltar, desde já, que o estudo do Processo Constitucional não se limita ao exame das Ações Constitucionais, conforme apontado pela doutrina. Observe-se também que a compreensão de uma Constituição emancipatória exige uma ressignificação da dogmática ou, antes mesmo disso, uma clarificação conceitual. É necessário primeiro atribuir significados para, posteriormente, realizar a ressignificação.

34 LARA, Paulo Cesar de. A técnica legislativa aplicada à localização dos direitos fundamentais na Constituição Federal Brasileira de 1988. **Boletim Informativo Juruá**, v. 589, p. 12-12, 2014.

35 LARA, Paulo Cesar de. **A técnica legislativa aplicada à localização dos direitos...** p. 12-12.

Após estabelecer as bases teóricas essenciais no âmbito do Processo, torna-se necessário abordar alguns pontos estratégicos relacionados à ideia de Constituição e sua conexão com a temática da processualidade. Esta última, complexa e permeada por diversas questões, como evidenciado nas situações mencionadas anteriormente, não descreve cenários ideais e precisos, mas sim revela pequenos fragmentos da realidade vivenciada em diferentes níveis na atividade forense do sistema de justiça no Brasil.

A discussão sobre Processo Constitucional implica no pressuposto conceitual da compreensão dos vieses da dogmática constitucional. Esse entendimento, aliás, se desdobra em um plano jurídico-político, demandando uma metodologia e uma hermenêutica próprias, distintas daquelas utilizadas na hermenêutica clássica.

Referências

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Significado y Funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales: Ensayos de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional. Buenos Aires: **Revista de la Jurisprudencia Argentina**, 1944.

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

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <https://bit.ly/3vKUnOW>. Acesso em: 15 jun. 2023.

CALAMANDREI, Piero (1889-1956). La Illegittimità Costituzionale delle Leggi nel Processo Civile (1950). **Opere Giuridiche**. Napoli: Morano, 1968. v. III ; CALAMANDREI, Piero. Processo e Giustizia (1950). **Opere Giuridiche**. Napoli: Morano, 1965. v. I; CALAMANDREI, Piero. Processo e Democrazia (1954). **Opere Giuridiche**. Napoli: Morano, 1965. v. I.

CAPPELLETTI, Mauro. **La Giurisdizione Costituzionale delle Libertà – Primo Studio sul Ricorso Costituzionale**. Milano: Giuffrè, 1955; CAPPELLETTI, Mauro. **La Pregiudizialità Costituzionale nel Processo Civile**. Milano: Giuffrè, 1957; CAPPELLETTI, Mauro. **Il Controllo Giudiziario di Costituzionalità delle Leggi nel Diritto Comparato**. Milano: Giuffrè, 1968.

CLÉVE, Merlin Clèmerson. **Para uma dogmática constitucional emancipatória**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

COUTURE Eduardo. Las Garantías Constitucionales del Proceso Civil: **Estudios de Derecho Procesal Civil** (1947). v. 1, 3 ed. Buenos Aires: Depalma, 1979.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale**. 5. ed. Padova: Cedam, 1989, p. 80-98.

FIORAVANTI, Maurizio. **Costituzione**. Bologna: Il Mulino, 2009.

FIORAVANTI, Maurizio. **Costituzionalismo – Percorsi della Storia e Tendenze Attuali** (2009). 7. ed. Roma: Laterza, 2017.

FREDERICO MARQUES, José. **Ensaio sobre a jurisdição voluntária**. São Paulo: Ed. RT, 1952.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

LARA, Paulo Cesar de. A técnica legislativa aplicada à localização dos direitos fundamentais na Constituição Federal Brasileira de 1988. **Boletim Informativo Juruá**, v. 589, p. 12-12, 2014.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo: primeiros estudos**. Belo Horizonte: Fórum, 2021

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer et allis. **Homenagem Brasileira a Hector Fix-Zamudio em seus 50 Anos como Pesquisador do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. **Curso de direito constitucional** (2007). 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 39 e ss.; BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo** (2009). 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 29 e ss.; SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional** (2012). 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 35 e ss.; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional** (2012). 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MITIDIERO, Daniel. Processo Constitucional: De onde vem, para que serve, do que se alimenta? Processo costituzionale: da dove viene, a cosa serve, di cosa si nutre?Revista de Processo? **Revista de Processo: RePro**, São Paulo, v. 48, n 344, p. 307-321, out. 2023. Disponível em: <https://>

bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/179707 .Acesso em: 24 jan. 2024.

MITIDIERO, Daniel. **Processo civil**. São Paulo: RT, 2021. p. 50;

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: do modelo ao princípio (2009). 4. ed. São Paulo: RT, 2019.

PAOLINELLI, Camila Mattos. O que é processo constitucional? **Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro**, n. 13, jan.-jul. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/48KgCTr>. Acesso: 15 maio 2023.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. v. II. Coimbra: Arménio Amado, 1961, p. 99-108.

RUGGERI Antonio; SPADARO, Antonino. **Lineamenti di Giustizia Costituzionale (1998)**. 6. ed. Torino: Giappichelli, 2019.

ZANETI JR., Hermes. **A constitucionalização do processo**. 3 ed. São Paulo: RT, 2021.

Capítulo 4

(RE) CONSTRUÇÃO DE IDENTIDADE DO SUJEITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: PROCESSO DE FORMAÇÃO DISCURSIVA

José Maria B. S. P. Terra¹

Misma Martins²

Cássius Guimarães Chai³

1 Introdução

Em um tecido de palavras que se entrelaçam como as ruas de uma cidade antiga, onde cada pedra e cada esquina contam uma história, assim se desenha a saga da identidade do sujeito constitucional brasileiro. Uma narrativa curvilínea, de idas e vindas, de (re)construções incessantes, onde o passado e o presente dialogam em um eterno processo de formação, este estudo se debruça sobre o complexo mosaico da identidade constitucional brasileira, buscando desvendar os elementos de sua incessante (re)construção. O Problema e a Hipótese de Trabalho repousam nas sombras que se projetam nas paredes da sociedade brasileira, onde se encontra a silhueta do sujeito constitucional, uma figura esculpida tanto pela luz, quanto pela escuridão de sua história.

A problemática central deste estudo reside na heterogeneidade identitária, naquela pergunta que ecoa pelos corredores do tempo: Como se constrói uma identidade pretensamente única em uma sociedade plural? A hipótese de trabalho, inspirada nas reflexões de Michel Rosenfeld e entrelaçada com os pensamentos de Freud, Lacan e Fanon, sugere que a identidade do sujeito constitucional brasileiro é um palimpsesto, constantemente reescrito através do discurso constitucional, onde cada palavra carrega o peso de um passado colonial e a promessa de um futuro

1 Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória -FDV. Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória -FDV. Especialista em Direito Público. Advogado e professor.

2 Professora. Especialista em redação e oratória - FAMEESP. Bacharel em Direito - CESV. Licenciada em linha portuguesa e língua portuguesa - UFES.

3 Doutor em Direito; Membro do Ministério Público do Estado do Maranhão. Professor Associado, Universidade Federal do Maranhão - UFMA; Professor Permanente PPGD/FDV. cassius.chai@ufma.br

plural. Assim, quanto ao seu objeto e seus objetivos, este estudo se propõe a mergulhar no discurso constitucional, buscando não apenas entender, mas sentir a (re)construção da identidade do sujeito constitucional brasileiro. O objetivo é analisar como esse discurso, tecido com fios de similaridades e diferenças, de preconceitos e reconhecimentos, contribui para a formação de uma identidade que é, ao mesmo tempo, única e plural. E, através da lente crítica e analítica do método dialético, busca-se desvelar os elementos que compõem esse complexo processo de (re)construção, dialogando com as teorias de Rosenfeld e Fanon, entre outros.

Quanto à identidade constitucional, Michael Rosenfeld é o aporte conceitual de base, enquanto Freud e Lacan oferecem as ferramentas para se entender a psique humana. Fanon, por sua vez, ilumina o caminho com suas reflexões sobre o reconhecimento do eu e do outro, destacando a importância do preconceito racial na construção do discurso constitucional.

A teoria dialética de Hegel orienta a análise crítica e analítica deste processo de (re)construção. Ao final, espera-se contribuir para uma maior compreensão da dinâmica identitária em uma sociedade marcada pela diversidade e pelo pluralismo, oferecendo novas perspectivas sobre como o discurso constitucional pode servir como ferramenta para a construção de uma identidade inclusiva e representativa, na construção de um futuro em que cada voz seja ouvida e cada história seja valorizada.

Historicamente, o processo de formação social brasileiro não se constitui simples e claro. Pelo contrário, um rosário de genocídios, autoritarismos e ocultamentos compõe o mosaico social e constitucional pátrio. Pondera, em inevitável, que a formação da identidade constitucional, bem como do sujeito que a compõe, a necessidade de uma Constituição adequada à essa formação, tornando-se imprescindível. Ulterior, ao Constitucionalismo requer considerar, consorte aos requisitos de direitos e garantias fundamentais, a possibilidade de identidade desse sujeito, permitindo-lhe legitimidade em um discurso constitucional que para além da representatividade, seja dele próprio no contexto social.

Mediante, considera-se uma contextualização contínua, em sucessivas alterações e/ou recondicionamentos do contexto e do sujeito que lhe é parte, desencadeando consecutivas (re)contextualizações histórica, social, política e econômica, reconciliando sentidos e identidades, diligenciando o presente, passado e futuro. Destarte, com efeito, outorga-se pelo discurso constitucional, (re)construído por interpretações entre os seres sociais, tal qual o “Eu” e “Outro”.

O sujeito constitucional identifica-se por significantes e significados, apresentados em sua realidade existencial pela dialética discursiva.

Permeando, Michel Rosenfeld (2003) busca estabelecer a (re) construção da identidade do sujeito constitucional através do discurso, no qual dispõe da linguagem como elemento, tanto de instrumentalização quanto de composição do constitucionalismo em si. No que segue, Fanon (2008) postula reflexões a respeito do reconhecimento contextualizado, no qual considera a racialização do negro na construção do discurso constitucional, localizando-se pela teoria dialética de Hegel dentre autores.

Induz que, para tal pretensão esse estudo, adequa-se a aplicação do método dialético, crítico-analítico, principalmente, no diálogo entre Rosenfeld (2003) e Fanon (2008), uma vez que, com essa aplicabilidade, direciona-se ao objetivo principal, qual seja a construção do discurso constitucional para (re)construção de identidade do sujeito constitucional, permitindo limitar e selecionar os elementos próprios operados na análise.

Isto posto, revela-se a compreensão de sujeito e identidade, construídas em algumas áreas, para um entendimento linear desse estudo, como também seus elementos de constituição. Atesta constar, que a utilização de conceitos linguísticos opera como assistência aos conceitos aplicados para melhor compreensão e apreensão do objeto de estudo, considerados, em baila, que sujeito e constitucional, são, essencialmente, substâncias discursivas, portanto linguísticas.

Seguindo, apresenta o discurso constitucional para além de um instrumento de (re)construção, como também de violência imposta ao outro.

Por fim, considera-se a complexidade da (re)construção da identidade do sujeito constitucional através do discurso constitucional, apontando os aspectos operadores e desafiadores da dinâmica discutidas.

2 O conceito de sujeito e identidade no constitucionalismo brasileiro

A começar por sua etimologia, a palavra sujeito, do latim *subjectus*, é usada quando não há identificação concreta de uma pessoa ou quando não se pode identificá-la.

Para a Gramática Normativa, é um dos termos essenciais da oração, apresentado como adjetivo, caracteriza uma pessoa submissa a algo ou alguém, que obedece sem qualquer tipo de imposição, controlável. Como

substantivo, como sintagma nominal ou pronome, ajusta-se ao verbo, concordando em gênero, número e grau, quem exerce algum tipo de ação dentro da oração, apresentando ainda, algumas funcionalidades na análise sintática.

Em filosofia, vemos o sujeito como indivíduo consciente, autor e responsável por suas decisões e vontades, capaz de identificar e diferenciar a realidade, entendendo o objeto além dos conhecimentos subjetivos.

No âmbito Jurídico, o sujeito é um titular de direitos e deveres, vinculado a relações jurídicas.

Por tais diretrizes, mensura-se a problemática para os desenvolvimentos conceituais, visto que, a gramática, tal como a língua, porta-se por instrumento de estudo e, por si, fruto e representação da submissão do sujeito originário ou escravizado às condições de força linguístico normativa do sujeito colonizador. Tais operações de potência e sujeição são marcas que se tornaram tão identitárias quanto contraditórias e conflitivas.

Conceituais, a questão de identidade configura-se, como assinalado anteriormente, pela problemática de heterogeneidade. Seria possível uma identidade única sem influência ou fundamentação de outras? Considerando o colonialismo, caracterizado por divisão sociais, no qual a linguagem permeia valores culturais, como utilizar um discurso que permita ser reconhecido?

Percorrendo, além desses conhecimentos, Michel Rosenfeld (2003), desenvolve a identidade do sujeito constitucional, elucidando, inicialmente, que seu conceito se desenvolve ambigualmente.

A identidade do sujeito constitucional (*constitucional subject*) é tão evasiva e problemática quanto são difíceis de se estabelecer fundamentos incontroversos para os regimes constitucionais contemporâneos. (2003, p. 17).

Em *constitucional subject*, *subject* refere tanto aos que elaboram a Constituição, como aos que submetem a ela e, ao seu objeto, a própria matéria constitucional (*subject matter*). O que, segundo Rosenfeld (2003), além de permear “o que” e “quem”, para a composição do sujeito constitucional, não diminui seus impasses.

Ademais, com uma tendência em alterar-se constantemente, o autor diz que não há como desconsiderar sua vinculação com outras identidades culturais que, também, induzem dificuldades e ambivalências entre si, tais como questões éticas, políticas, sociais etc., explicando que

Para se estabelecer a identidade constitucional através dos tempos é necessário fabricar a tessitura de um entrelaçamento do passado dos constituintes com o próprio presente e ainda com o futuro das gerações vindouras. O problema, no entanto, é que tanto o passado quanto o futuro são incertos e abertos a possibilidades de reconstrução conflitantes, tornando assim imensamente complexa a tarefa de se revelar as linhas de continuidade. (ROSENFELD, 2003, p. 17-18).

Por conseguinte, com a incerteza do passado e futuro, manter uma interpretação do sujeito de forma única, mostra-se arriscado, uma vez que cada interpretação pode estar relacionada a elementos, como a geração, sendo capaz de interagir com ela, o que fará com que seja constantemente apresentada com (re)interpretações e (re)construções geracionais.

Sumariamente, Rosenfeld (2003) explica a constituição como passível de reinterpretções constantes, que duelam entre si, está em contínuos moldes de alterações, desenvolvendo os textos constitucionais pertinentes aos questionamentos, fazendo com que a definição de identidade constitucional seja sempre incompleta e (re)interpretável. A exemplo, o autor cita as emendas constitucionais como descontinuidade de uma identidade e início de outra totalmente oposta, também interpretável.

A identidade constitucional é problemática porque além de permanecer distinta e oposta a outras identidades relevantes, é inevitavelmente forçada a incorporá-las parcialmente para que possa adquirir sentido suficientemente determinado ou determinável. [...] Assim é que a questão-chave passa a ser a de como a identidade constitucional pode se distanciar o suficiente das outras identidades relevantes contra as quais ela precisa forjar sua própria imagem, enquanto, ao mesmo tempo, incorpora elementos suficientes dessas identidades para continuar viável no interior de seu próprio ambiente sociopolítico. (ROSENFELD, 2003, p. 22-23).

Por consequência disso, a integração de outros componentes culturais faz com que a identidade constitucional se desenvolva em contraposição a elas, desenvolvendo significação própria, o que não anula que, ainda que com essa significação, não seja possível sua determinação completa, que mesmo com sua existência só poderá ser relativamente tomada, ou seja em frações discursivas das interpretações constitucionais, por qualquer componente da comunidade, assim,

[...] podemos concluir que a identidade constitucional surge como algo complexo, fragmentado, parcial e incompleto. Sobretudo no contexto de uma constituição viva, de uma *living constitution*, a identidade constitucional é o produto de um processo dinâmico sempre aberto à maior elaboração e à revisão. Do mesmo modo, a matéria constitucional (*the constitutional subject*) – de qualquer modo que seja definida –

parece condenada a permanecer incompleta e sempre suscetível de maior definição, de maior precisão. (ROSENFELD, 2003, p. 23).

Para Rosenfeld (2003), ao observarmos a identidade constitucional, relacionando o sujeito e as matérias constitucionais, é possível compreender com melhor clareza os elementos que não são, do que os que são integrantes, considerando, segundo ele, a ausência e um vazio de componentes de legitimidade e autoridade constitucional, tornando-se, tanto sujeito quanto matéria, incompletos. À vista disso, o sujeito constitucional se faz dependente de constante (re)construção e (re)interpretação, sendo apenas possível sua determinação por meio de tais processos, desenvolvendo-se com uma incorporação concomitantemente a uma rejeição das demais identidades necessárias.

2.1 Negação, a metáfora e a metonímia, elementos necessários para (re)construção da identidade constitucional

Importa observar que, para a construção da identidade do sujeito constitucional, Rosenfeld (2003) considera que a narrativa deve complementar o hiato que distancia o sujeito constitucional no “Eu” e no “Outro”, desenvolvendo uma característica própria (2003, p. 49). Desta forma, utiliza-se das ferramentas: negação, metáfora e metonímia.

A negação, metáfora e metonímia combinam-se para selecionar, descartar e organizar os elementos pertinentes com vistas a produzir um discurso constitucional no e pelo qual o sujeito constitucional possa fundar sua identidade. A negação é crucial à medida em que o sujeito constitucional só pode emergir como um ‘eu’ distinto por meio da exclusão e da renúncia. A metáfora, ou condensação, por outro lado, que atua mediante o procedimento de se destacar as semelhanças em detrimento das diferenças, exerce um papel unificador chave ao produzir identidades parciais em torno das quais a identidade constitucional possa transitar. A metonímia ou deslocamento, finalmente, com sua ênfase na contiguidade e no contexto, é essencial para se evitar que o sujeito constitucional se fixe em identidade que permaneçam tão condensadas e abstratas ao ponto de aplinar as diferenças que devem ser levadas em conta se a identidade constitucional deve verdadeiramente envolver tanto o eu quanto o outro (ROSENFELD, 2003, p. 50).

Esses elementos, segundo o autor, são o suporte de operação, na qual a negação, compreende-se por um intrincado processo de transição do eu, agindo por meio da rejeição, do repúdio, da exclusão e da renúncia (2003, p. 52). A metáfora atua na distinção da semelhança em relação às diferenças, sendo capaz de compor parcialmente as identidades as quais

a identidade constitucional pode caminhar. Por fim, a metonímia ou deslocamento, enfatiza a continuidade e o contexto, envolvendo, tanto o eu quanto o outro, observando as características para evitar que o sujeito constitucional se estabilize em condensações, sem levar em contas as diferenças de identidades.

Em contínuo, compartilhando da lógica dialética de Hegel, Rosenfeld ainda esclarece que a identidade do sujeito constitucional tende a se alterar constantemente, uma vez que a relação entre presente, passado e futuro torna complexa a definição dessa identidade, uma vez que se sujeitam a reconstruções de significado, que por vezes duelam e dialogam entre si.

3 Língua e linguagem como elemento de violência constituinte de identidade

Os elementos de violência, memória, tempo e subjetividade tornaram-se marcantes por vivência, sociais e pessoais e, por vezes, resultaram em traumas. Os conceitos de homem e sua identificação social na formação subjetiva individual e coletiva comprometeram todas as narrativas da história, como também os reconhecimentos contemporâneos.

Inobstante, não se pode desconsiderar os aspectos traumáticos dos colonialismos inerentes a formação histórica e social da identidade do sujeito constitucional brasileiro. Posto, as acepções devem atentar à repetição dos aspectos do trauma, os quais são fundamentos, por parte da vítima, os sentimentos de culpa, medo e vergonha. Por tais, inferem diretamente a sentidos, outros aos signos e significantes da linguagem, sejam quais forem os meios e contextos por e nela operados.

A violência colonial, fundamentada na cultura patriarcal, eurocêntrica e capitalista, observada rigorosamente no espectro da identidade do sujeito constitucional, remete mesmo a alteração temporalidade, na qual o “passado”, “presente” e “futuros” tendem aos processos de negação e retorno.

Sucintamente, a identidade do sujeito constitucional resta fragmentada no tempo e espaço pelo trauma. Tal continuidade pode ser inferidas pelo excesso de emendas constitucionais, o que marca o caráter fragmentação e fragilidade (Rosenfeld, 2003).

Inegavelmente, a análise criminológica, dos termos do Artigo 25 da LCP (Lei de Contravenções Penais) ao preconizar a condição de “vadio”

ou “mendigo”, fazem parte de um discurso de reprodução e perseguição à condição vulnerabilidade econômica, senhores e escravos, cuja identidade estaria submetida, inicialmente ao outro.

A marca do trauma e seu eterno retorno evidenciam-se na linguística penal como constituinte da identidade do sujeito constitucional, na qual, a suspeita recai sobre aquele cuja desvalia social e desprovento material enseja em restrição e mesmo em usurpação da liberdade do próprio corpo, que resta a disposição do Estado.

Ao homem, em constante transformação e construção histórica, econômica, social e ideológica, importa a integração e/ou rejeição ao meio no qual está inserido, sendo necessário entender e se fazer entender, identificando-se a partir da comunicação com o outro, em contínua troca de informações que serão capazes de organizar/ordenar as relações e resolver as demandas, como ainda possíveis litígios.

No contexto de descolonização, lutas de classes, gêneros e etnias, ao sujeito, para sua existência, importa, fundamentalmente, a comunicação, “Uma vez que falar é existir absolutamente para o outro.” (FANON, 2008, p.33).

Concomitante a isso, vemos em Fanon (2008), na obra *Pele negra, máscaras brancas* que, propriamente, a função da linguagem é usada sinônima e indiferentemente com a função da língua⁴, a qual foi estabelecida ao negro colonizado.

Historicamente, a linguagem/língua, como sustentação do racismo colonial, é capaz de construir e/ou (re)definir a identidade do sujeito. Conhecer a língua é fator de reconhecimento e pertencimento da cultura, “Quanto mais assimilar os valores culturais da metrópole, mais o colonizado escapará da sua selva. Quanto mais ele rejeitar sua negridão, seu manto, mais branco será.” (FANON, 2008, p. 34).

Seguindo essa ideia, assemelhar-se ao branco, tornou-se para o negro uma diretriz para sua existência, padronizar-se é fazer parte do

4 Não obstante, ainda que não seja o principal objeto de estudo, importa elucidar que, de acordo com os estudos da Teoria Linguística, a Linguagem é a competência humana de se comunicar, manifestando sentimento e/ou pensamentos, seja por meio de sons, gestos, imagens etc. A Língua consiste na junção de elementos constituintes da linguagem peculiar a determinado grupo, permeada por sistemas vocálicos e vocabulários. Seguindo de modo despretenso pela Linguística, Chomsky (1957) infere que a faculdade de produção e estruturação de frases é inata (patrimônio genético) ao ser humano, em contrapartida, em Ferdinand de Saussure (1916) temos que a Língua, construída de forma coletiva, se faz por um sistema valorativo opositor, naturalmente contido em determinado grupo, caracterizando-o e desenvolvendo-se por influências no contato de outras culturas. (MARTELOTTA, 2008)

senhorio, o que pode fazer questionar e repensar questões relacionadas ao racismo em uma outra perspectiva.

Fanon (2008), ao questionar a língua/linguagem, questiona a dialética entre o “Eu” e o “Outro”. É nesses momentos que os sujeitos não mais se veem como iguais, enxergando e reconhecendo-se através do outro, desenvolvendo duas posturas, uma com o branco e outra com o próprio negro, “Em seus escritos a consciência de minha existência depende da interação e, sobretudo, do reconhecimento que os outros atribuem a mim, pois é na relação com o Outro -como exterioridade objetiva - que me faço e me percebo Eu.” (FAUSTINO, 2020, p. 14).

Historicamente, para Fanon (2008), o racismo e colonialismo desenvolveram-se como modelos sociais de entender o mundo que, através da linguagem, possibilitam caminhos para a criação e vivência de significados, uma vez que, através dela, é possível acompanhar e assemelhar-se a uma identidade cultural. Entender a língua do outro é além da compreensão do dialeto, é permear sua sintaxe (elementos), adquirindo sua morfologia (forma) e apreender sua semântica (significado), suportando a carga da civilização que se difere. O possuidor da língua será aquele que mais se parecer em características, no âmbito do colonialismo, com a linguagem francesa. “Um homem que possui a linguagem possui, em contrapartida, o mundo que essa linguagem expressa e que lhe é implícito. Já se vê aonde queremos chegar: existe na posse da linguagem uma extraordinária potência [...]” (FANON, 2008, p. 34).

A exemplo disso, o negro que conhecia a metrópole era considerado detentor de maior e mais sabedoria que os demais, que não possuíam quase nada ou nenhuma informação de mundo, tornando-se como uma espécie de mutação francesa, buscando articular-se como eles, desde gestos à postura. O próprio “crioulismo” adquiriu o desdém familiar, a dicção francesa se faz necessária para reconhecimento de certo tipo de reconhecimento social.

O negro que entra na França muda porque, para ele, a metrópole representa o Tabernáculo; muda não apenas porque de lá vieram Montesquieu, Rousseau e Voltaire, mas porque é de lá que vêm os médicos, os chefes administrativos, os inúmeros pequenos potentados — desde o sargento-chefe “quinze anos de serviço”, até o soldado-raso oriundo da vila de Panissières. (FANON, 2008, p. 38).

A postura de um negro que se articula como branco o fazia pertencente daquela cultura, como parte que conquistou determinada posição, na qual ele reconhecia o “outro” como inferior por não se configurar como o colonizador, tornando-se, por vezes também um senhor.

Compreende-se, assim, que já fosse exíguo o sentimento de distância entre os dominadores, aqui, e a massa trabalhadora constituída de homens de cor. O escravo das plantações e das minas não era um simples manancial de energia, um carvão humano a espera de que a época industrial o substituísse pelo combustível. Com frequência as suas relações com os donos oscilavam da situação de dependente para a de protegido, e até de solidário e afim. Sua influência penetrava sinuosamente o recesso doméstico, agindo como dissolvente de qualquer ideia de separação de castas ou raças, de qualquer disciplina fundada em tal separação. (HOLANDA, 1985, p. 55).

O que se percebe é que a diferenciação e a exclusão entre classes acontecem pelo tipo cargo e/ou posição ocupados, havendo certo reconhecimento ou consideração. A posição e consideração do escravo dependia da relação que possuía com seu senhor, no que podemos perceber um meio de camuflar a desigualdade racial, uma vez que conhecer e compreender a linguagem o aproximava dos senhores, transformando-se em relações pessoais. A questão do racismo, nessa contextualização, se faz pela dialética existente no senhorio, no qual ao dominá-la torna evidente o (re)conhecimento do Outro que já não significa uma extensão do Eu, mas como aquele que também possui ou não o domínio dialético do colonizador.

Repondo, mais uma vez, o que Fanon (2008) infere por racismo, simultâneo a Rosenfeld (2003), o paralelo das contradições entre as classes coexiste entre apropriação cultural e social do sujeito constitucional, na qual depreende também em negação ou adaptação ao meio.

Acompanhando isso, a linguagem faz-se por um processo de violência no posicionamento/imposição linguístico do sujeito, o que pode inferir sua condição natural a qual é basicamente excluída para que o *constitucional subject* desenvolva. A personalidade que tenta reconfigurar-se, torna o sujeito ainda mais individual à medida em que busca tornar-se independente de determinado coletivo, superando-o. Esse sujeito não está subordinado, necessariamente, aquele que lhe é semelhante. A hierarquia não é recorrente, como no feudalismo, pois o homem vê-se igualmente como o outro quando consegue dialogar entre si.

4 Os sujeitos (in)constitucionais nacionais: processo de (auto) identificação

No contínuo processo de consolidação social brasileiro, o discurso constitucional manifestou possibilidades de um possível reconhecimento

que poderia contribuir para problemática, não só questões sociais de desigualdades, como também o de reconhecimento de um sujeito conscientemente ativo nesse processo, concretizando uma (re)construção de sua identidade. A concepção discursiva desenvolvida parte de suas atividades de relações sociais, produzindo sentido para o sistema social no qual faria parte, permitindo a interpretação da realidade cultural e, a partir desse discurso, fazer parte ou (re)criar o sistema.

Retornando em Rosenfeld (2003), a busca por uma (re)construção da identidade do sujeito constitucional torna-se complexa uma vez que a concepção do discurso constitucional não acontece de forma isolada, ou seja, a condição de existência humana se apresenta em contextos históricos anteriores, sendo necessário um pensamento orientado não apenas por concepções emocionais, mas também, por percepções racionais.

Em outros termos, o sujeito constitucional, motivado pela necessidade de superar a sua carência (*lack*) e inerente incompletude, precisa se dotar do instrumental do discurso constitucional para construir uma narrativa coerente na qual possa localizar uma auto-identidade plausível. (ROSENFELD, 2003, p. 40).

Fundamentalmente, o constitucionalismo perpassa por estruturas psíquicas, as quais reconhecem-se pelas funções cognitivas de interpretações racionais. Para Rosenfeld (2003), baseando-se na dialética hegeliana, a narrativa construtiva considera, paralelamente, o “Eu” e “Outro” entendendo a necessidade de completar as lacunas existentes entre eles, desde concepções éticas, sociais e políticas, as quais permitem legitimidade a essa identidade, como ainda, estabelecer justificativas para essa (re) construção. Assim, os discursos constitucionais constroem-se operando por instrumentos de negação, metáfora e metonímia.

O autor explica. Na negação, o processo permeia pela renúncia do sujeito ao seu próprio passado, desconsiderando, repudiando e reprimindo qualquer influência que não se adeque aos novos paradigmas. A metáfora, por sua vez, funcionará como mecanismo discursivo de associação de identidades para elaboração de uma autoidentidade, ponderando, ainda em um processo psíquico, as similaridades e divergências identitárias. Nesse processo, percebe-se a possibilidade de combinações das similaridades destacando e evidenciando-as, substituindo as divergências existentes, permitindo o esclarecimento de significados e sentidos. Por fim, a metonímia aparece integralizando-se a metáfora, atuando de forma contrária, ou seja, destaca e evidencia as diferenças identitárias, buscando dar continuidade ao processo. Enquanto a metáfora busca contextualização, a metonímia

tende à descontextualização.

Em perspectiva concreta, por exemplo, nas relações sociais, no contexto de colonização e formação da identidade brasileira, a concepção de racismo acontece com outra percepção. Em *Raízes do Brasil*, de Sérgio Buarque de Holanda (1995), vemos a configuração da valorização e exaltação da personalidade. A ideia de valorização do homem relaciona-se ao que está representado aos demais, o reconhecimento entre o eu e o outro acontece com a identificação e diferenciação, a imposição coercitiva e a emancipação, acontecendo da mesma forma como Rosenfield (2003), apresenta a dialética de Hegel.

Tal seja, entre o senhor e o escravo a identificação acontece devido à posição exercida por ambos. O senhor, coloca-se como dominador, impositor ao escravo, que, por sua vez, dominado, o reconhece. Nesta representação, o escravo adquire o sentido da identidade do senhor, configurando o eu e outro.

A verdadeira, a autêntica nobreza já não precisa transcender ao indivíduo; há de depender das suas forças e capacidades, pois mais vale a eminência própria do que a herdada. A abundância dos bens da fortuna, os altos feitos e as altas virtudes, origem e manancial de todas as grandezas, suprem vantajosamente a prosápia de sangue. E o círculo de virtudes capitais para a gente ibérica relaciona-se de modo direto com o sentimento da própria dignidade de cada indivíduo. [...] (HOLANDA, 1995, p. 37).

Reconhecido, passa a negação da própria identidade, uma vez que sua posição de escravo está fundamentada nesse contexto. Busca, então, as possíveis semelhanças e diferenças existentes nessa relação, integrando-as e/ou descontextualizando (metáfora e metonímia). Assim, entende que é possível a (re)construção de sua identidade quando consegue inverter sua posição. O escravo torna-se senhor. E desta maneira, tão logo se torne senhor, o faz em razão de conquistar para si a capacidade de subjugar aqueles escravizados, cuja identidade nega em si mesmo. Tal mecânica de retorno é própria do trauma, a qual, no presente, o escravo projeta como futuro a superação de seu passado, e retorno como futuro senhor.

Nessa inversão pode-se entender o que Fanon (2008) esclarece a respeito da apropriação da língua/linguagem para a existência humana. O escravo negro possui a capacidade de fala, porém, não há como constituir um discurso de identidade sem apropriar-se da língua/linguagem do outro.

De modo geral, Rosenfield (2003) apresenta o processo de (re) construção de identidade baseado em tendências psíquicas baseadas pelo

contexto, desenvolvendo-se na invenção e reinvenção de significantes e significados. A significação da existência humana passa por um processo de negação, metáfora e metonímia constante.

Na mesma concepção, por exemplo, um sujeito brasileiro, com descendência afrodescendente, constrói sua identidade a partir do que ele adquire culturalmente, significando as semelhanças e diferenças, desenvolvendo-se socialmente a partir desses significantes. O sujeito constitucional utiliza-se de elementos sociais, culturais, políticos, históricos e filosóficos para fundamentar sua identidade, incorporando-os a essa (re) construção, recombinaando-os.

Essas aquisições e rejeições entre identidades, contextualização e descontextualização produzem base para seu discurso constitucional e através dele a identidade. Aqui, retoma-se a ideia de Fanon (2008) quando tratado o racismo tanto como um produto quanto um processo social, no qual a negação humana considera o “Eu” e o “Outro” mediante elementos dialéticos para (re)construção identitária, a qual viabiliza-se pelo reconhecimento.

5 Considerações finais

Apreender a identidade do sujeito constitucional brasileiro torna-se um processo intensamente complexo. O discurso constitutivo tende a encontrar questões de significação do sujeito, o que, segundo Rosenfeld (2003) está ligado às concepções éticas de desconstrutivismo, tal qual, irá depender do comprometimento envolvido em relação à identidade constitucional na compreensão do eu e o outro.

Pondere-se, em sentido sintático, o núcleo do sujeito é identificado pela forma como se apresenta na oração. A saber, podendo ser sujeito determinado simples, composto ou oculto; sujeito indeterminado, o qual não é identificado na oração; sujeito inexistente, construído com verbos impessoais, sem agentes da ação.

As condições humanas de existência consideram valores éticos inerentes ao sujeito, racionalmente essenciais como núcleo do constitucionalismo.

Rosenfeld (2003) postula a complexidade na (re)construção da identidade do sujeito constitucional com apoio em Hegel, Freud e Lacan, considerando os elementos (negação, metáfora e metonímia) utilizados nesse processo, que se desenvolve de acordo com a posição e reconhecimento

desse sujeito em sua forma histórica e social na configuração do eu e do outro pertencentes de uma comunidade política.

Por efeito, o sujeito explora as peculiaridades do sistema de identidade constitucional, considerando os sentidos de Estado de Direito, separação de poderes, pluralismo social, comunidade política e jurisdicional, produzindo o discurso de (re)construção de identidade associando esses elementos e confrontando-os, criando um paradigma coerente de comunicação.

Decorre que, nessa (re)construção de identidade do sujeito constitucional através do discurso, por vezes, depara-se no confronto das identidades culturais políticas, considerando as características sociais, linguísticas, religiosas etc.

Por isso que, nas veredas da nossa constituição, onde as palavras são pedras fundamentais, ergue-se o sujeito constitucional como um poema inacabado, sempre à espera de novos versos.

Que a poesia de nossa lei maior não seja apenas letra morta, mas um sopro de vida que anima a liberdade, a igualdade e a fraternidade. Como Bandeira, que capturava a essência humana em cada linha, que nosso discurso constitucional capture a essência de cada cidadão, refletindo suas múltiplas vozes em um coro harmonioso.

Que a luz da compreensão ilumine cada palavra, cada cláusula, revelando não só direitos, mas também deveres entrelaçados com a dignidade. E que, neste processo de (re)construção contínua, possamos fortalecer a identidade do sujeito constitucional, tornando-o mais robusto, mais inclusivo, mais democrático.

Que cada passo no caminho da justiça seja guiado pela sabedoria e pela poesia, pois é na arte de tecer palavras e ideais que a verdadeira essência de uma nação democrática se revela.

Assim, caminharemos para um futuro em que cada história é valorizada, cada voz é ouvida, e cada vida é respeitada, sob a égide de uma constituição que é, antes de tudo, um ato de esperança e um poema à democracia.

Referências

OLIVEIRA, Katyucha de. “Diferença entre língua e linguagem”; **Brasil Escola**. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/portugues/diferenca-entre-lingua-linguagem.htm>. Acesso em 01 de dezembro de

2021.

MARTELOTTA, Mário Eduardo (org.). **Manual de Linguística**. São Paulo: Editora Contexto, 2008.

HOLANDA, Sérgio Buarque de, 1902-1982. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003

MOREIRA, Nelson Camatta; PEREIRA, Caleb Salomão. Identidade constitucional, história efetual e tensão existencial: escotose e resistência do sujeito pré-constitucional. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo-SP, v. 18, n. 7, p. 30-48, set./dez. 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2017.v18i7.3106>. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3106>. Acesso em 15 de novembro de 2021.

RODRIGUES da Silva, Camila, et al. Análise do preconceito linguístico como violência simbólica: o ensino de gramática normativa e o silenciamento do sujeito no contexto escolar. **ENTRELETRAS**, Araguaína/TO, v. 5, n. 2, p. 121-123, ago./dez. 2014, ISSN 2179-3948 – online.

FILHO, Wilson Roberto Theodoro. **A legitimidade do discurso Constitucional**: uma análise da jurisdição Constitucional fundamentada na Teoria da Identidade do Sujeito Constitucional de Michel Rosenfeld. Disponível em: http://bdtd.bce.unb.br/tesdesimplificado/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=709 Acesso em 15 de novembro de 2021.

FANON, F. **Peaus noire, masques blancs**. (Peles negras, máscaras brancas) (1952), Édition du Seuil, collection “Points”, 1971.

DESENVOLVIMENTO HUMANO, CRESCIMENTO ECONÔMICO E LIBERDADE NAS ELEIÇÕES MUNICIPAIS DE 2020 NO AMAZONAS

Alessandro Samartin de Gouveia¹

1 Introdução

O Desenvolvimento humano e crescimento econômico são temas importantes e se refletem no incremento da democracia, onde o voto materialmente livre deve ser buscado pelos atores políticos de uma determinada sociedade. Quando o constituinte de 1988 institui a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, a livre iniciativa e o pluralismo político como fundamentos do Estado Democrático de Direito, intui-se que ele pretende a construção de um patamar mínimo civilizatório que compreenda tanto lado humano quanto o econômico, ainda que nem sempre se verifiquem esses pilares constitucionais nos interiores amazônicos. Desta forma, a discussão sobre o voto materialmente livre ganha contornos mais amplos do que a simples garantia de que o eleitor possa se desincumbir da obrigação de votar em eleições periódicas.

Nesse aspecto, o presente trabalho tem por objetivo investigar em que medida os índices de desenvolvimento humano e crescimento econômico do Amazonas se refletem no processo democrático materialmente livre nas eleições municipais de 2020. Para alcançar esse desiderato, analisam-se primeiramente os dados concernentes ao desenvolvimento humano e crescimento econômico de pelo menos duas cidades amazonenses, com colocações opostas no ranking do Índice de Desenvolvimento Humano - IDH. No segundo momento, são definidos, a partir da teoria do processo democrático de Dahl, alguns elementos necessários à identificação de uma democracia próxima do ideal. E no terceiro momento, a partir dos dados

¹ Doutorando e Mestre em direito constitucional pela UNIFOR, promotor de justiça no Estado do Amazonas. E-mail para contato: alessandro.samartin@edu.unifor.br, Orcid: <http://orcid.org/0000-0003-2127-4935>.

eleitorais dos eleitores e dos resultados das eleições municipais das duas cidades, pretende-se verificar em que medida a liberdade material do voto é efetivamente exercida.

A metodologia aplicada envolve a pesquisa em fontes documentais, legais e bibliográficas, sendo escolhidos dois municípios amazônicos: um classificado com o melhor e outro entre com a terceira pior colocação no ranking do IDH, isto é, as cidades de Manaus e de Santa Isabel do Rio Negro, respectivamente. Em razão disso, o método preponderante no estudo é indutivo, uma vez que busca extrair dos dados empíricos da pesquisa vínculos que permitam a construção de hipótese sobre os reflexos do patamar mínimo civilizatório no exercício do voto materialmente livre.

Na primeira seção, portanto, estuda-se o desenvolvimento humano construído a partir dos estudos de Sen e dos dados colhidos pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, não se limitando apenas a verificar os resultados publicados, mas a entender o papel dos fatores que compõem o índice. Na segunda seção, por conseguinte, investigam-se os pressupostos do desenvolvimento econômico e a teoria do patamar mínimo civilizatório, verificando em que medida eles são implementados no Amazonas, especialmente nas cidades escolhidas para estudo. E na última seção, analisam-se os dados das eleições municipais de 2020 com os fatores definidores dos desenvolvimentos econômico e humano, verificando em que medida eles contribuem na consolidação de um patamar mínimo civilizatório capaz de fortalecer o exercício do voto materialmente livre, incrementando a democracia nessas cidades.

Desta forma, pretende-se apresentar à sociedade e à academia informações que permitam o debate e a busca por políticas públicas que representem a consolidação dos fundamentos e objetivos do Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição de 1988.

2 Desenvolvimento humano, crescimento econômico e liberdade como elementos do desenvolvimento democrático no Amazonas

Nesta seção, pretende-se verificar os pressupostos do desenvolvimento humano como conceito de prosperidade mais amplo do que apenas o crescimento econômico, conjugando-o ao crescimento econômico e à liberdade como meios de atingimento do patamar mínimo civilizatório relacionado com a evolução democrática. Sem pretender

limitar o conteúdo da dignidade da pessoa humana, o objetivo deste item é apresentar um conceito relacional que empreste finalidade específica ao conteúdo da dignidade na construção do desenvolvimento democrático guiado pela liberdade material do eleitor.

Para isso, agrega-se aos elementos da dignidade o conteúdo do constructo teórico apresentado por Pompeu e Siqueira (2017) sobre a necessidade de assegurar um conjunto de direitos fundamentais individuais e sociais que viabilize o aproveitamento das capacidades humanas de se desenvolverem com liberdade e, portanto, de fazer escolhas livres. A conexão entre a dignidade da pessoa humana e o patamar mínimo civilizatório se mostra possível na exata medida em que a dignidade se apresenta também como elemento de agregação cujo valor se insere em todo o ordenamento jurídico (CAMPELLO; SILVEIRA, 2010)

Em termos de democracia e de desenvolvimento, três elementos nucleares devem ser considerados para o atendimento da dignidade da pessoa humana e do patamar mínimo civilizatório: liberdade, igualdade e solidariedade. Sarlet (2015, p. 82) esclarece:

Assim, quando se fala – no nosso sentir, equivocadamente – em direito à dignidade, se está, em verdade, a considerar o direito a reconhecimento, respeito, proteção e até mesmo promoção e desenvolvimento da dignidade, podendo inclusive falar-se de um direito à existência digna, sem prejuízo de outros sentidos que se possam atribuir aos direitos fundamentais relativos à dignidade da pessoa.

Dahl (2012) indica cinco critérios para a promoção do processo democrático: a) participação efetiva da população; b) igualdade de voto no estágio decisório; c) compreensão esclarecida; d) controle de agenda; e) a inclusão de adultos capazes. Vê-se que dois dos elementos nucleares da dignidade e do patamar mínimo civilizatório estão presentes nos critérios dahlsenianos. Porém, é preciso ressignificar alguns dos critérios da poliarquia para compatibilizar os três núcleos acima referidos. Assim busca-se, pelos fundamentos da República brasileira, a inclusão de elementos qualitativos aos critérios da democracia procedimental moderna.

Não basta apenas formalmente assegurar que os brasileiros possam participar do processo eleitoral, assim como não se pode ter a compreensão esclarecida conquistada apenas pela simples alfabetização da pessoa; a inclusão de adultos capazes apresenta discussões relevantes acerca do que seja capacidade, por exemplo. Quando comparados esses elementos com o desenvolvimento humano e de ideia de justiça de Sen (1999, 2011), em que se pretende a efetivação da liberdade material das pessoas na participação

do processo democrático, mostra-se viável a ideia de que a dignidade da pessoa humana e o mínimo civilizatório sejam considerados na construção do desenvolvimento democrático.

A distância entre o mínimo civilizatório, como corolário da dignidade, idealizado pelo constituinte e a realidade brasileira e amazonense de contrastes indiscutíveis em termos de acesso a serviços básicos de educação, saúde, segurança etc., traz à baila a discussão de Sen (2010, p. 199) sobre se os pobres se importam com a democracia e com os direitos políticos. Do ponto de vista da dignidade da pessoa humana e da democracia, essa é uma questão relevante, pois é possível imaginar que entre exercer a liberdade democrática e satisfazer suas necessidades prementes, o pobre priorize suas necessidades e abra mão da liberdade. O autor, porém, rejeita essa possibilidade por entender faltarem dados e estudos empíricos sobre isso; ressalta que onde o povo é consultado em situação similar, ele não dispensa a liberdade democrática.

O Amazonas possui dimensões continentais e acessos difíceis aos seus municípios, haja vista que a maior parte deles somente é atendida por meios de transporte fluvial ou aéreo e essas constatações sobre o Estado do Amazonas são percebidas não apenas pela vivência, mas também pelos números do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE (2022), quando aponta ser o Estado formado por 62 municípios, com uma extensão territorial de 1.559.146,878 km², cujas distâncias determinam um grande isolamento e uma densidade demográfica bastante peculiar de 2,23 hab/km², mesmo tendo, segundo o IBGE (2022), a população estimada em 4.269.995 pessoas.

Na comparação de painéis tão distintos dentro de um mesmo Estado, apresentam-se de um lado a riqueza econômica e o desenvolvimento humano de uma cidade onde a floresta sucumbiu; e do outro, as 61 cidades em que se encontram a floresta de pé, mas a pobreza e o subdesenvolvimento imperam, com grandes déficits de acesso ao mais elementar, em termo de cidadania, as pessoas que protegem a floresta dão mais ao mundo do que recebem por essa preservação. Em nome da intocabilidade da Amazônia, o caboclo e o ribeirinho abrem mão do desenvolvimento. Alguns sequer energia elétrica possuem, moram em flutuantes² na beira dos rios ou em comunidades encravadas na floresta onde somente se chega em pequenas

2 Flutuantes são casas de madeira construídas sobre troncos de árvores ou estruturas de boias. Essas casas são amarradas e ancoradas nas margens dos rios amazônicos e nelas vivem várias famílias. São diferentes das palafitas que possuem uma estrutura fixa, pois os flutuantes são quase embarcações.

canoas impulsionadas por motores de popa chamadas de “rabetas”.

Obviamente, dada a natureza deste estudo, não é possível fazer uma pesquisa abrangendo os 62 municípios do Amazonas. Por isso, são escolhidas duas cidades amazonenses que podem ser comparadas como forma de identificar elementos que permitam compreender em que medida o voto é materialmente livre nas eleições municipais. Assim, as cidades escolhidas são Manaus, a capital do Estado, e Santa Isabel do Rio Negro, município do interior do Amazonas com o terceiro pior índice de desenvolvimento humano do Estado. Desta forma, vale a pena compreender que desenvolvimento humano, crescimento econômico e patamar mínimo civilizatório são valores que podem ser aferidos a partir de dados já colhidos e apresentados por algumas entidades como o PNUD e o IBGE, além das informações dos eleitores e das eleições de 2020 colhidas do TSE.

2.1 Manaus, suas características e seus dados eleitorais

Manaus está situada na região do baixo rio negro e está classificada como cidade de alto IDH, já que seu índice é de 0,737. Ela tem uma área territorial de 11.401,092 km², uma população estimada de 2.255.903 habitantes segundo o censo de 2021 e uma densidade demográfica de 158,06 hab/km². A escolarização de pessoas entre 6 e 14 anos é de 94,2%, dados de 2010. Houve melhoras em seus índices desde o ano de 1991, saltando de 0,521 – em 1991 – para 0,601 – em 2000 – e para 0,737 – em 2010. A mortalidade infantil é de 14,52 óbitos a cada 1000 nascidos vivos no primeiro ano de vida. A receita realizada em 2017 é de R\$ 4.743.520.966,12 e as despesas empenhadas são de R\$ 4.743.520.970,00 e o PIB per capita é de R\$ 38.880,73 (BRASIL. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2022).

Com isso, o seu desenvolvimento humano é alto, ocupando a melhor classificação no ranking do Estado, segundo o Atlas do Desenvolvimento Humano no Brasil (PNUD, 2022). Ainda segundo o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, os fatores que mais contribuem para a pontuação de Manaus são a longevidade (0,826), seguido da renda (0,738) e da educação (0,658). Quando examinado o PIB dessa cidade, a certeza de que há algo errado e que pode ser melhorado é indiscutível, pois Manaus, em 2010, segundo o IBGE, registra um PIB *per capita* de R\$ 27.832,52, mas a distribuição de renda encontrada, nesse mesmo ano, é de apenas R\$ 790,27 por pessoa. Noutras palavras, a riqueza produzida é infinitamente maior do que a renda distribuída.

A taxa de escolarização de 94,2% entre as pessoas com 6 a 14 anos lhe confere a primeira posição na classificação estadual. Quando o tema é trabalho e renda, Manaus tem 504.078 pessoas formalmente ocupadas e isso representa 24,1% da população economicamente ativa empregada. O percentual de pessoas com rendimento nominal de até $\frac{1}{2}$ salário mínimo é de 37,9%, enquanto o rendimento médio dos ocupados é de 3 salários mínimos (BRASIL. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2022).

Esses dados demonstram que Manaus possui um cenário de desenvolvimento econômico e humano único no Estado, apesar de ocupar uma porção menor do território estadual, ela concentra mais da metade da população do Amazonas e, com isso, concentra as maiores atenções em termos de políticas públicas e geração de riquezas. Sua população tem, por conseguinte, acesso à educação e saúde melhores, apesar de a longevidade e a distribuição de renda serem os fatores que mais contribuem para o alto IDH de Manaus. Porém, tal qual o município menor, a distância entre o PIB *per capita* e a distribuição de renda é igualmente estrondosa.

Apresentadas as características de Manaus, agora são colacionadas as suas informações eleitorais existentes no TSE que englobam a faixa etária, o sexo e a escolaridade dos eleitores, além dos dados da eleição referentes à votação (presença e abstenção) e ao voto proferido (majoritário, proporcional, em legenda, nominal, branco e nulo). De acordo com o Tribunal Superior Eleitoral (BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, 2022), Manaus tem, em 2020, 1.331.613 eleitores, assim distribuídos, quanto ao grau de escolaridade:

Gráfico 1 - Grau de instrução eleitores Manaus 2020



Fonte: Estatísticas do eleitorado da eleição – TSE.

2.2 Santa Isabel do Rio Negro, suas características e seus dados eleitorais

Santa Isabel do Rio Negro está localizada na região do Alto Rio Negro, distante 781 km de Manaus por via fluvial e 631 km por via aérea, tem uma área territorial de 63.147,21 km², uma população de 26.566 habitantes, segundo estimativa do censo de 2021, e uma densidade demográfica de 0,29 hab/km². Com isso, a extensão territorial de Santa Isabel é 5 vezes e meia maior do que Manaus. O município registra melhoras em seus índices desde o ano de 1991, saindo de 0,236 – em 1991 – para 0,384 – em 2000 – e para 0,479 – em 2010 e desta forma o seu crescimento é de 0,243 pontos no ranking do IDH. Apesar disso, Santa Isabel do Rio Negro ocupa a terceira pior classificação no ranking do Estado de acordo com o Atlas do Desenvolvimento Humano no Brasil (PNUD, 2022).

Ainda segundo o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, os fatores que mais contribuem para a pontuação de

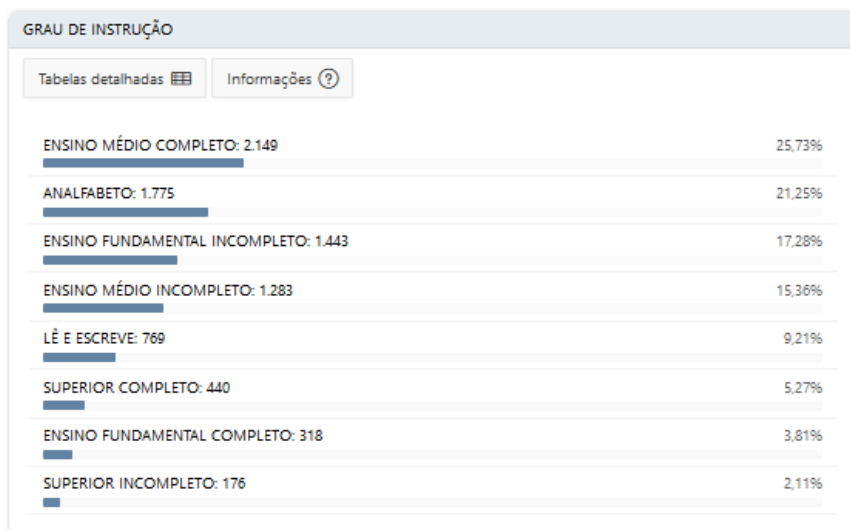
Santa Isabel do Rio Negro são a longevidade (0,737), seguido da renda (0,461) e da educação (0,323). Assim, comparando os índices referentes à longevidade (saúde), renda e educação no município estudado, vê-se com facilidade que o distanciamento entre eles está sobretudo em distribuição de renda e educação. Quando examinado o PIB desse interior, verifica-se que, em 2019, segundo o IBGE, ele registra um valor per capita de R\$ 6.063,41. Informação que contrasta verdadeiramente com a distribuição de renda encontrada em 2010, quando Santa Isabel do Rio Negro registra um valor de R\$ 141,04 por pessoa.

A mortalidade infantil, em 2020, é de 21,88 óbitos por mil nascidos vivos. A taxa de escolarização é de 51,8% entre as pessoas com 6 a 14 anos, o que lhe confere a última posição na classificação estadual. Quando o tema é trabalho e renda, Santa Isabel tem 270 pessoas formalmente ocupadas e isso representa 1,0% da população economicamente ativa empregada. O percentual de pessoas com rendimento nominal de até $\frac{1}{2}$ salário mínimo é de 56,3%, enquanto o rendimento médio dos ocupados é de 1,5 salários mínimos (BRASIL. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2022).

Esses dados revelam que Santa Isabel do Rio Negro não possui desenvolvimento econômico e nem atividade financeira capaz de absorver as pessoas com idade economicamente ativa, já que a taxa de ocupação da população não ultrapassa 1,0% e com isso, a dependência dessas pessoas pela intervenção estatal é inquestionável. Toda a riqueza produzida gira em torno da Prefeitura. Sua economia é preponderantemente de subsistência.

Apresentadas as características de Santa Isabel do Rio Negro, agora são colacionadas as suas informações eleitorais existentes no TSE sobre a faixa etária, o sexo e a escolaridade dos eleitores, além dos dados da eleição referentes à votação (presença e abstenção) e ao voto proferido (majoritário, proporcional, em legenda, nominal, branco e nulo). De acordo com o Tribunal Superior Eleitoral (BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, 2022), Santa Isabel do Rio Negro tem, em 2020, 8.353 eleitores, assim distribuídos, quanto ao grau de escolaridade:

Gráfico 2 - Grau de Instrução Eleitores Santa Isabel Do Rio Negro 2020



2.3 Primeiras impressões

As diferenças entre as duas cidades são visíveis em seus índices e desempenhos. Com diversidade de tamanho e população, elas apresentam, por outro lado, algumas semelhanças quanto à diferença entre o PIB per capita e a distribuição de renda. À primeira vista, essa diferença revela distorções e influências aparentes no patamar mínimo civilizatório. Porém, esses dados não informam muito se não houver comparação a outros elementos da equação, isto é, educação e saúde, pois o PIB é, em tese, investido pelo município nessas e noutras obrigações sociais impostas pela Constituição, que contribuem para a efetivação da liberdade.

Há um evidente abismo que separa Manaus de Santa Isabel do Rio Negro, pois em todos os três fatores de construção do desenvolvimento humano, a cidade do interior fica aquém da capital. Na taxa de escolarização das pessoas de 6 a 14 anos, Manaus tem quase o dobro do desempenho de Santa Isabel. No campo da distribuição de renda, então, são incomparáveis os dados. Porém, em extensão territorial, Santa Isabel do Rio Negro é 5 vezes e meia maior do que Manaus, o que lhe rende uma densidade demográfica baixa e muito inferior a de Manaus.

Isso demonstra, que Santa Isabel do Rio Negro possui uma grande área de floresta intocada, já que sua densidade demográfica é de 0,29 hab/km², e o desenvolvimento humano de sua população é muito baixo, e a

avaliação sobre a correlação entre esses dois fatos: preservação da floresta e baixo desenvolvimento humano é fundamental. Outro fator de influência é a economia prevalente nessas duas cidades, pois enquanto Santa Isabel do Rio Negro tem economia de subsistência; Manaus, é impulsionada pelo distrito industrial e a Zona Franca, evidenciando que o modal econômico se correlaciona com o desenvolvimento humano, uma vez que onde prevalece a economia de subsistência o desempenho no IDH é baixo.

No que se refere aos dados eleitorais, é possível identificar que o perfil do eleitorado de Manaus é preponderantemente declarado como de nível médio completo, enquanto Santa Isabel do Rio Negro é formado por eleitores de nível fundamental incompleto. Essas duas realidades demonstram que a construção da liberdade, como desenvolvimento, apresenta desafios a serem enfrentados. Observa-se que nos fundamentos da República Federativa do Brasil, quais sejam, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho e a livre iniciativa, o desempenho dos índices e características das cidades, dentro do mesmo Estado, apresentam-se em resultados tão contrastantes. Porém, é preciso compreender que a liberdade exige mais do que direitos, pois o desenvolvimento de virtudes cívicas, capital social e confiança se constrói também pela observância de deveres fundamentais (PIAIA; PREIS, 2019).

3 Processo democrático e fundamentos da República

Como o PIB dos municípios e a distribuição de renda são grandezas divergentes, resta evidente que a aproximação delas deve se dar não apenas pela equiparação nominal, mas na reversão de seus valores em benefício da população ali residente. Evidentemente que a aplicação do PIB deve ser feita pelos municípios por meio de suas estruturas de funcionamento e burocracia. O preenchimento dessa estrutura exige eleições periódicas e, portanto, a efetivação de um processo que se pretende democrático. Ocorre que essa pretensão de democracia, num Estado Republicano, exige a construção de liberdades materiais, direitos e deveres fundamentais.

Dahl (2012) aponta cinco critérios para a promoção do processo democrático: a) participação efetiva; b) igualdade de voto no estágio decisório; c) compreensão esclarecida; d) controle de agenda; e e) a inclusão de adultos capazes. E quando comparados esses elementos com o desenvolvimento humano, em que se pretende a efetivação da liberdade material das pessoas que participam do processo democrático, observam-se vários pontos de contato que podem indicar, nos resultados e dados

eleitorais, o exercício dessa liberdade.

Se a democracia é o governo do povo, faz-se pertinente o questionamento de Müller sobre quem é o povo, uma vez que ele constitui o marco *zero* da democracia e, portanto, quanto mais próximo o povo for da população mais o *demos* terá influência no *kratein* (MÜLLER, 2003). Aqui, então, os três conceitos relevantes de povo se apresentam: *o povo como instância de atribuição, o povo ativo e o povo-destinatário* e eles estão claramente definidos na Constituição de 1988, já que no primeiro grupo estão os nacionais, no segundo os cidadãos e no último a população.

O conceito de desenvolvimento humano, então, é construído a partir da população e dos nacionais e reflete as escolhas que os cidadãos fazem sobre os destinos políticos do país, do estado ou município. Por essa razão, é possível correlacionar as escolhas democráticas com o crescimento econômico e o IDH. E, sem querer operar qualquer sincretismo à brasileira, mas assumindo-se o risco de produzi-lo de maneira consciente, os critérios do processo democrático de Robert A. Dahl são correlacionados com eles e discutidos nas seções seguintes.

3.1 Cidadania e pluralismo político

A cidadania e o pluralismo político estão descritos na Constituição como fundamentos do Estado brasileiro e se relacionam com a participação efetiva, a igualdade de voto e a compreensão esclarecida apontadas por Dahl na evolução do processo democrático. Assim, pretende-se examinar como esses conceitos se refletem no IDH e no desenvolvimento como liberdade.

Atualmente já se discute a crise da cidadania pelo fato de o conceito de Estado-Nação estar em crise pela globalização. Nesse cenário, o fim do Estado-Nação seria um novo estágio de superação da democracia moderna ou da poliarquia de Dahl (2012) e, assim como acontece com as Cidades-Estado, o conceito de quem é cidadão para participar das decisões políticas das nações pós-globais já não é tão útil como antes.

Neste trabalho, entretanto, o exame da crise da cidadania volta sua atenção para o aspecto interno, no qual o seu exercício pelos nacionais natos ou naturalizados apresenta maior importância para a democracia brasileira. Assim, é preciso compreender que cidadania e nacionalidade não parecem ter o mesmo sentido, ainda que sejam interrelacionadas. Certamente que discutir a nacionalidade como um vínculo que transcende

à definição jurídica tem relevância, já que creditar a nacionalidade apenas por uma imposição unilateral do Estado parece vulnerar a bilateralidade de sentimento de pertencimento que se espera do nacional.

Apesar de a crise do Estado colocar a soberania em xeque, na visão dos professores Gervasoni e Dias (2018), o vínculo firmado entre a pessoa humana e o Estado ainda diz respeito às normas internas de cada Estado e, por isso, não se deve confundir nacionalidade e cidadania, mesmo que não exista essa sem aquela. Porém, é visível a dificuldade de separá-los dada a simbiose entre ambos.

É compreensível que somente se fale em cidadania após a nacionalidade, de modo que esta é uma condição para que surja a cidadania. Não há cidadão brasileiro que não seja nacional brasileiro, apesar de haver nacional brasileiro que não exerça em plenitude a sua cidadania. Nesse ponto ficam evidentes o problema da inclusão e o escopo da autoridade do povo de Dahl. A inclusão é uma questão antecedente, isto é, primeiro o Estado define quem será o seu povo e, depois disso, especifica como e a partir de quais condições o povo participa das decisões políticas.

Já o pluralismo político, ainda que nem todo o cidadão com capacidade ativa a tenha também de modo passivo, representa a liberdade de ideias e a participação efetiva descrita por Dahl (2012), já que ela seria a oportunidade adequada e igualitária de os cidadãos participarem da tomada de decisão expondo seus pontos de vista e suas opiniões, ainda que elas não seja escolhidas. Assim, o pluralismo político pode ser encarado como a aceitação igualitária de várias visões políticas, ainda que divergentes. Mas esse pluralismo não se resume apenas à existência de posições plurais, ele se estende também à igualdade de voto como a possibilidade de os cidadãos poderem escolher algumas dessas visões, ainda que Dahl advirta que: “julgar qual regra decisória melhor satisfaz o critério da igualdade de voto, seja num contexto geral seja num específico, é uma questão sobre a qual as pessoas comprometidas com a igualdade de voto continuam a discordar.” (2012, p. 174).

A democracia, certamente, é o regime aparentemente mais simples e ao mesmo tempo mais complexo que existe na construção política de um Estado. Sua simplicidade se extrai de seu conceito como poder do povo ou governo do povo, enquanto sua complexidade se constrói a partir da inegável certeza de que a maioria numérica ou a força do povo nem sempre segue o melhor caminho ou a opção mais justa. Por fim, o aspecto que mais se relaciona com a educação envolve a compreensão esclarecida, pois

sem elas a cidadania e o pluralismo político se transformam em arremedo a democracia.

Nesse aspecto, deve-se compreender que a preparação da pessoa para participar da democracia não tem, necessariamente, correspondência com a escolarização ainda que tenha com a educação, pois compreensão esclarecida não significa alfabetização da pessoa, mas do eleitor. A ideia de preparação do povo para participar da democracia, das decisões da cidade ou das questões públicas remonta aos tempos antigos e até hoje não foi superada, como bem esclarece Dahl (2012, p. 175):

Apesar de tudo, não creio que os cidadãos sejam tão bem qualificados quanto poderiam ser. Eles cometem enganos quanto aos meios para os fins desejados; também escolhem fins que rejeitariam se fossem esclarecidos. Concorro, portanto, que eles devem governar a si próprios mediante procedimentos satisfatórios de acordo com os critérios de um processo democrático, estritamente definido. Entretanto, vários procedimentos diferentes poderiam satisfazer os critérios igualmente bem; entre estes, porém, alguns têm maior probabilidade de levar a um *demos* mais esclarecido – e, por conseguinte, a melhores decisões – que outros. Certamente estes são procedimentos melhores e devem ser escolhidos, em vez de outros.

A distinção, então, entre esclarecimento e escolarização é melhor delineada quando ele pontua que: “pode-se replicar, suponho, que o esclarecimento não tem nada a ver com a democracia. Mas penso que essa seria uma asserção tola e historicamente falsa.” (2012, p. 176). Com isso, o autor demonstra que é tolice afirmar que o povo não precisa de esclarecimento mínimo para se autogovernar, pois sem uma compreensão mínima sobre o que é melhor para si, o povo não faz a melhor escolha. Todavia, esclarecimento não é sinônimo de escolarização e nem de maior informação, pois historicamente essas duas vias não viabilizam a compreensão esclarecida que se exige para a democracia moderna.

3.2 Valor social do trabalho e livre iniciativa

Ao estabelecer o valor social do trabalho e a livre iniciativa como fundamentos do Brasil, o constituinte deixa claro que o desenvolvimento deve se guiar por esses pressupostos, de modo que a redistribuição de renda não signifique apenas dividir, mas sim conquistar por mérito, pois deste modo se permite mais do que simples acumulação de riquezas, já que o ser humano, como uma entidade complexa e única, desenvolve-se em seus mais diversos matizes.

Não se tem dúvida da importância da riqueza ou da sua maximização como valor para a sociedade brasileira no modelo constitucional atual. Apesar de diferente do pragmatismo posneriano (POSNER, 2010) e longe de entronizá-la como valor supremo do sistema como adverte Dworkin (1980), a conexão entre distribuição de renda e desenvolvimento é intuitiva, sobretudo no mundo capitalista. Porém, não se atinge o aprimoramento humano com a simples distribuição de renda como ato de caridade estatal, como bem concluem Pompeu e Siqueira (2017). Ela deve ser fruto do trabalho e da livre iniciativa, como traço marcante da meritocracia, buscada e desenvolvida por meio de políticas públicas que possibilitem às pessoas o aprimoramento de suas potencialidades, permitindo que haja uma distribuição da renda real mais próxima da distribuição abstrata do cálculo *per capita*.

Nesse aspecto, se são necessárias discriminações inversas ou mesmo a atuação estatal para diminuir as desigualdades, viabilizar o desenvolvimento humano de forma isonômica e garantir a liberdade de que cada um possa conduzir sua vida segundo suas vontades e capacidades (POMPEU; SIQUEIRA, 2017); mostra-se evidente que tais necessidades se amoldam aos conceitos de controle de agenda e inclusão de adultos capazes de Dahl.

Por controle de agenda ele pressupõe ser “o juízo de que o *demos* é qualificado para decidir (1) que assuntos exigem, ou não, decisões vinculativas, (2) dentre esses, que assuntos o *demos* tem qualificação para decidir por si próprio e (3) em que termos o *demos* delega a autoridade.” (DAHL, 2012, p. 180) Ao observar tais critérios, sempre revogáveis, ele compreende que o povo consegue fazer o controle adequado da agenda dos assuntos a serem decididos por meio de processo democrático.

Quando ele acresce o dever de incluir todos os membros adultos capazes na construção da poliarquia ou da democracia moderna, ainda que se discuta na atualidade questões relacionadas à autonomia das pessoas mesmo com deficiência mental, ele parece ter em foco o adulto com a inteligência razoável de discernir sobre as melhores decisões para si e para a *polis*, afinal, a capacidade de escolher o que é melhor para si é inerente a toda pessoa de inteligência razoável (DAHL, 2016) como desdobramento da própria liberdade de se autodeterminar.

Por outro lado, a construção de um conceito de liberdade não é uma tarefa fácil, como bem indicam Pompeu e Siqueira (2017), pois a liberdade apresenta contornos diferentes em sociedades distintas, pois em

alguns casos ela só é garantida a partir da intervenção estatal que permita um equilíbrio entre as pessoas capazes de exercê-la. Apesar de a fórmula de Amartya Sen receber críticas por igualar renda, educação e saúde na composição do IDH, pois este seria a média aritmética da Expectativa de Vida ao Nascer, do Índice de Educação e da Distribuição de Renda, reconhece-se que ela é a medida internacionalmente utilizada para avaliar o desenvolvimento das cidades, estados e países.

O IDH favorece à discussão sobre o desenvolvimento como liberdade, já que sem saúde e vida não se encontra finalidade para a liberdade, assim como nascer e viver sem a possibilidade de se desenvolver por meio da educação e da escolarização retira do ser humano a sua dignidade, de modo que agrega-os ao crescimento econômico como motores do capital humaniza a produção da riqueza e a distribuição da renda, pois, com bem lembrar Sen: “é importante notar que a opulência econômica e a liberdade substantiva, embora não sejam desconectadas, frequentemente podem divergir” (2011, p. 260).

3.3 Dignidade da pessoa humana e processo democrático

O processo democrático, ainda que seja um ideal distante da realidade, é um padrão de funcionamento do governo do povo que permite entregar ao *demos* o *kratein*. Entretanto, além de assegurar direitos deve-se estimular o cumprimento de deveres fundamentais para permitir o desenvolvimento das virtudes cívicas, o aumento do capital social e o crescimento do grau de confiança das pessoas na própria sociedade (PIAIA; PREIS, 2019, p. 140). Certamente a ideia de deveres fundamentais imposta a todos pode aparentar redução de liberdade, mas, numa visão republicana, o cumprimento desses deveres garante a liberdade como ausência de dominação e isso é mais amplo do que a simples atuação negativa do Estado (CALDAS, 2017, p. 80).

Se o povo não deve ser visto como população (MÜLLER, 2003, p. 105), as decisões produzidas no processo democrático e republicano devem ter por finalidade o homem em sua acepção dignificante. Quando as pessoas com atribuição escolhidas pelo povo-ativo decidem sobre os destinos da sociedade, elas devem ter em mente que suas decisões se aplicam a todos os residentes no local e que os recursos públicos são de todos e a eles se destinam. Esse pensamento permite compensar a distância entre distribuição de renda e PIB per capita, uma vez que este tem potencialidade de melhoramento de 2/3 do IDH.

Nessa conjuntura, as decisões adotadas pelo povo-ativo e com atribuições escolhidas podem ser mensuradas e avaliadas sobre o quanto representam o exercício pleno da liberdade, mesmo que essa análise apenas utilize os dados eleitorais de uma determinada população. Os dados existentes permitem não apenas compreender as escolhas democráticas da última eleição municipal amazonense, mas também a visualizar o perfil das pessoas que compõem o núcleo de cidadania, mesmo que o exercício da cidadania, ainda esteja longe do ideal, como demonstra Pompeu (2010, p. 8) ao estudar a democracia interna nos partidos político e constatar que: “os donos do poder, sempre de plantão, impedem a democracia interna nos partidos políticos, evitam a discussão sobre o projeto político-partidário e o surgimento de novos líderes. Eles negligenciam a capacitação por meio de institutos de educação política e inviabilizam o conhecimento e a renovação.”.

Se no cenário nacional a perspectiva ainda é pouco promissora, no Estado do Amazonas, onde as distâncias são continentais e o isolamento é um fato inexorável, os dados mostram características singulares responsáveis, inclusive, pela existência de uma cidade com contornos de Estado, enquanto a realidade das 61 demais é destoante na educação, na saúde, na distribuição de renda e, por conseguinte, no próprio desenvolvimento humano. Diante desses pressupostos, constroem-se os contornos de avaliação do voto como exercício de liberdade material, seja pelo desenvolvimento humano seja pelo cumprimento de deveres fundamentais.

4 Voto materialmente livre no estado do Amazonas

A liberdade material do voto está construída não apenas pela garantia do sigilo e da igualdade de valor dos votantes, mas também pela consolidação do desenvolvimento humano e dos deveres fundamentais, pois ambos asseguram a liberdade de se autodeterminar e de não ser dominado por outra vontade que não seja a republicana, expressa nas ordens constitucional e legal. Assim, pretende-se nesta seção apresentar critérios para a avaliação do voto como exercício de liberdade no Amazonas.

Há, portanto, dois aspectos de obrigatória atenção: a) as características do eleitorado; e b) os dados da eleição. Esses elementos, ao serem conjugados com o desenvolvimento humano, os fundamentos da República e o processo democrático, permitem a apresentação de parâmetros auxiliares na compreensão da liberdade do voto. As características dos eleitores são, devido aos dados colhidos, limitadas às informações existentes

no TSE e englobam faixa etária, sexo e escolaridade. Já os dados da eleição permitem que se identifique o comportamento do eleitor no cumprimento do dever cívico de votar (presença e abstenção), como também o voto proferido (majoritário, proporcional, em legenda, nominal, branco e nulo). Desta forma, são apresentadas as informações eleitorais dos municípios estudados em subseções para facilitar a compreensão da avaliação.

O contraste nos dados existe não apenas em comparação com outros entes da federação, mas também dentro do próprio território amazônico. A população residente em Manaus é de 2.255.903, rendendo-lhe uma densidade demográfica de 158,06 hab/km² na Capital. Assim, excluindo-se o impacto de Manaus nesse número, tem-se que a densidade demográfica do interior do Amazonas é de 1,25 hab/km². Com isso, pode-se afirmar que Manaus é uma cidade-estado com força e densidade suficiente para concentrar e produzir o desenvolvimento econômico que alimenta o Amazonas. Porém, além de Manaus existem outros 61 municípios que juntos abarcam 1.547.745,784 km² do território amazonense, onde residem 2.014.092 pessoas, cujos índices de desenvolvimento humano não ultrapassa a classificação média.

Diante disso, tem especial importância o Tratado de Cooperação Amazônica, firmado em 03 de julho de 1978, que tem por objetivo viabilizar o desenvolvimento na região de todos os países signatários. Rubens Ricupero lembra que a iniciativa do Tratado foi do Brasil, mas tem por parâmetro o acordo internacional firmado na Bacia do Prata, e destaca que: “a demora em cristalizar na Amazônia processo semelhante se deve, é sabido, ao vazio humano e econômico da região.”(1984, p. 178). Impressionante é que três décadas depois do artigo de Ricupero, a realidade de vazio humano e econômico da região ainda persiste. Perturbador, porém, é ler no texto produzido, na década de 80 do século passado, por Ricupero (1984, p. 178) que:

No lado brasileiro, a dependência em relação aos rios navegáveis amarrrou as cidades às barrancas fluviais. Na base da economia de subsistência, criou-se uma civilização de periferia, descontínua e esparsa, à margem da Hiléia, que teve mais força para dividir e isolar do teriam tido as águas de um oceano. Na ausência de ocupação contínua, os contatos internacionais na Bacia se limitavam a três ou quatro portos fluviais de fronteira. Iquitos, Letícia, Benjamin Constant, Tabatinga, com comércio e navegação esporádicos e insignificantes. O “tempo” amazônico era sem pressa. Regia-se não pelo homem mas pela lentidão dos ciclos biológicos e pelos mitos do “Cobra Norato”. Havia consenso, dentro e fora dos países amazônicos, de que a Amazônia, como espaço

planetário, não se inscrevia no horizonte e na agenda do homem contemporâneo. Aguardava-se o próximo milênio.

O novo milênio chega e no presente o cenário desenhado em 1984 evolui menos do que se espera, o isolamento humano e econômico continua presente, a base da economia na maioria dos interiores é a agricultura e pesca de subsistência, cuja principal concorrência vem da produção de drogas ilícitas que ingressam no Brasil a partir do Peru e da Colômbia em meio a várias rotas fluviais inabitadas e sem presença do Estado. Manaus, porém, é uma ilha de exceção, experimenta o progresso econômico da era da Borracha, mas sucumbe a seu fim em razão da pirataria estrangeira que consegue subtrair sementes e mudas de seringueira e permite que a borracha deixe de ser monopólio amazônico, levando a SUDAM e o Governo brasileiro a adotarem políticas que estimulem o desenvolvimento de Manaus, como a criação da Zona Franca de Manaus (RICUPERO, 1984).

Todavia, o ideal que permeia o TCA, descrito por Ricupero como “reservar às nações amazônicas, e a elas só, a responsabilidade pelo destino da área.”(1984, p. 186) já não se mostra verdadeiro nos dias atuais. A importância Amazônica transcende aos interesses das nações onde a floresta existe, os pactos internacionais sobre o meio ambiente ou clima tomam a Amazônia como fundamental para a preservação da vida do planeta. Grandes companhias “compram” a manutenção da floresta de pé como troca de carbono por suas atividades poluidoras. A Amazônia já não é tema afeto somente às nações soberanas amazônicas. Por isso, compreender o crescimento econômico e a evolução humana como influenciam o processo democrático por meio do exercício do voto materialmente livre é importante.

4.1 A participação efetiva e igualdade de voto da população no processo democrático

Sem a participação do povo nas questões importantes e sem a igualdade de voto nas decisões políticas as pessoas podem até supor estarem numa democracia, mas, em verdade, estão apenas diante de um espectro dela. Por isso, na construção da ideia de exercício de voto materialmente livre, em que o povo-ativo participa do processo democrático com reverência aos seus deveres cívicos, entender como o crescimento econômico e o desenvolvimento humano influenciam as populações de cidades com diferentes patamares civilizatórios tem destacado relevo.

Os eleitores aptos a votar em Manaus, no ano de 2020, somam 1.331.613 e esse montante corresponde a 59% da população residente na cidade, uma vez que esta é de 2.255.903, segundo o IBGE. Assim, de acordo com o modelo eleitoral vigente no país, 41% da população não participa efetivamente das decisões, uma vez que nesse percentual estão incluídos os que não possuem idade para o exercício da capacidade eleitoral ativa e os estrangeiros residentes, por exemplo. Porém, dessas 59% pessoas aptas a votar, comparecem no dia da eleição (já que o voto é obrigatório) 1.088.826 eleitores (BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, 2022). E isso revela que no quesito efetiva participação, mais de 50% da população de Manaus cumpre seu dever fundamental de votar.

Em Santa Isabel do Rio Negro, no mesmo ano, o cenário é completamente diferente, pois os 8.353 eleitores representam 31,44% da população total de 26.566 habitantes. Assim, de começo já se percebe que mais da metade do povo não participa do processo democrático. E o quadro não se mostra melhor quando se examinam as abstenções, pois 2.417 eleitores não comparecem ao pleito e isso representa 28,94% do eleitorado (BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, 2022). Desta forma, se forem somados os eleitores faltantes com a população que não está apta a votar, o percentual de participação efetiva cai para 28,30% da população.

Os dados acima, então, demonstram que Manaus, com IDH mais alto do Estado do Amazonas, consegue que mais de 50% de sua população participe das eleições; enquanto, Santa Isabel do Rio Negro, que detém um IDH muito baixo, alcança apenas 28,30% de participação. Porém, esses dados ainda são insuficientes para concluir sobre a influência do crescimento econômico e o desenvolvimento humano no exercício do voto materialmente livre.

4.2 Compreensão esclarecida e participação de adultos capazes

A compreensão esclarecida certamente não decorre apenas da escolarização e nem é exclusivo dela, mas não se nega que a escolarização permite avaliar a educação, sobretudo como elemento de influência no IDH. As informações eleitorais e censitárias são bastante eloquentes quanto à educação. Manaus tem um eleitorado que se declara preponderantemente de nível médio completo, isto é, são pessoas que concluem a grade curricular obrigatória. Diferentemente, Santa Isabel do Rio Negro tem o seu eleitorado marcado pelo alto índice de pessoas com nível fundamental

incompleto. Mas, como os dados de escolaridade eleitoral são declarados, vale a pena compará-los com os dados do censo.

De acordo com o IBGE, o índice de escolarização de pessoas entre 6 a 14 anos em Manaus é de mais de 94%, enquanto em Santa Isabel do Rio Negro esse percentual é de pouco mais de 51%. Do mesmo modo, quando avaliado o percentil da educação no IDH de ambas as cidades, tem-se que Manaus atinge 0,658; e Santa Isabel, 0,323. É visível, portanto, que há um abismo que separa esses municípios e isso se reflete na liberdade material do voto do eleitor. A compreensão esclarecida também se revela na participação do eleitorado, isto é, quanto maior o nível de acesso à educação, maior parece ser o interesse em participar do processo eleitoral. Assim, Manaus tem mais eleitores não apenas por ser mais populosa, mas porque os deveres cívicos são mais difundidos pelo acesso à educação, à cultura e à informação.

Isso parece demonstrar que a compreensão esclarecida influencia que adultos capazes efetivamente se interessem em participar das escolhas democráticas, inclusive para votarem em branco. Com isso, a segunda vertente interpretativa dos dados da subseção anterior demonstra ter maior propensão a explicar os dados sobre abstenções, já que o maior acesso à educação implica maior participação efetiva de pessoas adultas capazes de influir no resultado das escolhas democráticas. Logo, se é maior a educação, maior a participação e maior a votação parece ser maior a liberdade material do voto.

4.3 Controle de agenda e crescimento econômico

O controle de agenda das decisões democráticas e o crescimento econômico influenciam o desenvolvimento humano não apenas na educação e na saúde, mas sobretudo na distribuição de renda. Nesse aspecto, a economia das cidades estudadas revela muito sobre a liberdade material do voto. Assim, enquanto Manaus apresenta uma economia consolidada em processos industriais e com pouca preservação da floresta, se comparado com Santa Isabel do Rio Negro, esta revela que sua atividade econômica gravita em torno do poder público e da atividade de subsistência.

Ambas, porém, apresentam grandes diferenças entre seus PIBs e a distribuição de renda, diferenciando-se nesse aspecto pela reversão da riqueza do PIB em serviços públicos de saúde e educação que permitem ao município de Manaus ter um alto índice de escolarização de pessoas entre

6 e 14 anos e um nível mais baixo de mortalidade infantil e longevidade de sua população. Cenário distinto de Santa Isabel, onde a longevidade de sua população é alta não pela existência de reversão do PIB em serviços públicos de saúde e educação, já que no quesito escolarização, o percentual de pessoas escolarizadas na faixa de 6 a 14 anos não ultrapassa 51% da população.

Tudo isso se reflete no crescimento econômico e no controle de agenda, pois a plena dependência econômica da população isabelense dos empregos temporários oferecidos pela Prefeitura, além dos programas sociais, atrelada à economia de subsistência, somam-se como elementos consolidadores da ausência de liberdade material de voto na cidade de Santa Isabel do Rio Negro, já que o percentual das pessoas economicamente ativa empregadas é de 1% e o total de pessoas com remuneração correspondente a $\frac{1}{2}$ salário mínimo é de 56,3% e o rendimento médio dos ocupados é de 1,5 salários mínimos.

Assim, mesmo que se reconheça que os nortes teóricos de Dahl (2015) são incompletos e sujeitos a críticas, como ele mesmo reconhece, os dados acima conjugados informam que a liberdade material no exercício do voto no interior do Amazonas ainda está longe do ideal, uma vez que o patamar mínimo civilizatório de democracia, dignidade da pessoa humana, valor social do trabalho, livre iniciativa e pluralismo político está longe de ser efetivado.

Isso, contudo, não implica negar que as eleições periódicas sejam democráticas ou que a Justiça Eleitoral não cumpra o seu dever de garantir que elas aconteçam e nem significa que as pessoas não são eleitas democraticamente. Apenas se observa que o processo democrático nas cidades sofre grandes influências do crescimento econômico e do desenvolvimento humano e que, como processo que é, comporta fases e, por isso mesmo, deve ser desenvolvido e aprimorado. Portanto, a comparação entre Manaus e Santa Isabel do Rio Negro revela que a distância existente entre elas não é apenas geográfica e que há muito a ser feito para o aprimoramento da democracia no Amazonas 35 anos após a redemocratização do país.

5 Conclusão

Os dados eleitorais apresentados dos dois municípios amazônicos são tão diferentes quanto os seus indicadores de desenvolvimento humano.

Da mesma forma, suas características geográficas encontram divergências quase continentais, agravadas pelo distanciamento da capital e da falta de vias de acesso mais rápidas e menos custosas. A densidade demográfica revela que a sociedade em si quase inexistente, pois apresenta valores baixos, ainda que se tenha alguma aglomeração de pessoas residentes nas chamadas sedes desses municípios. No curso de quase 20 anos entre a primeira colheita de dados e a última, ambas as cidades incrementam seus índices em valores próximos, porém, ainda sim não é possível diminuir o abismo que existe entre elas.

O constituinte funda o Estado brasileiro e define como pilares dessa entidade a cidadania, a dignidade da pessoa humana, a valorização do trabalho, a livre iniciativa e o pluralismo político e aponta como objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, além da promoção do bem de todos. Promessas normativas dignas e eloquentes, mas que 35 anos após à sua formalização, nos interiores amazônicos, ainda parecem palavras ditas ao vento.

A liberdade material de votar como capacidade de o povo livremente fazer suas escolhas democráticas, participando do processo de construção das decisões políticas de suas cidades é proporcional ao desenvolvimento humano e ao crescimento econômico, de modo que na exata medida em que eles aumentam ou diminuem, amplia-se ou restringe-se a liberdade, e isso revela que esses dois pilares auxiliam no fortalecimento dos fundamentos da democracia e da República Federativa do Brasil.

Os dados apresentados demonstram que esses fatores têm reflexos diretos e significativos nas escolhas eleitorais e na representatividade da população nas eleições periódicas, pois quanto maior os índices de desenvolvimento maior é a quantidade de pessoas que se interessam em participar do processo democrático, aumentando o *demos no kratein*. Assim como, a menor atuação da população no processo eleitoral não permite o desenvolvimento da aristocracia, já que os poucos com capacidade de atuação política não convertem o PIB em benefícios para a população.

Outra conclusão que se extrai é de que a conquista da liberdade material do voto não prescinde da atuação do poder público, isto é, ela não é satisfeita apenas com a conduta negativa do Estado. Da mesma forma, é igualmente clara a conclusão de que a intervenção estatal deve ser distinta da existente na atualidade, já que o agir do poder público deve ser voltado ao desenvolvimento humano e ao crescimento econômico

como balizadores da construção dessa liberdade material que transcende à escolha que representa o voto.

Referências

BRASIL. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Portal Brasil em síntese por Cidade e Estado**. 2022. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados.html>. Acesso em: 8 ago. 2022.

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Eleitorado da eleição**. 2022. Disponível em: <https://sig.tse.jus.br/ords/dwapr/seai/r/sig-sig-eleicao-eleitorado/home?session=4801234112794>. Acesso em: 20 ago. 2022.

CALDAS, Camilo Onoda Luiz. Liberdade política como direito fundamental na perspectiva do republicanismo. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 22, n. 3, p. 65–83, 2017. DOI: 10.25192/issn.1982-0496.rdf.v22i3923.

CAMPELLO, Livia Gaigher Bosio; SILVEIRA, Vladmir Oliveira. Dignidade, Cidadania e Direitos Humanos. In: XIX ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI 2010, Fortaleza. **Anais [...]**. Fortaleza p. 4974–4986.

DAHL, Robert Alan. **A Democracia e seus críticos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

DAHL, Robert Alan. **Poliarquia**. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2015.

DAHL, Robert Alan. **Sobre a democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2016.

DWORKIN, Ronald M. Is Wealth a Value? **The Journal of Legal Studies**, Chicago, v. 9, n. 2, p. 191–226, 1980. DOI: 10.1086/467636. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/17eb/d835ed575b50c3e8ccfd807b18608d3c09d6.pdf>. Acesso em: 25 dez. 2018.

GERVASONI, Tássia A.; DIAS, Felipe da Veiga. A Ressignificação da Cidadania e da Participação Política no Contexto das Crises do Estado. **Revista de Direitos Humanos e Efetividade**, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 35–51, 2018. Disponível em: <https://www>.

researchgate.net/publication/330975304_A_RESSIGNIFICACAO_DA_CIDADANIA_E_DA_PARTICIPACAO_POLITICA_NO_CONTEXTO_DAS_CRISES_DO_ESTADO. Acesso em: 19 mar. 2019.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o Povo? A questão fundamental da democracia**. 3. ed. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003.

PIAIA, Thami Covatti; PREIS, Marco Antônio. Deveres Fundamentais: Contribuições Ao Desenvolvimento Das “Virtudes Cívicas”, Do “Capital Social” E Da “Confiança”. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 24, n. 1, p. 126–142, 2019. DOI: 10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v24i11419.

PNUD. **Atlas do Desenvolvimento Humano no Brasil**. 2022. Disponível em: www.atlasbrasil.org.br/perfil/municipio/130260. Acesso em: 29 ago. 2022.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio. Democracia Interna nos Partidos Políticos Brasileiros. In: III JORNADAS INTERNACIONALES DE DERECHO CONSTITUCIONAL (BRASIL/ESPAÑA/ITALIA) 2010, Segovia. **Anais** [...]. Segovia: Universidad Carlos III de Madrid, 2010. p. 30.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio; SIQUEIRA, Natércia Sampaio. **Democracia contemporânea e os critérios de justiça para o desenvolvimento socioeconômico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

RICUPERO, R. O Tratado de Cooperação Amazônica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 21, n. 81, p. 177–196, 1984. Disponível em: <http://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&q=Tratado+de+Coopera??o+Amaz?nica&btnG=&lr=#0>. Acesso em: 3 jun. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria e Editora do Advogado, 2015.

SEN, Amartya Kumar. Democracy as a universal value. **Journal of Democracy**, [S. l.], v. 10, n. 3, p. 3–17, 1999. DOI: 10.1353/jod.1999.0055. Disponível em: http://muse.jhu.edu/content/crossref/journals/journal_of_democracy/v010/10.3sen.html. Acesso em: 7 maio. 2020.

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SEN, Amartya Kumar. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

DESINFORMAÇÃO NO AMBIENTE VIRTUAL E A REAÇÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL À MOROSIDADE DA TRAMITAÇÃO DO PL 2.630/20 NO CONGRESSO NACIONAL

César Augusto Godinho da Silva e Assis¹

Alexandre de Castro Coura²

1 Introdução

O ambiente virtual, ao longo dos últimos anos, tem se mostrado um campo fértil para a disseminação de desinformação, um fenômeno que ameaça a integridade das democracias e a lisura dos processos eleitorais. O Projeto de Lei nº 2.630/2020, conhecido como o “PL das *Fake news*”, surgiu como uma tentativa de regulamentar o combate às notícias falsas no Brasil, impondo responsabilidades claras às plataformas digitais e provedores de internet. No entanto, a tramitação lenta deste projeto no Congresso Nacional tem gerado uma reação significativa do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), que busca adotar medidas imediatas para conter a propagação de desinformação, especialmente em períodos eleitorais.

O PL 2.630/2020 propõe um modelo regulatório que visa não apenas a responsabilização dos propagadores de *fake news*, mas também a criação de um ambiente digital mais transparente e seguro. A resistência de alguns setores à aprovação do projeto, sob a alegação de riscos à liberdade

1 Doutorando e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV), com área de concentração em Direitos e Garantias Fundamentais. Membro do Grupo de Pesquisa Hermenêutica Jurídica e Jurisdição Constitucional (CNPq/FDV). Professor. Advogado. <https://orcid.org/0000-0003-0202-0710> E-mail: cezargodinho3@gmail.com

2 Pós-doutor, visiting scholar na American University Washington College of Law e Visiting foreign judicial fellow no Federal Judicial Center, em Washington D.C. Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Ex-professor Adjunto de Direito material e processual penal na Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Professor de Teoria dos Direitos Fundamentais no PPGD da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Líder do Grupo de Pesquisa Hermenêutica Jurídica e Jurisdição Constitucional (CNPq/FDV). Promotor de Justiça no Espírito Santo. <https://orcid.org/0000-0001-7712-3306> E-mail: acaastrocoura@gmail.com

de expressão, demonstra a complexidade de se equilibrar a necessidade de combate à desinformação com a proteção de direitos fundamentais.

Para a realização deste estudo, foi utilizada a metodologia de pesquisa bibliográfica e documental. Assim, foram analisados leis, decretos, resoluções do TSE, e artigos acadêmicos relevantes sobre o tema. A análise crítica das fontes visa compreender a relação entre a regulação da desinformação e as garantias fundamentais, observando os impactos das medidas adotadas pelo TSE e as implicações do PL n. 2.630/2020 no contexto jurídico e social brasileiro.

Este artigo analisa a complexidade do combate à desinformação no ambiente virtual, destacando a reação do TSE à morosidade legislativa e examinando as implicações dessas ações para as garantias fundamentais dos cidadãos. A análise foca nas recentes alterações da Resolução nº 23.610/2019 do TSE, que visam, segundo o tribunal, fortalecer a integridade eleitoral frente aos desafios impostos pela desinformação, e discute os potenciais impactos dessas medidas sobre a liberdade de expressão e privacidade.

2 A proposta de regulamentação das *fake news* através do Projeto de Lei nº 2.630/2020

Embora, atualmente, se fale muito sobre regulamentação do combate às notícias falsas, o Decreto nº 24.776 do longínquo 14 de julho de 1934 já o fazia quando passou a estabelecer regras atinentes à liberdade de imprensa, sobretudo para evitar a divulgação de mentiras ou deturpações pelos veículos de disseminação de informação da época que compunham a denominada “imprensa”. Visando o bem-estar social, o art. 11 do sobredito decreto, disposto no capítulo “Dos delitos e das penas”, fixava que provocar alarme social ou perturbação da ordem pública por meio de publicação de notícias falsas ou tendenciosas, ainda que verdadeiras, era punível com multa de quinhentos a dois mil réis ou prisão de um a seis meses.

Posteriormente, o referido decreto foi aprimorado, e as regras atinentes à liberdade de imprensa passaram a ser reguladas pela Lei nº 2.083 de 12 de novembro de 1953. O novo texto passou a nomear aquela conduta típica prevista no art. 11 do antigo decreto como crime de “abuso da liberdade de imprensa”, modernizando o texto para constar que constituem abusos no exercício da liberdade de imprensa a publicação de notícias falsas ou a divulgação de fatos verdadeiros, truncados ou

deturpados, que provoquem alarme social ou perturbação da ordem pública, punível com pena de um a três meses de detenção quando se tratar de autor do escrito, ou multa de dez a vinte mil cruzeiros quando se tratar de outros responsáveis subsidiários.

Durante o Regime Militar, em 9 de fevereiro de 1967³, foi promulgada uma nova lei de imprensa para regulamentar a “liberdade de manifestação e pensamento dos jornalistas”. Dentre os pontos importantes dessa lei, estão os textos do art. 1º e § 1º que diziam que era “livre a manifestação do pensamento e a procura, o recebimento e a difusão de informações ou ideias, por qualquer meio, e sem dependência de censura”, mas que não seria “tolerada a propaganda de guerra, de processos de subversão da ordem política e social ou de preconceitos de raça ou classe”. Destaca-se, ainda, o texto do art. 16, que estabelecia que a publicação ou divulgação de notícias falsas ou fatos verdadeiros truncados ou deturpados, que provocassem perturbação da ordem pública ou alarme social, seria punível com detenção de um a seis meses quando se tratasse do autor do escrito ou transmissão incriminada, e multa de cinco a dez salários-mínimos da região, sendo menor a pena se o crime tivesse sido praticado na modalidade culposa⁴.

O texto legal mais recente sobre o tema é o denominado “Marco

3 O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 130, de relatoria do ministro Carlos Ayres Britto, por considerar que alguns dispositivos dessa lei afrontava a liberdade de expressão, declarou que esta não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988. À época do referido julgamento, os ministros Joaquim Barbosa, Marco Aurélio Mello, Gilmar Mendes e Ellen Gracie divergiram do relator, e se posicionaram a favor de determinadas disposições do texto normativo, a exemplo do art. 16 acima mencionado. Referidos ministros sustentaram que não havia incidência de censura caso a referida lei fosse recepcionada pela Carta Constitucional de 1988, notadamente porque a condenação de notícias falsas não havia trazido malefício ao trabalho da mídia. No entanto, como o resultado da ação foi a não recepção da lei de imprensa de 1967, desde então há um vácuo constitucional e legal (ao menos quanto a regramento que se origine do Congresso Nacional) em relação às notícias falsas e às suas consequências, principalmente quando não são vinculadas a crimes contra a honra.

4 Não obstante a legislação brasileira sobre liberdade de imprensa e comunicação social tenha sofrido diversas mudanças ao longo da história, impulsionadas pelas conjunturas políticas e sociais do país, após a nova revolução comunicacional promovida pela internet, originaram-se desse tema os termos “desinformação” e “fake news”. Partindo das definições da Comissão Europeia de combate às *fake news* e desinformação online, publicado em 2018, Mozetic, de Moraes & Festugatto (2021, p. 336) afirmam que: [...] no universo de informações que circulam na *web*, no qual as mensagens são replicadas e compartilhadas em frações de segundos, muitas vezes sem qualquer análise mais aprofundada quanto à confiabilidade do conteúdo, quase que automaticamente, a exigência do *animus* em falsear o fato para a configuração de *fake news*, acaba por conceder um “manto” de proteção para aqueles que (com)partilham informações, sem maiores preocupações em checar a sua veracidade. O raio de atuação estatal, da forma como proposto, acaba condicionado pela exigência de existência de prova de que a propagação foi realizada com efetiva e expressa má-fé.

Civil da Internet” (Lei 12.965/14). Tal Marco serviu de expoente para os outros países, nos termos de liberdade de expressão e democracia no ciberespaço, pois era pautado nos princípios da neutralidade da rede e tinha como objetivos o acesso à informação, bem como a participação popular nos assuntos políticos e no âmbito cultural de sua comunidade. Apesar de seu foco estar na amplitude e nos benefícios da internet, o art. 19 dessa lei estabeleceu a responsabilidade do provedor de aplicações de internet em decorrência de conteúdo gerado por terceiros, nestes também compreendidas as “*fake news*”. Segundo essa disposição, somente após ordem judicial específica o provedor poderá ser responsabilizado, e ainda, desde que não tome as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente.

Essa regra tem se tornado o centro das atenções no Supremo Tribunal Federal, já que sem o advento de uma lei específica para combate às *fake news*, este ainda é o dispositivo legal vigente para a retirada de publicações e mensagens falsas dos provedores. No entanto, esta tem sido considerada morosa e burocrática para a derrubada de informações falsas da rede⁵.

Diante disso, em 3 de julho de 2020 o Senador Alessandro Vieira apresentou o PL n. 2.630, com a proposta de instituir a lei brasileira de liberdade, responsabilidade e transparência na internet, que tem por escopo estabelecer normas, diretrizes e mecanismos de transparência para provedores de redes sociais e de serviços de mensageria privada a fim de garantir segurança e ampla liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento.

Esse projeto de lei é focado essencialmente em combater a disseminação de informações falsas na internet, impondo obrigações às provedoras de serviços de internet e às grandes corporações tecnológicas, as chamadas de “big techs”, quanto a responsabilidades por danos civis e criminais no espaço digital. Após ser aprovado pelo Senado Federal

5 Em 2017, o Senador Ciro Nogueira elaborou o PL nº 473, com a finalidade de acrescentar no art. 287 do Código Penal, o texto a seguir: “Divulgar notícia que sabe ser falsa e que possa distorcer, alterar ou corromper a verdade sobre informações relacionadas à saúde, à segurança pública, à economia nacional, ao processo eleitoral ou que afetem interesse público relevante. Pena – detenção, de seis meses a dois anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave. § 1º Se o agente pratica a conduta prevista no caput valendo-se da internet ou de outro meio que facilite a divulgação da notícia falsa: Pena – reclusão, de um a três anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave. § 2º A pena aumenta-se de um a dois terços, se o agente divulga a notícia falsa visando a obtenção de vantagem para si ou para outrem.

em 2020, o projeto segue em deliberação na Câmara dos Deputados, onde já foi modificado por várias emendas ao seu texto inicial. Em 27 de abril de 2023, o relator do projeto introduziu um novo texto na Câmara dos Deputados, com o intuito de facilitar a aprovação ao excluir a proposta de criar uma agência reguladora⁶ específica, que era o aspecto mais controverso e criticado tanto por membros da oposição quanto por empresas tecnológicas.

Outro aspecto de grande debate sobre o “projeto das *fake news*” é o dever de cuidado proposto a partir de seu art. 11, o qual positiva um modelo regulatório que retira os provedores da condição de meros intermediários, fazendo-os não neutros em relação ao conteúdo publicado, na medida em que os possibilita e responsabiliza-os por decisões de remoção ou moderação de conteúdo de terceiros (usuários). E isso porque, há uma intervenção direta dos provedores nos conteúdos alcançados pelos usuários, que são guiados por perfis algorítmicos elaborados pelos próprios provedores com base em algoritmos e dados individuais de cada usuário (MANGANELLI & NICITA, 2022, p. 171).

Com tudo isso, há muita resistência ao referido projeto por parte de deputados federais, os quais tem levantado a “iminente ameaça ao exercício da liberdade de expressão⁷” dos usuários das plataformas digitais, justificando que os institutos criados com a aprovação do projeto de lei institucionalizariam a censura no Brasil, entretanto, os adeptos da PL n. 2.630/20 confiam que a sua aprovação trará mais segurança jurídica e regulamentará a responsabilidade dos propagadores de *fake news* no ambiente de rede. E, no meio de tudo isso, está o Judiciário, que parece já não ter mais paciência com a morosidade do Legislativo.

6 Segundo o art. 25 do texto original do PL 2.630/20, o Congresso Nacional instituiria, em até 60 (sessenta) dias contados da publicação da lei, o Conselho de Transparência e Responsabilidade na Internet, que teria como atribuição a realização de estudos, pareceres e recomendações sobre liberdade, responsabilidade e transparência na internet, tendo, entre outras competências, a de elaborar um código de conduta para redes sociais e serviços de mensageria privada, dispondo sobre fenômenos relevantes no uso de plataformas por terceiros, incluindo, no mínimo, desinformação, discurso de incitação à violência, ataques à honra e intimidação vexatória. Além disso, esse conselho teria a competência de estabelecer diretrizes e fornecer subsídios para a autorregulação e para as políticas de uso dos provedores de redes sociais e de serviços de mensageria privada.

7 De acordo com Juliano Benvindo (2019, p. 54) a liberdade de expressão é um direito fundamental à possibilidade de emitir opiniões, ideias e informações, de forma escrita, oral, visual ou gestual, seja qual for o meio comunicativo, sem interferência estatal indevida, respeitados os limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico, de modo a garantir a autonomia individual, a participação cidadã, o pluralismo, a busca da verdade e o sistema democrático.

3 A alteração da Resolução nº 23.610/2019 do TSE e sua (in) compatibilidade com a preservação de direitos fundamentais

A Resolução n. 23.610/2019 do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) regula a propaganda eleitoral, o horário eleitoral gratuito e as condutas ilícitas em campanha. Em um cenário onde a desinformação e as *fake news* ganham cada vez mais espaço, a alteração dessa resolução foi apresentada pelo Judiciário como crucial para fortalecer a integridade do processo eleitoral e garantir que as informações disseminadas durante as campanhas sejam verídicas e justas. A recente alteração da resolução busca endereçar especificamente o impacto das notícias falsas e da propaganda enganosa, aspectos que comprometem não apenas a lisura do pleito eleitoral, mas também a confiança pública nas instituições democráticas.

Duas das principais mudanças introduzidas pela alteração da Resolução n. 23.610/2019 estão nos art. 9-D e 9-E. O primeiro determina que o provedor de aplicação, que detectar conteúdo ilícito e for notificado de sua circulação pelos usuários, deverá adotar providências imediatas e eficazes para fazer cessar o impulsionamento, a monetização e o acesso ao conteúdo e promoverá a apuração interna do fato e de perfis e contas envolvidos para impedir nova circulação do conteúdo e inibir comportamentos ilícitos, inclusive pela indisponibilização de serviço de impulsionamento ou monetização. Já o art. 9-E estabelece que os provedores de aplicação serão solidariamente responsáveis, civil e administrativamente, quando não promoverem a indisponibilização imediata de conteúdos e contas, nos casos de risco de condutas, informações e atos antidemocráticos caracterizadores de violação aos; de divulgação ou compartilhamento de fatos notoriamente inverídicos ou gravemente descontextualizados que atinjam a integridade do processo eleitoral, inclusive os processos de votação, apuração e totalização de votos; e de grave ameaça, direta e imediata, de violência ou incitação à violência contra a integridade física de membros e servidores da Justiça eleitoral e Ministério Público eleitoral ou contra a infraestrutura física do Poder Judiciário para restringir ou impedir o exercício dos poderes constitucionais ou a abolição violenta do Estado Democrático de Direito. (TSE, 2019). Estas disposições visam responsabilizar os provedores de redes sociais e serviços de mensageria por permitir a propagação de *fake news*, concedendo-lhes poder de polícia e impondo-lhes um papel ativo na remoção de conteúdos falsos. Embora pareça um marco regulatório importante no que tange ao combate à desinformação, o novo texto da resolução levanta preocupações sobre a potencial violação do direito à

liberdade de expressão.

A crítica principal e mais aparente a essa modificação, notadamente, é que ela pode se configurar como uma forma de censura prévia, infringindo o art. 5º, IX da Constituição Federal, que assegura a liberdade de expressão. Ocorre que, no direito brasileiro, a regra é a liberdade de expressão, sendo vedada a censura prévia, de modo que se alguém for lesado em decorrência do pseudo exercício do direito à liberdade de expressão por outrem, fará jus à indenização. (FALSARELLA, 2012, p. 153).

O sobredito texto soma-se ao texto do art. 39, que data do ano de 2014, e que fixa que o provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros de conexão e de acesso a aplicações de internet, de forma autônoma ou associados a dados cadastrais, a dados pessoais ou a outras informações disponíveis que possam contribuir para a identificação da usuária ou do usuário, mediante ordem judicial, com a finalidade de “fortalecer” a capacidade do TSE de agir contra as *fake news*, no entanto, também levanta preocupações sobre privacidade e proteção de dados pessoais.

E esse debate é relevante, sobretudo considerando que a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.709/2018) visa proteger os dados pessoais dos cidadãos brasileiros. A alteração da resolução deve, portanto, ser interpretada em conformidade com a LGPD, garantindo que as medidas de rastreamento e identificação de autores de conteúdo não infrinjam direitos de privacidade indevidamente⁸.

Portanto, embora a alteração da Resolução n. 23.610/2019 pretenda refletir a tentativa do TSE de modernizar a regulação eleitoral frente, sobretudo, à desinformação no ambiente de rede, existem críticas legítimas quanto à potencial incompatibilidade dessas mudanças com a preservação de direitos fundamentais. Ao que tudo indica, o sucesso dessa tentativa dependerá, em grande medida, da aplicação prudente e equilibrada dessas novas disposições pelas autoridades competentes. Como destacam Ferreira & Fachin (2023, p. 3), A busca para se alcançar o equilíbrio delicado entre a liberdade de expressão e a proteção contra abusos exige um exame cuidadoso dos instrumentos legais jurídicos disponíveis.

8 Além disso, a nova redação da resolução do TSE estabelece sanções mais severas para aqueles que disseminam *fake news* durante o período eleitoral, incluindo multas elevadas e a possibilidade de suspensão de propaganda eleitoral de candidatos beneficiados pela desinformação. Essas sanções têm como objetivo dissuadir a prática de divulgação de notícias falsas, promovendo um ambiente mais seguro e justo para o debate político. A eficácia dessas medidas, no entanto, dependerá da capacidade do TSE de aplicá-las de maneira rápida e eficaz.

4 Conclusão

O combate à desinformação no ambiente virtual continua sendo um desafio premente para as democracias contemporâneas. A reação do Tribunal Superior Eleitoral à lenta votação do PL 2.630/20 pelo Congresso Nacional evidencia a urgência em se estabelecer, pelo próprio legislativo, mecanismos eficazes para lidar com as *fake news*, sem comprometer as garantias fundamentais, como a liberdade de expressão. As medidas adotadas pelo TSE, embora aparentemente necessárias, precisam ser implementadas com cautela durante o processo eleitoral, para evitar que se transformem em instrumentos de censura prévia.

Para alcançar um equilíbrio justo, é fundamental que as autoridades promovam um diálogo contínuo com a sociedade civil e os especialistas em direito digital, assegurando que as soluções propostas respeitem os princípios democráticos. A legislação deve ser flexível o suficiente para se adaptar às rápidas mudanças tecnológicas, sem perder de vista os direitos dos cidadãos.

O equilíbrio entre a proteção do processo eleitoral e a preservação dos direitos fundamentais é delicado e requer uma abordagem cuidadosa e ponderada, de modo que o sucesso dessa empreitada depende da cooperação entre os poderes Legislativo e Judiciário, bem como da vigilância constante da sociedade civil para assegurar que a liberdade de expressão e o direito à informação verídica coexistam harmoniosamente no ambiente digital. Com isso, a efetiva implementação dessas medidas, via legislativo, poderá consolidar um marco regulatório robusto, capaz de proteger a democracia brasileira contra os danos causados pela desinformação no ambiente de rede, ao mesmo tempo em que preserva as liberdades essenciais dos indivíduos.

Referências

BENVINDO, Juliano Zaiden. **Direito à Comunicação e Liberdade de Expressão na Internet**. São Paulo: Editora RT, 2019.

BRASIL. Planalto. **Decreto-Lei nº 24.776, 14 de julho de 1934**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d24776.htm#:~:text=D24776&text=DECRETO%20No%2024.776%2C%20DE%2014%20DE%20JULHO%20DE%20

1934.&text=INTRODU%C3%87%C3%83O-,Art.,forma%20que%20%C3%AAste%20decreto%20prescreve. Acesso em: 2 de março de 2024.

_____. Planalto. **Lei nº 2.083, de 12 de novembro de 1953.** Lei da liberdade de imprensa. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l2083.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%202.083%2C%20DE%2012%20DE%20NOVEMBRO%20DE%201953.&text=Regula%20a%20Liberdade%20de%20Imprensa.&text=Art%201%C2%BA%20%C3%89%20livre%20a,de%20jornais%20e%20outros%20peri%C3%B3dicos. Acesso em: 2 de março de 2024.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução nº 23.610, de 18 de dezembro de 2019.** Disponível em: <https://www.tse.jus.br/>. Acesso em: 18 de maio de 2024.

_____. **Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 15 ago. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 18 de maio de 2024.

FALSARELLA, Christiane Mina. A liberdade de expressão na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 61, p. 149-173, jul./dez. 2012. Disponível em: <https://www.doi.org/10.12818/P.0304-2340.2012v61p149>. Acesso em: 18 de maio de 2024.

FERREIRA, Gustavo Antonio; FACHIN, Zulmar. PARTICIPAÇÃO POLÍTICA NA ERA DIGITAL. *Revista Em Tempo*, [S.l.], v. 23, n. 1, p. 01 - 24, dec. 2023. ISSN 1984-7858. Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/3559>. Acesso em: 18 maio 2024. doi: <https://doi.org/10.26729/et.v23i1.3559>.

MANGANELLI, Antonio; NICITA, Antonio. **Regulating Platforms' Digital Services: Speech and Reach.** *Regulating Digital Markets.* Palgrave Studies in Institutions, Economics and Law. Palgrave Macmillan, 2022.

MOZETIC, V. A., de Moraes, J. L. B., & Festugatto, A. M. F. (2021). LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIREITO À INFORMAÇÃO NA ERA DIGITAL: O fenômeno das *fake news* e o “marketplace of ideas”, de Oliver Holmes Jr. **Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça**, 14(43), 331–356. Disponível em <https://doi.org/10.30899/dfj>.

v14i43.869 Acesso em 2 de março de 2024.

A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA COMO INSTRUMENTO PARA MAXIMIZAR A APLICAÇÃO DOS DIREITOS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

*Livia Rodrigues Ventura*¹

1 Introdução

O presente artigo tem como objeto o estudo do instituto da imunidade tributária, descrita na Constituição da República, que constantemente é alvo de discussão perante o Supremo Tribunal Federal e a doutrina pátria. Este artigo objetiva responder a seguinte indagação: Qual o papel social da imunidade tributária frente aos direitos e princípios constitucionalizados?

Para a realização do presente estudo, foi realizada pesquisa bibliográfica em livros e artigos científicos que tratam do tema, bem como pesquisa jurisprudencial perante o Supremo Tribunal Federal.

No decorrer deste trabalho, foi realizada a conceituação da imunidade tributária e a análise de jurisprudências que à atribuíram o status de cláusula pétrea, em especial as Ações Diretas de Inconstitucionalidade números 939 e 5935 do Supremo Tribunal Federal. Além disso, foi apreciada a função social da imunidade tributária, enfatizando os dois objetivos dos tributos, quais sejam: o fiscal e o extrafiscal. Por fim, foi trabalhada a ideia central do presente capítulo, no que se refere à imunidade tributária como instrumento para a máxima aplicação dos valores e princípios constitucionalizados. Assim, após a pesquisa bibliográfica realizada, específica sobre este tema, ficará demonstrado qual a importância da imunidade para a concretização dos direitos e garantias constitucionais, de modo a promover os direitos sociais.

¹ Advogada. Pós-graduanda em Direito Tributário (PUC Minas). Graduada em Direito (PUC Minas). E-mail: livia@mpaladvogados.com.br.

2 Conceito de imunidade tributária

A imunidade tributária é um instituto constantemente trabalhado pelos estudiosos do Direito Constitucional e do Direito Tributário, tendo em vista o destaque dado pela Constituição da República de 1988 em seus artigos.

Para Sacha Calmon Navarro Coêlho, a imunidade é uma norma editada pelo legislador, com a finalidade de proibir o exercício da competência tributária sobre fatos, pessoas ou situações expressas no texto constitucional (COÊLHO, 2016, p. 135). Nesse sentido, o constituinte optou por descrever hipóteses que exoneram o contribuinte de arcar com determinada carga tributária. Assim é trazido por Eduardo Sabbag:

As imunidades tributárias apresentam-se como normas constitucionais de desoneração tributária. Em outras palavras, são mandamentos que distanciam a tributação, por vontade do legislador constituinte, que assim se manifesta objetivando homenagear determinados valores inalienáveis da pessoa (SABBAG, 2020, p. 67).

Derzi (2018), atualizando a obra de Aliomar Baleeiro, ao conceituar o instituto da imunidade tributária, entende que esta é uma regra constitucional que limita o poder de tributar dos entes:

A imunidade é regra constitucional expressa (ou implicitamente necessária), que estabelece a não competência das pessoas políticas da federação para tributar certos fatos e situações, de forma amplamente determinada, delimitando negativamente, (BALEIRO; DERZI, 2018, p. 1892).

Posto isso, é possível concluir que, de acordo com as citações acima, as imunidades tributárias limitam o poder de tributação dos entes federados, os Estados, Municípios, Distrito Federal e União, exonerando o contribuinte da carga tributária.

Ao conceituar o instituto da imunidade, é importante mencionarmos a distinção entre a imunidade tributária e a isenção tributária. A principal diferenciação entre os dois institutos diz respeito à posição hierárquica de cada uma delas, bem como outras peculiaridades.

Enquanto a imunidade é descrita no texto constitucional, a isenção, por sua vez, é trabalhada pela legislação infraconstitucional (COÊLHO, 2016, p. 135). Para João Paulo Fanucchi de Almeida Melo, a isenção seria uma exceção à regra de incidência da competência tributária. Por tratar-se de uma exceção, sobrepõe à regra, impedindo a ocorrência do fato gerador. Assim, a isenção não se confunde com a imunidade, não apenas pela

posição hierárquica entre os dois institutos, mas também no que se refere ao campo de sua incidência.

A imunidade impede a incidência da norma tributária, conforme a disposição constitucional, enquanto na isenção, a norma tributária incide sobre determinada situação, fatos ou pessoas isentas, excluindo o próprio crédito tributário (MELO, 2022, p. 147).

Portanto, é possível concluir que a imunidade tributária possui destaque na Constituição da República e é um impeditivo à incidência da competência tributária, ou seja, os entes federados são impedidos de exercer seu poder de tributar sobre determinadas pessoas, fatos e situações.

3 A imunidade tributária como cláusula pétrea

O artigo 150, inciso VI da Constituição da República, discrimina as hipóteses de incidência da norma imunizadora e, conforme salientado anteriormente, a vedação à incidência tributária diz respeito a fatos, pessoas ou situações. Assim determina o artigo 150 da Constituição da República:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...]

VI - instituir impostos sobre:

- a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;
- b) templos de qualquer culto;
- c) entidades religiosas e templos de qualquer culto, inclusive suas organizações assistenciais e beneficentes;
- d) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;
- e) livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão (BRASIL, 1988, artigo 150, inciso VI).

O artigo 150, inciso VI da Constituição da República, descrito acima, determina cinco hipóteses que vedam aos entes federados a instituição de impostos. Constantemente, o mencionado artigo vem sendo objeto de discussão não só pela doutrina, mas também pelo Supremo Tribunal Federal. Durante anos, o cerne da discussão foi sobre o status de cláusula pétrea atribuída à norma imunizadora (MELO, 2022, p. 147).

Acerca da discussão findada perante o Supremo Tribunal Federal, merece ser mencionada a preambular decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) número 939 do Supremo Tribunal Federal (MELO, 2022, p. 147). Em resumo, a referida ação tinha como objeto o reconhecimento de inconstitucionalidade da Lei Complementar número 77 de 1993, bem como emenda constitucional número 3 de 1993, que discriminava a hipóteses de cobrança do Imposto provisório sobre a movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos financeiros pela União, sobre os outros entes federados. Em seu voto, o Ex-Ministro Sydney Sanches esclarece que as referidas medidas legislativas discutidas atentaram contra o artigo 150, inciso VI, alínea “a” da Constituição da República, que veda a instituição de imposto por um ente federado sobre os demais. Ou seja, clara violação à imunidade recíproca dos entes (STF, ADI 939).

Feitas as considerações sobre o objeto da discussão, para o estudo que se destina este tópico, ficou concluído no julgamento que as imunidades tributárias são direito individuais concedidos pelo Constituinte Originário, tratando-se, inclusive, de um direito fundamental. Assim, pelo fato de as imunidades tributárias tratarem de um direito fundamental, esta tem o status de cláusula pétrea, que inclusive, não pode ser revogada por uma emenda constitucional (STF, ADI 939).

O artigo 60, parágrafo quarto da Constituição da República descreve em seus quatro incisos quais as matérias que não poderão ser abolidas do texto constitucional:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais (BRASIL, 1988, artigo 60, parágrafo 4º).

Dentre as hipóteses, destaca-se a descrita no inciso IV, que diz sobre os direitos e garantias individuais do sujeito. Conforme salientado acima, a Ação Direta de Inconstitucionalidade decidiu que a imunidade é uma cláusula pétrea, com fundamento no artigo 60, §4º, inciso IV da Constituição da República.

Em que pese o discutido e decidido na Ação Direta de Inconstitucionalidade número 939 do ano de 1993, o tema ainda tem repercutido perante o Supremo Tribunal Federal, que mantém o entendimento de que a imunidade tributária é cláusula pétrea e ocupa espaço na gama de garantias individuais descritas no texto constitucional. Inclusive, em julgamento recente, no ano de 2020, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade o Supremo Tribunal Federal reafirmou seu entendimento:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EC 98/2017. SERVIDORES DOS TERRITÓRIOS FEDERAIS. AMAPÁ E RORAIMA. ALEGADA OFENSA À CLÁUSULA PÉTREIA DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS (ART. 60, § 4º, IV, CFRB). AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO NÚCLEO ESSENCIAL OU DE TENDÊNCIA A ABOLIR O PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. DESENVOLVIMENTO DA FEDERAÇÃO. ISONOMIA MATERIAL. DIGNIDADE HUMANA PROTEGIDA. ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE CONHECIDA E JULGADA IMPROCEDENTE. 1. Os direitos e garantias individuais foram alçados à condição de cláusula pétrea pela primeira vez na Constituição da República de 1988. O art. 60, §4º, IV, protege o texto constitucional de emendas que atinjam o núcleo essencial desses direitos ou tendam a aboli-los. 2. A interpretação do alcance das cláusulas pétreas deve encontrar equilíbrio entre a preservação do núcleo identitário constitucional e o regime democrático. [...] 7. A proteção estabelecida pelo art. 60, § 4º, IV, da CRFB, visa precipuamente a garantia da dignidade humana, que não se encontra ameaçada, de qualquer forma, pela norma questionada. 8. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida e julgada improcedente. (STF. ADI 5935, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 22/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-137 DIVULG 02-06-2020 PUBLIC 03-06-2020).

É possível, portanto, concluir que o Supremo Tribunal Federal mantém o entendimento fixado em ADI número 939, no sentido de que as imunidades tributárias têm status de cláusula pétrea, pois cuida-se de garantias individuais, que protegem o indivíduo da atuação estatal.

4 A função social do tributo

Conforme salientado acima, a imunidade tributária é um instituto alcançado no texto constitucional, que delimita a competência tributária dos entes federativos. Inclusive, é entendimento do Supremo Tribunal Federal que a imunidade tributária possui status de cláusula pétrea, por

tratar-se de garantia individual da pessoa humana. Nesse diapasão, é importante o estudo sobre a função social do tributo, de modo a esclarecer que a tributação possui finalidade que vai além do sustento do próprio Estado.

Para Maria de Fátima Ribeiro e Natália Paludetto Gesteiro, ao mencionar a função social do tributo, é preciso voltar a atenção para o preâmbulo da Constituição da República, que retrata os objetivos da Carta Magna, bem como o seu artigo 170, que caracteriza a ordem econômica brasileira como um fundamento da República Federativa (GESTEIRO, RIBEIRO, 2005, p. 59).

Para as autoras supramencionadas, o tributo deve possuir dois objetivos, o arrecadatório, de modo a sustentar o Estado, bem como o objetivo social, em observância aos objetivos e fundamentos da Constituição da República. Assim, ao instituir a política tributária, deve ser observada a justiça fiscal e social:

É no campo tributário que as implicações atingem toda a sociedade e definem a estrutura econômica da nação. A política tributária é o ponto crucial de definição da estrutura da sociedade. Por isso, deve-se examinar o fenômeno da tributação em harmonia com a dimensão social do homem, sem a qual ele não se realiza integralmente, considerando as dimensões individual e familiar. Devem ser pesquisados os próprios fundamentos da tributação, para que ela atenda, já na sua origem, as razões de justiça em relação à oneração do tributo. (GESTEIRO; RIBEIRO, 2005, p. 59).

Nesse mesmo raciocínio, Leandro Paulsen entende que a tributação é o meio pelo qual o estado mantém as intuições capazes de assegurar os direitos sociais descritos no texto constitucional. Assim, descreve que: “resta clara a concepção da tributação como instrumento da sociedade quando são elencados os direitos fundamentais e sociais e estruturado o Estado para que mantenha instituições capazes de proclamar, promover e assegurar tais direitos” (PAULSEN, 2023, p. 41).

Conforme salientado anteriormente, a arrecadação possui dois objetivos, o de amparar as despesas estatais e efetivar os direitos sociais descritos no texto constitucional. Esses dois aspectos são chamados de fiscalidade e extrafiscalidade, respectivamente. Paulo de Barros Carvalho descreve que a fiscalidade tem como fim exclusivo, abastecer os cofres públicos:

Fala-se, assim, em fiscalidade sempre que a organização jurídica do tributo denuncie que os objetivos que presidiram sua instituição, ou que governam certos aspectos da sua estrutura, estejam voltados ao fim

exclusivo de abastecer os cofres públicos, sem que outros interesses — sociais, políticos ou econômicos — interfiram no direcionamento da atividade impositiva. (CARVALHO, 2019, p. 300).

Assim, na fiscalidade, o Estado não busca a concretização dos direitos sociais, mas tão somente arrecadar toda a carga tributária devida, para sua própria subsistência. A extrafiscalidade, por outro lado, possui objetivos que vão além da mera arrecadação aos cofres públicos. Nesse sentido declara Paulo de Barros Carvalho: a essa forma de manejar elementos jurídicos usados na configuração dos tributos, perseguindo objetivos alheios aos meramente arrecadatórios, dá-se o nome de extrafiscalidade (CARVALHO, 2019, p. 300).

Para as autoras Maria de Fátima Ribeiro e Natália Paludetto Gesteiro, a tributação também deve atuar em prol da justiça fiscal, de modo alcançar os direitos sociais e a efetivação dos direitos constitucionais:

Nesta linha de raciocínio, deve ser destacado que, para alcançar uma justiça fiscal, os ditames do princípio constitucional da proporcionalidade devem estar aliados ao princípio da progressividade de alíquotas, na maioria dos tributos. Dessa forma, estar-se-ão alcançando os objetivos da natureza social do tributo com a efetiva aplicação desses princípios constitucionais, possibilitando que o Estado alcance com tributação mais elevada os mais ricos e de forma menos acentuada aqueles que possuem baixo poder aquisitivo, podendo, inclusive, conceder a estes uma isenção no pagamento de tributos. (GESTEIRO, RIBEIRO, 2005, p. 59).

Conforme a citação acima, o Estado, muitas vezes, precisa aderir a políticas que buscam alcançar a justiça fiscal, de modo a aderir a maior tributação sobre os que possuem maior poder aquisitivo. Outra forma de concretizar os princípios constitucionais, conforme prelecionado acima, é a instituição de isenções tributárias. Inclusive, conforme será demonstrado adiante, as imunidades tributárias também têm o condão de trazer concretude aos direitos constitucionais, bem como cumprir com a função social do tributo.

Portanto, é possível concluir que a tributação não deve suprir tão somente as necessidades do próprio Estado, mas também tornar efetiva a proteção concebida pela Constituição da República aos direitos sociais. A função social do tributo, conforme descrito acima, é a preocupação do Estado em reverter a carga tributária arrecadada à própria sociedade, a questões de relevância política, econômica e social.

5 A imunidade tributária como instrumento para maximizar

os direitos fundamentais

Conforme anteriormente mencionado, o tributo tem a função social de concretizar os direitos e garantias fundamentais do indivíduo dispostos no texto constitucional. Entretanto, do mesmo modo que a tributação cumpre com a sua função social, a limitação do poder de tributar também está em consonância com os direitos fundamentais da pessoa humana.

Conforme mencionado no tópico número três, o artigo 150, inciso VI da Constituição da República (BRASIL, 1988, artigo 150, inciso VI), discriminam diversas hipóteses de incidência da norma imunizadora, tais como os templos de qualquer culto, as entidades religiosas, os partidos políticos, os livros, entidades sindicais e afins. Para Luciano Amaro, a Constituição da República, no que se refere às limitações do poder de tributar, realiza uma fusão entre hipóteses imunizadoras e princípios que amparam os direitos fundamentais:

Há que se registrar, também, que a Constituição embaralha, no tópico das “limitações do poder de tributar”, princípios que amparam direitos fundamentais do cidadão (por exemplo, o direito à segurança jurídica, valor protegido por uma série de princípios constitucionais não estritamente tributários, como o da legalidade) e princípios que resguardam direitos do contribuinte (ou do cidadão na sua condição de contribuinte). Assim, o respeito à capacidade contributiva, a anterioridade da lei fiscal em relação ao exercício de aplicação do tributo e uma série de outras proposições que examinaremos adiante são tipicamente postulados tributários. (AMARO, 2024, p. 54).

De acordo com a citação acima, as imunidades tributárias trazem consigo a valoração e a proteção de determinados direitos fundamentais. A título de exemplo, podemos mencionar que a imunidade sobre os templos de qualquer culto e às entidades religiosas consagram o princípio da liberdade religiosa. (BRASIL, 1988, artigo 150, inciso VI).

Para Luís Eduardo Schoueri, as entidades religiosas em si não adentram na função do Estado. Entretanto, a imunidade atribuída pelo constituinte originário, ocorre em razão do sentimento e importância atribuída pela sociedade à religiosidade, o que caracteriza um interesse social:

Claro que a atividade da entidade religiosa ou do templo não se caracteriza como função do Estado. Ao contrário, ao Estado leigo repugna imiscuir-se em atividades religiosas. Entretanto, o constituinte, posto que não tenha definido religião oficial, reconheceu o sentimento religioso do povo, prestigiando-o em diversas passagens. Assim, o patrimônio, os serviços e a renda afetados à atividade religiosa

encontram-se fora do Domínio Econômico (fora do mercado), sendo antes parte do domínio público (da sociedade, não domínio estatal) e, por isso, incapazes de revelar capacidade contributiva. (SCHOUERI, 2024, p. 274).

Assim como ocorre na imunidade tributária sobre as entidades religiosas, os partidos políticos e as entidades sindicais também estão sob o páreo da não incidência de impostos sobre suas atividades. Ainda no entendimento do autor Luis Eduardo Schoueri, a imunidade dos partidos políticos e das entidades sindicais também ocorre em razão da valoração de determinados princípios e fundamentos descritos na Constituição da República:

Com efeito, é imediato o raciocínio, no caso dos partidos políticos e das entidades sindicais dos trabalhadores, de que se assegura que as pessoas jurídicas de Direito Público não venham, por meio de impostos, a obstar a criação e desenvolvimento daqueles. Prestigia o constituinte, pois, o princípio democrático (art. 1º, caput), com as consequentes liberdades de criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos (art. 17) e de associação sindical (art. 8º) (SCHOUERI, 2024, p. 279).

A democracia é o princípio norteador do Estado, sendo os sindicatos e os partidos políticos o instrumento efetivo para a consagração desse princípio, que inclusive, é prestigiado em diversos artigos do texto constitucional.

De acordo com Humberto Ávila, a imunidade tributária é um instrumento facilitador ao Estado, que visa o alcance das finalidades que são seus próprios deveres, no sentido que: só equivale a dizer que a causa justificativa da imunidade é facilitar, por meio da exclusão de encargos tributários, a consecução de finalidades que devem ser atingidas pelo próprio Estado (ÁVILA, 2012, p. 273) .

Em consonância, com o que é trabalhado por outros autores, de acordo com a Mônica de Almeida Magalhães Serrano, a imunidade tributária não pode ser vista como um favor ou privilégio concedido pelo Constituinte, mas sim, como um instrumento para resguardar os valores alocados na Carta Magna, em defesa das minorias, de acordo com determinados contextos políticos e econômicos:

Assim é que as isenções e imunidades, em lugar de se tratar de favores ou privilégios, voltam-se, na verdade, a resguardar valores substanciais e vitais, que se tornam imprescindíveis até mesmo para fins de fazer valer o princípio da isonomia, para a defesa de minorias e de outros valores cruciais em determinado contexto político e econômico (SERRANO, 2023, p. 56).

Assim, a imunidade tributária possui papel de importância na busca de concretização dos valores da Constituição da República, principalmente no que diz respeito aos direitos sociais. Inclusive, não havendo em que falar em violação ao princípio da isonomia. Portanto, é possível concluir que as imunidades são de suma importância para a concretização dos direitos sociais. Cada norma imunizadora carrega consigo a defesa de preceitos constitucionais.

6 Conclusão

O presente trabalho não tinha como finalidade esgotar o tema, mas tão somente trazer aspectos importantes acerca da imunidade tributária, matéria de destaque perante o Direito Constitucional e o Direito Tributário. Conforme apresentado na introdução, o presente artigo busca trabalhar a ideia de imunidade tributária, bem como realizar observações sobre suas características e o seu papel perante o texto constitucional.

Conforme ficou demonstrado ao longo do texto, a imunidade tributária é conceituada pela doutrina brasileira como uma hipótese de incompetência tributária trabalhada no texto constitucional, em relação a vedação da incidência do tributo, enquanto a isenção é descrita em leis infraconstitucionais como hipótese de exclusão do crédito tributário.

Desta forma, foi possível concluir que o Supremo Tribunal Federal tem atribuído à imunidade tributária o status de cláusula pétrea, pelo fato de ter como conjectura de sua incidência temas relacionados aos direitos e garantias fundamentais. Ressalta-se, inclusive, que as imunidades tributárias não são passíveis de qualquer revogação, mesmo que eventualmente editada Lei Complementar ou Emenda Constitucional.

Portanto, a imunidade tributária exerce função dúplice quais sejam, função fiscal e extrafiscal, sendo o primeiro com o objetivo meramente arrecadatário aos entes, de acordo com sua respectiva competência tributária, e o segundo, com objetivos sociais de promoção aos direitos fundamentais. A imunidade tributária, no teor de suas normas, carrega preceitos que vão muito além da incompetência tributária, mas principalmente maximização dos preceitos descritos na própria Constituição Federal, em prol de pessoas de baixo poder aquisitivo, bem como instituições consagradas pelos indivíduos.

Referências

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. SRV Editora LTDA, 2023. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553628113/>. Acesso em: 14 maio 2024. p. 54.

ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**. 5. ed. São Paulo: SRV Editora, 2012. *E-book*. p. 273. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502157361/>. Acesso em: 16 maio 2024.

BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel Abreu Machado. **Direito Tributário Brasileiro**. 14. ed., rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 1892.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5935, Assunto: Direito Administrativo e outras Matérias de Direito Público. Controle de Constitucionalidade. Servidor Público Civil. Regime Estatutário. Relator(a): Edson Fachin. Tribunal Pleno. Julgado em 22/05/2020. Processo eletrônico, **DJe**, 137, Divulg. 02-06-2020, Public. 03/06/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5442169>. Acesso em: 16 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 939. Ementa: Direito Constitucional e Tributário. Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar. Relator: Ministro Sydney Sanches. **Redir**, Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266590>. Acesso em: 16 maio 2024.

CARVALHO, Ivo César Barreto de. Imunidade tributária na visão do STF. **DPU**, n. 33, maio-jun/2010. Doutrina. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1748>. Acesso em: 16 maio 2024.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 30. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 300.

FACHINI, Laura Stefenon. Imunidade dos partidos políticos, sindicatos de trabalhadores e instituições de educação e assistência social. **Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília**. v. 14, n. 1, p. 141-160, jan-jun, 2020. Disponível em <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/view/10363/11125>. Acesso em: 16 maio 2024.

MELO, João Paulo Fanucchi de Almeida. **Direito Constitucional Tributário**: princípios, regras, competências e imunidades. Belo

Horizonte: Del Rey, 2022.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário Completo**. 14. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 41.

RIBEIRO, Maria de Fátima; GESTEIRO, Natália Paludetto. A busca da cidadania fiscal no desenvolvimento econômico: função social do tributo. **ARGUMENTUM - Revista de Direito**, n. 5, 2005, UNIMAR. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/721>. 2005, p. 59. Acesso em: 16 maio 2024.

SABBAG, Eduardo. **Direito Tributário Essencial**. 7. ed. São Paulo: Método, 2020.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. SRV Editora, *E-book*. 2024. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553620586/>. Acesso em: 16 maio 2024. p. 274.

SERRANO, Mônica de Almeida M. **Liberdade religiosa e a imunidade tributária**. São Paulo: Grupo Almedina, *E-book*. 2023. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556279237/>. Acesso em: 16 maio 2024, p. 56.

AS EXIGÊNCIAS ILEGÍTIMAS PARA A CONCESSÃO DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA E O IMPEDIMENTO OU RETARDO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Carolina Almeida de Paula Freitas¹

Dárcio Lopardi Mendes Júnior²

1 Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, pela hierarquia do ordenamento jurídico (como representada pela pirâmide jurídica kelseniana), impõe obediência por todas as demais normas (em sentido amplo) nacionais (BRASIL, 1988).

Por decorrência da superioridade constitucional podem ocorrer, como de fato ocorrem, conflitos quando outras legislações com ela se atritam. Desses confrontos resultam, muitas vezes, os “excessos do poder público”, em inobservância à Constituição da República e aos direitos individuais (BARACHO, 1982, p. 97).

Para o acompanhamento da evolução jurídica, surgiu o processo constitucional, cuja “viga mestra” constitui o “modelo constitucional do processo”, assim denominado por Italo Andolina e Giuseppe Vignera. Nas palavras de Fábio Presoti Passos, “o processo apresenta-se como instituição constitucionalizada que, pela principiologia do devido processo, converte-se em garantia” (PASSOS, 2013).

Sérgio Henriques Zandona de Freitas, em suas lições, acrescenta que “não é demais reprimir que o processo constitucional tem por fundamento garantir o princípio da supremacia constitucional, possibilitando a efetiva tutela, proteção e fomento dos direitos fundamentais”. (FREITAS, 2014,

1 Mestre em Direito Público pela Universidade Fumec. Especialista em Direito Civil pelo IEC, PUC Minas. Professora Universitária. Servidora Pública. E-mail: carolina@f2s.com.br

2 Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade Milton Campos. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Gama Filho/RJ. Advogado. Professor Universitário. Coautor do livro “Oratória fundamental aplicada a concursos” pela editora D’Plácido. E-mail: darciolopardi@gmail.com

p. 52-53).

Para a realização do devido processo constitucional, portanto, observar-se-ão, sem escusas, o direito à jurisdição, ao juiz natural, à representação por advogado, à reserva legal, ao contraditório, à ampla defesa, à isonomia das partes, às decisões fundamentadas, ao duplo grau de jurisdição e à duração razoável do processo.

No Brasil, os direitos humanos mereceram maior cuidado e foram ratificados a partir de 1985, em decorrência do processo de democratização do país (PIOVESAN, 1996).

Promulgada em 1988, a Constituição da República, em seu artigo 1º, instituiu os princípios fundamentais e dedicou o inciso III à dignidade humana, como alicerce a que se devem subsumir todas as demais leis e normas.

Todavia, ainda que com toda preocupação dos legisladores com os princípios acima indicados, não se pode negar que os fenômenos da lentidão e demora são duas características negativamente marcantes do processo judicial no Brasil.

Um dos pressupostos para o ajuizamento de ação reside na utilidade do provimento jurisdicional. Com isso, quer dizer que à época da decisão o bem jurídico tutelado deverá permanecer resguardado.

O brocardo “o direito não socorre aos que dormem”, comumente é utilizado em decisões judiciais desfavoráveis ao titular desatento do direito quanto ao tempo³.

Entretanto, igualmente não se vê socorrido o homem por decisão judicial proferida tardiamente por culpa do Estado.

No Brasil, o legislador voltou sua preocupação para normatizar a necessária duração razoável do processo⁴. O devido processo legal não se

3 Como exemplo: “EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. INCIDENTE DE IMPUGNAÇÃO DE CRÉDITO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. AUTOS APARTADOS. ERRO MATERIAL. AUSÊNCIA. DESCUMPRIMENTO LEGAL. RECURSO DESPROVIDO. Conforme disposto na Lei nº 11.101/05, em seu artigo 8º, a Impugnação de Crédito deverá ser autuada em separado e dirigida ao Juiz, de forma que o descumprimento do procedimento legal não pode ser considerado apenas um erro material. As repetidas manifestações no processo de Recuperação Judicial sem qualquer intuito de sanar o vício implica na preclusão lógica e temporal do direito de se insurgir quanto à inclusão do crédito no Plano, conforme expresso na máxima *dormientibus non succurrit jus* (o direito não socorre aos que dormem). Recurso conhecido e desprovido.” (MINAS GERAIS, 2019).

4 Rosemiro Pereira Leal adverte: “Com efeito, a “razoável duração do processo” é uma expressão que estigmatiza o “processo” (arcaísmo instrumentalista) como *meio* de os juízes fazerem *justiça rápida*, podendo imprimir uma esperada e prestante velocidade (celeridade) pela via de uma “razoabilidade” de senso-comum e satisfazerem os fundamentos de uma *sociedade civil*

realiza, se entregue com atraso.

2 Gratuidade de justiça, parâmetros legais e interpretação teleológica

A Emenda Constitucional de nº 45, de 30.12.2004, com o fim de alterar a realidade forense brasileira, acrescentou ao artigo 5º da Constituição da República de 1988 o inciso LXXVIII (BRASIL, 1988).

Em grande equívoco incorre aquele que considera a celeridade processual como dependente considerável dos prazos estabelecidos por lei. Há que se reconhecer que eles têm como finalidade garantir a realização do ato em interstício temporal seguro. Nas palavras de Maria Lúcia da Matta Berardo:

Olhando para a efetividade, é preciso atentar para o fator segurança, pois o método de trabalho voltado à prestação jurisdicional deve ser confiável para toda a sociedade, como instrumento válido por observar os preceitos trazidos pelo devido processo legal. Aqui as atenções se voltam para a necessidade da natural evolução do próprio Direito em contrapartida a um possível extremo que leve ao total engessamento dos valores (BERARDO, 2016, p. 47).

A realização do efetivo processo constitucional depende, por conseguinte, da conduta leal das partes, da eficiência dos cartórios e, conforme a disposição do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, da conduta do órgão judicante (BERARDO, 2016).

Zandona adverte que a “morosidade” não estaria então ligada ao processo (ou procedimento), mas sim à ineficaz prestação da atividade jurisdicional monopolizada pelo Estado-Julgador.” (FREITAS, 2014, p. 63-64).

O processo efetivo compreende na entrega da tutela jurisdicional em tempo hábil, preservado o direito tutelado e sem causar prejuízo aos litigantes, sob pena de responsabilidade do Estado (FREITAS, 2014. p.

pressuposta. Está-se vendo que “processo” nessa obsoleta concepção assume sentido vitalista: tempo de nascer, viver e morrer. Ora, o *processo*, como instituição coconstitucionalizante e coconstitucionalizada, fundadora do *status* democrático não paideico, não se desenvolve por relações métrico-temporais e espaciais (duração fatal), uma vez que, em sendo paradigma linguístico-discursivo por princípios autocríticos (*teoria neoinstitucionalista*), é interpretante que atua ao longo da validade e legitimidade do sistema jurídico sempre aberto a um *devoir di-alógico* (crítico) procedimental construtivo, reconstrutivo, destrutivo, afirmativo ou extintivo dos conteúdos de legalidade que possam ameaçá-lo ou lesá-lo (contrapor-se ao *processo*).” (LEAL, 2018, p. 167).

63-64).

Os doze primeiros artigos do Código de Processo Civil de 2015, intitulados como “Normas Fundamentais do Processo Civil”, constituem praticamente a reescrita do texto da Constituição da República de 1988. Por eles, restaram previstas (algumas como eram pelo Código de Processo Civil de 1973) as normas fundamentais do dispositivo e do impulso oficial (artigo 2º), o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (artigo 3º), o princípio constitucional da duração razoável do processo e primazia da decisão de mérito (artigo 4º), a norma fundamental da boa-fé (artigo 5º), a norma fundamental da cooperação (artigo 6º), os princípios constitucionais da isonomia, da ampla defesa e do contraditório (artigos 7º e 9º), os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da legalidade, proporcionalidade, razoabilidade, legalidade, publicidade e eficiência (artigo 8º) e, finalmente, a norma fundamental que veda a decisão surpresa (artigos 9º e 10) (BRASIL, 2015).

Não basta, a positivação de normas (a exemplo do que ocorreu com o Código de Processo Civil), se os Julgadores não se atentarem à exegese teleológica.

Inegavelmente, uma das maneiras de proporcionar a materialização do princípio da dignidade da pessoa humana revela-se na oportunização, em iguais condições, do livre acesso da jurisdição, para que possam garantir seus direitos.

O pouco compromisso com a técnica ou aversão ao vocabulário jurídico adequado, leva aos menos cuidadosos a utilização da expressão “livre acesso à justiça”, enquanto o correto é referir-se ao “acesso à jurisdição”⁵.

Assegurado com *status* de direito fundamental pela Constituição da República de 1988, ao lado de vários outros, está o acesso à jurisdição.

Brêtas explica:

Jurisdição é atividade-dever do Estado, prestada pelos seus órgãos competentes, indicados no texto da Constituição, somente passível de ser exercida sob petição da parte interessada (direito de ação) e mediante

5 Vale o registro da explicação de Rosemiro Pereira Leal, para quem “a palavra justiça, quando assim posta nos compêndios de direito, pode assumir significados vários que, a nosso ver, perturbam a unidade semântica e a seriedade científica do texto expositivo. É certo que o denominado “acesso à justiça” nada tem a ver com o acesso aos direitos fundamentais [...] não é a síntese de todos os princípios e garantias constitucionais do processo, porque atualmente o modelo constitucional do processo é que, por incorporar o princípio da ampla defesa pelo direito-deação, é que gera o livre acesso à jurisdição, como direito irrestrito de provocar a tutela legal (art. 5º., XXXV, CR/88)” (LEAL, 2008, p. 67-68).

a garantia do devido processo constitucional, ou seja, por meio de processo instaurado e desenvolvido em forma obediente aos princípios e regras constitucionais, dentre os quais avultam o juízo natural, a ampla defesa, o contraditório e a fundamentação dos pronunciamentos jurisdicionais, com o objetivo de realizar imperativa e imparcialmente o ordenamento jurídico. (BRÊTAS, 2004, p. 112).

O acesso à jurisdição (artigo 5º, inciso XXXV da Constituição da República de 1988) ultrapassa a possível impressão rasa de bastar a possibilidade da instrumentalização do direito público e subjetivo de ação, por meio do ajuizamento do pedido (BRASIL, 1988).

Assim, para efetivar o princípio da isonomia no Direito Processual Civil e, com isso, o acesso à jurisdição (na condição de titular de direito lesado ou ameaçado), foi necessária a produção legislativa infraconstitucional para obter-se o equilíbrio em casos de desigualdade material. Rosemiro Pereira Leal chama atenção para o assunto:

O instituto da isonomia é direito-garantia hoje constitucionalizado em vários países de feições democráticas. É referente lógico-jurídico indispensável do procedimento em contraditório (processo), uma vez que a liberdade de contradizer no processo equivale à igualdade temporal de dizer e contradizer para a implementação, entre partes, da estrutura procedimental. A asserção de que há de se dar tratamento igual a iguais e desigual a desiguais é tautológica, porque, na implementação do procedimento, o dizer e contradizer, em regime de liberdade assegurada em lei, não se operam pela distinção jurisdicional do economicamente igual ou desigual. O direito ao processo não tem conteúdos de criação de direitos diferenciados pela disparidade econômica das partes, mas é direito assegurador de igualdade de realização construtiva e implementadora do procedimento (LEAL, 2018, p. 155).

O Código de Processo Civil de 2015, no artigo 139, inciso I, estabelece a condução do processo pelo juiz, a quem impôs o dever de “assegurar às partes igualdade de tratamento” (BRASIL, 2015). E, para tanto, fez-se necessário, diante do pagamento das custas e despesas processuais, abraçar aqueles desprovidos financeiramente, sob pena de negar-lhes o acesso à jurisdição.

Décadas antes da promulgação da Constituição da República, passou a vigorar a Lei 1.060/1950, que instituiu normas para a concessão de assistência judiciária aos hipossuficientes financeiros, desta maneira considerados pelo legislador. A referida legislação restou recepcionada pela Carta Maior.

Entretanto, com o advento Código de Processo Civil de 2015, alguns dispositivos da Lei 1.060/50 foram revogados, e, ao que se percebe,

o comportamento de parte considerável dos magistrados pode dificultar o exercício subjetivo do direito de ação.

A redação original do artigo 4º da Lei 1.060/50 era a seguinte:

Art. 4º A parte, que pretender gozar os benefícios da assistência judiciária, requererá ao Juiz competente lhos conceda, mencionando, na petição, o rendimento ou vencimento que percebe e os encargos próprios e os da família.

§ 1º A petição será instruída por um atestado de que conste ser o requerente necessitado, não podendo pagar as despesas do processo. Este documento será expedido, isento de selos e emolumentos, pela autoridade policial ou pelo Prefeito municipal.

Com isso, bastava a declaração firmada pelo litigante para a concessão do benefício. À época, denominava-se “assistência judiciária” o que hoje afirmamos ser “gratuidade da justiça”.

Por bastante tempo, tais declarações mostraram-se suficientes e todos os requerentes gozavam do privilégio. Ocorre que a litigância desonesta também sempre foi uma constante no Direito, não só no Brasil.

Visando a alteração do comportamento dos jurisdicionados e, desta forma, impedir os abusos desleais, desde 2015 o legislador atribuiu maiores poderes aos julgadores quanto a esse aspecto.

De início, observa-se a adequação da nomenclatura. O Código de Processo Civil passou a disciplinar por meio do seu artigo 98, a GRATUIDADE DA JUSTIÇA:

Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

Permaneceu, pois, a possibilidade do não recolhimento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios pelo hipossuficiente financeiro.

Ressalta-se que o referido item legal não retira da parte beneficiada a responsabilidade do pagamento dos ônus sucumbenciais. No entanto, garante-se enquanto perdurar tal estado de miserabilidade a suspensão da sua exigibilidade.

Além do mais, pelo ordenamento que hoje está prestes a completar uma década de vigência, permite-se àqueles que pretendem a gratuidade, mas não a obtiveram de modo integral, o pagamento parcelado de algumas despesas, *in verbis*:

Art. 89 [...]

§ 5º A gratuidade poderá ser concedida em relação a algum ou a todos os atos processuais, ou consistir na redução percentual de despesas processuais que o beneficiário tiver de adiantar no curso do procedimento.

§ 6º Conforme o caso, o juiz poderá conceder direito ao parcelamento de despesas processuais que o beneficiário tiver de adiantar no curso do procedimento.

Quanto ao pedido em si, que pode ser deduzido a qualquer tempo e grau de jurisdição - dada a possibilidade de alteração da sorte financeira do requerente da benesse - continuou possível o requerimento seja por declaração simples, ou até mesmo diante da outorga de poderes específicos no instrumento de mandato. Para tanto, consideram-se interessantes as transcrições seguintes:

Art. 99. O pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso.

§ 1º Se superveniente à primeira manifestação da parte na instância, o pedido poderá ser formulado por petição simples, nos autos do próprio processo, e não suspenderá seu curso.

Art. 105. A procuração geral para o foro, outorgada por instrumento público ou particular assinado pela parte, habilita o advogado a praticar todos os atos do processo, exceto receber citação, confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito sobre o qual se funda a ação, receber, dar quitação, firmar compromisso e assinar declaração de hipossuficiência econômica, que devem constar de cláusula específica.

Em clara autorização para a atuação fiscalizatória do Estado, em sua função Judiciária, o legislador conferiu poderes aos Magistrados para condicionar o deferimento do pedido à efetiva comprovação da ausência de recursos, mas não arbitrariamente. Há que se suspeitar, diante de elementos indicativos, de que a parte não faz jus ao benefício.

Prestigiando o Princípio que veda a decisão surpresa (artigos 9º e 10 do Código de Processo Civil), impuseram aos julgadores o dever de intimar a parte requerente para comprovar a sua realidade econômica.

§ 2º O juiz **somente** poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos.

Relevantíssimo atentar para a cuidadosa e propositalmente expressão SOMENTE, incluída ao texto pelo legislador.

Entretanto, na prática tem-se observado, que ainda que não evidente qualquer declaração inverídica no pleito da gratuidade da justiça, os julgadores, em exigências extrapolantes, somente acolhem o pedido quando o pleiteante desprover absolutamente de patrimônio, e, mais, percebendo remuneração de até 01 (um) salário mínimo.

E justamente a respeito disso, é que se consideram tais determinações afastadas da exegese teleológica.

Em processos em que não se discutem o patrimônio ou a qualidade de vida da parte requerente, observa-se ser muito pouco provável que o Magistrado, pela simples leitura da petição inicial, suspeite da falsidade da declaração do requerente.

Pela qualificação das partes, no preâmbulo da petição inicial, depreenderá o julgador a profissão e o endereço do pugnante, o que *de per se*, não legitima a determinação e, muito menos, o indeferimento da gratuidade da justiça.

A legislação possui redação claríssima: “se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais”.

Mas quais seriam esses elementos, se o que se observa, na grande maioria, é o despacho inicial determinando a juntada de certidão negativa de propriedade de veículos, certidão negativa expedida por todos os cartórios de registro de imóveis da comarca de tramitação do feito, cópia das 03(três) últimas declarações do imposto de renda, cópia dos 6 (seis) últimos meses de extrato bancário e de cartões de crédito, como um mínimo.

Existem decisões em que há determinação para que a parte casada apresente esses mesmos documentos relativos ao seu seu cônjuge, ainda que ele não integre a lide.

Não há como não perceber o abuso do poder estatal.

As certidões relativas ao DETRAN e extratos bancários, incluindo dos cartões de crédito, são de fácil obtenção e gratuitas. Já as imobiliárias, não obstante as partes terem o direito ao reconhecimento da gratuidade dos emolumentos, nem sempre as serventias o acolhem (o que demanda ou o pagamento a quem não pode pagar, ou o ajuziamento de ação cominatória para o reconhecimento desse direito, e, após, o cumprimento pelos cartórios).

O nó górdio da questão não está apenas na onerosidade imposta ao requerente, mas sim na falta de autorização ao Estado para tais exigências condicionantes do deferimento da Justiça Gratuita.

As decisões para que não padeçam de nulidade devem ser fundamentadas por força constitucional e desse preceito não se afastam as que determinam a comprovação da pobreza legal.

Colaciona-se, a exemplo, a ementa abaixo:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO ORDINÁRIA - PRELIMINAR - IMPUGNAÇÃO À JUSTIÇA GRATUITA CONCEDIDA EM PRIMEIRA INSTÂNCIA - NÃO CONHECIMENTO - INADEQUAÇÃO - REINTEGRAÇÃO DE POSSE - REQUISITOS DO ART. 561 DO CPC - NÃO PREENCHIDOS - DILAÇÃO PROBATÓRIA - NECESSIDADE - STATUS QUO ANTE - JUSTIÇA GRATUITA PLEITEADA PELA PARTE AGRAVADA - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA MISERABILIDADE. Segundo o que dispõe o art. 100 do CPC, tendo o benefício da justiça gratuita sido concedido em primeira instância, eventual impugnação deve ser apresentada em sede de contestação. Para o deferimento do pedido liminar é necessário que o autor comprove os requisitos do art. 561, do CPC, ou seja, a posse anterior e o esbulho, cabendo-lhe provar a sua posse, o esbulho praticado pelo réu, a data em que perpetrado e a perda da posse. Inexistindo nos autos, até o momento, indício de provas aptas a verificar, com segurança, os requisitos autorizadores ao deferimento da liminar de reintegração de posse, incabível o sua concessão. Prezando-se pela manutenção do status quo ante da situação fática existente ao tempo da propositura da demanda, revela-se prudente a dilação probatória para apurar os fatos controvertidos. **Para a concessão dos benefícios da gratuidade de justiça é necessário que a parte comprove a alegada miserabilidade jurídica, não bastando, para a obtenção da benesse, a simples declaração de que não possui condições de arcar com as custas e despesas processuais sem prejuízo de seu sustento próprio ou de sua família.** (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.23.018456-6/001, Relator(a): Des.(a) Marco Aurelio Ferenzini, 14ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 23/05/2023, publicação da súmula em 23/05/2023)⁶

Do voto eleito como modelo a esse artigo, aleatoriamente, retirou-se o trecho abaixo:

6 TJMG, <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/ementaSemFormatacao=18456&procSequencial=1&procSeqAcordao=0>. Acesso em 19 mai 2024.

3 Gratuidade de Justiça

Verifica-se que os agravados pleitearam, em sede de contraminuta, o deferimento dos benefícios da gratuidade de justiça (cód.52) e, na oportunidade, colacionaram os documentos de cód.43/46. Nesse aspecto, cumpre esclarecer que o benefício da gratuidade processual pode ser concedido à pessoa física ou jurídica, desde que comprovada a necessidade da benesse, nos termos do art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal, e não restem presentes nos autos quaisquer indícios contraditórios ao alegado estado de miserabilidade.

No entanto, sabe-se que somente a declaração de pobreza não tem o cunho de autorizar a concessão da benesse.

Dito isso, a despeito de fazer menção a uma difícil situação financeira suportada, os agravados **sequer se desincumbiram de comprovar nos autos sobredita circunstância, visto que os documentos por eles colacionados não comprovam suas alegações, tampouco comprovam qualquer renda.** Dessa forma, o indeferimento do benefício da justiça gratuita aos agravados é medida que se impõe.⁷ (g.n.)

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA - PRELIMINAR DE DESERÇÃO REJEITADA - JUSTIÇA GRATUIDA OBJETO DO RECURSO - HIPOSSUFICIÊNCIA COMPROVADA - LITISCONSÓRCIO - DESISTÊNCIA QUANTO A UM DOS RÉUS - PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DE DEFESA DO RÉU REMANESCENTE - DATA DA INTIMAÇÃO ACERCA DA DESISTÊNCIA MANIFESTADA - REVELIA - AUSÊNCIA. Não se pode decretar a deserção do recurso quando a concessão do benefício constitui o mérito do próprio apelo. Em atendimento ao disposto no art. 5º, inc. LXXIV, da CR, as benesses da assistência jurídica integral e gratuita são concedidas aos que comprovarem insuficiência de recursos. **Comprovada a hipossuficiência financeira por meio de documentos hábeis, o deferimento da concessão da gratuidade da justiça é medida que se impõe.** Havendo litisconsórcio passivo, o prazo para apresentação da contestação do réu citado se inicia somente após a sua intimação, em caso de desistência da parte autora quanto ao corrêu. Ausente a intimação do réu remanescente, não há que se falar em revelia, sendo nula a sentença proferida, por claro cerceamento de defesa da parte. (TJMG - Apelação Cível 1.0000.21.054874-9/001, Relator(a): Des.(a)

7 TJMG <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordainhasPorPagina=1&palavras=justi%E7a%20gratuida%20concedida&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&referenciaLegislativa=C-lique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%Eancias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&c>. Acesso em 19 mai 2024.

Marcos Henrique Caldeira Brant , 16ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 26/05/2021, publicação da súmula em 28/05/2021)⁸ (g.n.)

Transcrevemos, de igual modo, trecho do voto. Vejamos:

MÉRITO

Pelas razões recursais, verifica-se que a primeira controvérsia cinge-se a análise do pedido de gratuidade judiciária formulado pelo Réu/Apelante. Inicialmente deve-se salientar que, em todos os feitos, como regra geral, a parte tem a obrigação de custear as despesas da tramitação processual. A exceção se dá nos casos em que a parte não possui condições de arcar com as mencionadas despesas, casos em que o Estado prestará assistência judiciária, concedendo o que chamamos de justiça gratuita.

Lado outro, para que a parte possa fazer jus ao benefício da assistência judiciária, não basta a simples declaração de pobreza, sendo imprescindível que demonstre, através de documentos hábeis, a sua hipossuficiência financeira. (g.n.)

No caso vertente, verifica-se que o Réu/Apelante acostou aos autos documentos comprovando a sua insuficiência de recursos para arcar com as custas e despesas processuais e honorários advocatícios, atendendo, assim, ao comando do art. 5º, inc. LXXIV, da CR.

Pela leitura acima, seja das ementas ou dos votos, não se perquire qual a motivação para o indeferimento da justiça gratuita. Delas não se observam, igualmente, quais os elementos evidenciariam a falta dos pressuostos legais, exatamente na linha de raciocínio desenvolvida no presente artigo.

4 Conclusão

O elemento abordado para a exposição do tema paira nas exigências para a concessão da gratuidade de justiça em desacordo com o que preceitua a legislação e a visão constitucional acerca do acesso à justiça. Temos, pois, que a consequência de tudo isso desagua na segunda instância, normalmente, mediante interposição de recursos de agravo de instrumento, que, em grande proporção, são providos. Neste ponto, a ação será suspensa em primeira instância, violando, ilegitimamente, um outro princípio constitucional: o da celeridade processual.

O correto, ao nosso sentir, é que em não havendo evidências da tentativa de locupletamento pelo não recolhimento das custas processuais

8 TJMG <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/ementaSemF=0&procNumero=54874&procSequencial=1&procSeqAcordao=0> . Acesso em 19 mai 2024.

e demais ônus, presume-se a boa-fé da parte pleiteante da gratuidade da justiça.

A desconsideração, portanto, dos Magistrados da expressão SOMENTE, aposta no § 2º do artigo 98 do Código de Processo Civil, desnatura o Instituto e implica também na afronta do princípio da celeridade processual.

Referências

ANDOLINA, Italo. O papel do processo na atuação do ornamento constitucional e transnacional. **Revista de processo**, São Paulo, n. 89, p. 63-69, jul/set. 1997.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Aspectos da teoria geral do processo constitucional: teoria da separação de poderes e funções do Estado. **R. Inf. Legisl.** Brasília, a. 19, n. 76, out./dez. 1982.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF, Senado, 1939. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm. Acesso em: 09 ago. 2022.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Fraude no Processo Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

RÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. O princípio da cooperação processual e contraditório no código civil brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política**, a. 3, n.10, 2017. Disponível em: https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:W10gR_zdWn4J:https://revistas.ulusofona.pt/index.php/rfdulp/article/view/6301/3834+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br&client=safari. Acesso em: 09 ago. 2022.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e estado democrático de direito**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2022.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona; FREITAS, Gabriela Oliveira. **A mediação no novo código de processo civil brasileiro: uma análise crítica da cidadania pela busca do modelo de constitucionalismo contemporâneo latinoamericano e europeu democrático**. Oñati: CONPEDI LAW REVIEW, 2016a. Disponível em: <https://webcache>.

googleusercontent.com/search?q=cache:riD0NFaALP0J:https://
indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/
download/3583/3088+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br&client=safari.
Acesso em: 09 ago. 2022.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona; FREITAS, Gabriela Oliveira. A
superação do livre convencimento motivado no código de processo civil
de 2015: Uma análise do dever de fundamentação das decisões **REVISTA
DE ESTUDOS JURÍDICOS UNA**. v. 3, n. 1. 2016b. Disponível em:
<http://revistasgraduacao.una.emnuvens.com.br/rej/article/view/50>.
Acesso em: 09 ago. 2022.

PASSOS, Fábio Presoti. Processo Constitucional e Jurisdição no Estado
Democrático de Direito. **E-civitas Revista Científica do Departamento
de Ciências Jurídicas, Políticas e Gerenciais do UNI-BH**. Belo
Horizonte, v. VI, n. 1, jul-2013. Disponível em [https://revistas.unibh.br/
dcjpg/article/view/1086/589](https://revistas.unibh.br/dcjpg/article/view/1086/589). Acesso em: 09 ago. 2022.

UM PANORAMA SOBRE A EDUCAÇÃO NO BRASIL E SUA IMPORTÂNCIA PARA A CONSTRUÇÃO DA DEMOCRACIA

Fernanda Carolina Gomes Pataro de Queiroz Cunha¹

1 Introdução

O presente artigo visa falar sobre a importância da educação para a construção da democracia.

A CF de 1988 disponibiliza a seção I do capítulo III do título VIII para tratar do direito à educação. O art. 205, menciona que a educação é um direito de todos e um dever do Estado e da família.

O objetivo de se conceder a educação visa ao preparo da cidadania, a qualificação para o trabalho e o pleno desenvolvimento da pessoa.

A educação complementa o desenvolvimento da pessoa. Não basta ela estar desenvolvida fisicamente, se não está intelectualmente. Uma pessoa sem educação está à margem da sociedade. Para construção de um país democrático é necessário que os habitantes que residem nele tenham conhecimento de seus direitos e, para tanto, faz-se mister o mínimo de educação. É o que se verá.

2 Um panorama sobre a educação no Brasil e sua importância para a construção da democracia propriamente dita

O marco primeiro da educação formal é a alfabetização. Por sua vez, ela abre o caminho para o conhecimento. “Os analfabetos consideram-se ‘cegos sociais’ porque não conseguem decodificar o código escrito ao seu redor” (OLIVEIRA, 2000, p.01). Ainda segundo essa mesma autora, o analfabetismo é degradante, tendo em vista criar um sentimento de

1 Fernanda atua como Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia, na 5ª Promotoria de Valença/BA com atribuição na área da Infância Juventude e Criminal. Tem especialização em direito ambiental pela Fundação do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Especialização em direito público pelo JusPodivm. Mestranda em Ciências Políticas e Sociais pela UCSAL. E-mail: fernandapataro@hotmail.com.

inferioridade:

[...] Melo (1997) apresenta depoimentos de um grupo de analfabetos que se sentem culpados por não dominar o discurso dos detentores do poder. E esses depoimentos são apropriados pela minoria como forma de estabelecer a diferença entre o discurso oficial baseado na língua escrita e a fala natural dos trabalhadores.

Submisso, o analfabeto tenta justificar-se, buscando a alfabetização para ler instruções, avisos, assinar seu nome, contratos, para qualificar-se no trabalho, como forma de apresentar-se como pessoa honesta (porque sabe escrever), como garantia de obter um lugar na sociedade, para poder conversar com as outras pessoas utilizando palavras mais condizentes com a norma padrão.

Uma alfabetização que atende interesse da minoria provoca a divisão entre proprietários e trabalhadores, cristalizando assim o distanciamento entre as classes sociais e a consciência da não mobilidade social. (2000, p. 01)

Diante dessa realidade, é preciso ater-se que o analfabeto apenas almeja o mínimo em termos de educação: saber ler e escrever. Mas educação não é só isto. Inclusive, uma pessoa que só sabe ler e escrever para a UNESCO é tida como analfabeto funcional.²

Retomando o texto da Constituição, vê-se que ela confere o direito à educação da forma mais ampla, através de alguns princípios a serem observados, *in verbis*:

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I- igualdade de condições e acesso e permanência na escola;

II- liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;

III- pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;

IV- gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;

V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas;

VI- gestão democrática do ensino público na forma da lei;

2 O conceito de analfabetismo mudou muito nos últimos anos. Em 1958 a UNESCO definia como analfabeto um indivíduo que não consegue ler ou escrever algo simples. Vinte anos depois, adotou o conceito de analfabeto funcional: uma pessoa que, mesmo sabendo ler e escrever frases simples, não possui as habilidades necessárias para satisfazer as demandas do seu dia-a-dia e se desenvolver pessoal e profissionalmente.

VII- garantia do padrão de qualidade.

VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal.

IX - garantia do direito à educação e à aprendizagem ao longo da vida.

O citado artigo remete primeiramente ao direito à igualdade, o que era desnecessário, por conta do artigo 5º do mesmo diploma legal que já confere de forma geral igualdade a todos, resultando o referido texto em mero eufemismo, talvez de forma a enfatizar a importância deste direito. Além disso, confere liberdade de aprender e ensinar, divulgar o pensamento, bem como o pluralismo de idéias. Sem essa liberdade, há manipulação. Não se pode limitar o conhecimento e a sua divulgação.

Interessantes são as idéias de J. J. Calmon de Passos acerca da limitação de ideias e do saber:

[...] Para que a dominação deixe de ser mera força e se faça poder, necessária, em maior ou menor grau, a cooptação do dominado. E um dos instrumentos mais poderosos dessa cooptação é o saber. Entre os que igualmente sabem sobre algo, só a autoridade opera, não o poder, visto como as relações de poder vinculam um saber a um não saber[...] (1998, p. 185).

Por isso, importante é a educação. Sem ela o povo é mecanismo de manobra e dominação.

Como princípio (art. 206), também é mencionado o ensino oficial público, permitindo o acesso a pessoas de classes menos favorecidas à educação. A CF, inclusive, dá preferência ao ensino público que o privado. De acordo com o entendimento de José Afonso da Silva:

A educação como processo de reconstrução da experiência é um atributo da pessoa humana, e, por isso, tem de ser comum a todos. É essa a concepção que a Constituição agasalha nos art. 205 e 214, quando declara que ela é um *direito de todos e um dever do Estado*. Tal concepção importa, como já assinalamos, em elevar a educação à categoria de serviço público essencial que ao poder público impende possibilitar a todos, daí a preferência constitucional pelo ensino público, pelo que a iniciativa privada, nesse campo embora livre, é, no entanto, meramente secundária e condicionada (arts. 209 e 213). É que, como lembra Anísio Teixeira: “obrigatória, gratuita e universal, a educação só poderia ser ministrada pelo Estado. Impossível deixá-la confiada a particulares, pois estes somente poderiam oferecê-la aos que tivessem posses (ou a ‘protegidos’) e daí operar antes para perpetuar as desigualdades sociais, que para removê-las. A escola pública, comum a todos, não seria, assim, o instrumento de benevolência de uma classe dominante, tomada de generosidade ou de medo, **mas um direito do povo**, sobretudo das

classes trabalhadoras, para que, na ordem capitalista, o trabalho (não se trata, com efeito, de nenhuma doutrina socialista, mas do melhor capitalismo) não se conservasse servil, submetido e degradado, mas, igual ao capital na consciência de suas reivindicações e dos seus direitos. (g.n.) (2006, p. 839)

A educação é o principal meio de se reduzir as desigualdades sociais. É através dela que o indivíduo se qualifica para o mercado de trabalho e aprende a pensar e desenvolver uma consciência sobre a realidade que o cerca. Por isso é importante o dispositivo constitucional que garante o ensino público, gratuito e universal. Com efeito, a CF priorizava o ensino fundamental e com a EC nº 59/2009 passou a priorizar o ensino básico, que compõe a educação infantil fundamental e ensino médio, além de prever a escolarização obrigatória até os 17 anos. Claro é o texto que assegura de forma imediata o ensino básico a todos, prevendo, outrossim, a sua oferta gratuita a todos aos que não tiveram acesso na idade adequada.

Já quanto ao ensino médio gratuito, há a previsão de que para ele haja uma progressiva universalização. Portanto, quando da promulgação da CF todos teriam o direito à educação básica, imediata, porque sua disciplina está prevista em uma norma de eficácia plena. Contudo, inicialmente, nem todos teriam o mesmo direito em relação ao ensino médio, posto que seria implementada sua gratuidade progressivamente. Urge discutir, outrossim, que já decorreu lapso temporal suficiente para esta implementação (a CF brasileira tem 36 anos que foi promulgada).

No Brasil entre os anos 30 e 60, o ensino público era bem conceituado, em que pese nem todas as pessoas terem acesso, por conta da quantidade exígua de escolas. Era um ensino bom e excludente. Os indivíduos que conseguiam vagas em colégios públicos eram bem formados. Colégios Públicos do Estado da Bahia como o Central, Isaías Alves, Severino Vieira eram colégios disputados pela população, pois tinham ensino de qualidade, melhor até que muitos particulares. Caetano Veloso, um dos grandes nomes da música brasileira, estudou no Colégio Estadual Severino Vieira na década de sessenta, junto com ele se formaram grandes nomes da Bahia como Maria Bethânia, Calazans Neto, Carlos Marighella, Raul Seixas, Waldir Pires, João Ubaldo Ribeiro e Glauber Rocha. Antes de estudar em colégio público na Bahia, João Ubaldo estudou em colégio público em Sergipe, só para citar alguns exemplos.

Portanto, naquela época existiam boas escolas, bastava apenas o governo universalizar o ensino, destinando maior investimento público. Infelizmente não foi isso que aconteceu. As escolas públicas pouco a pouco

foram perdendo seu prestígio e dando espaço ao ensino particular.

A educação é um direito subjetivo da pessoa; é um direito do povo exigir colégios públicos bons, exigir capacitação dos professores, enfim, exigir qualidade.

Aliás, é prevista a valorização do trabalho dos professores e piso salarial para eles na Constituição (art. 206, inc. V e XVIII).

O ensino superior também deverá ser gratuito. É o que se conclui do art. 208, § 1º da CF. O ensino será gratuito em todos os níveis!

De acordo com o ilustre doutrinador, já citado, José Afonso da Silva:

Apesar disso certas correntes de educadores e publicistas ainda insistem em condenar a tradição e a evolução, assim como o sentido das normas constitucionais, postulando o ensino como pago como “uma forma de praticar justiça social”, pois que, segundo essa tese, há profunda desigualdade “entre a situação dos alunos pobres, obrigados a pagar anuidades em estabelecimentos particulares, e alunos ricos, dispensados de fazê-lo em estabelecimentos oficiais”. De acordo com este ponto de vista, a “exigência de pagamento corrigiria essa injustiça e a receita arrecadada dos alunos abastados financiaria o acesso e manutenção de maior número de estudantes carentes.” Diga-se, em primeiro lugar, que a desigualdade enunciada destaca alunos pobres pagando escolas particulares e alunos ricos auferindo a gratuidade nas escolas oficiais, desprezando a igualdade de alunos ricos e pobres recebendo ensino gratuito nas escolas públicas e pagando igualmente nas particulares. É que a injustiça social, a desigualdade, não decorre da vida escolar de ambas as classes. Ela se instaura, como lembra Luiz Navarro de Britto, a partir do pré-escolar ou mesmo antes, acumulando-se e estreitando-se progressivamente as possibilidades de acesso até o nível superior, e não será a Universidade e muito menos o ensino pago – acrescenta – que poderão corrigir as injustiças e as discriminações impostas pela estrutura sócio-econômica da comunidade.

[...]

Mas aí é que se situa a injustiça e a desigualdade de tratamento, pois compete ao Poder Público, desde a pré-escola, ou até antes, proporcionar, aos alunos carentes, *condições de igualização*, para que possam concorrer com os abastados, pois são uma distorção do sistema escolar.

[...]

A verdade é que, se a Constituição estabeleceu que *a educação é direitos de todos e dever do Estado*, significa que a elevou à condição de serviço público a ser prestado pelo poder público indiscriminadamente e, portanto, gratuitamente aos usuários, ficando seu custeio por conta das

arrecadações do Estado.

[...]

A tese de que o ensino pago visa realizar a justiça social é racionalização ideológica, porque esconde a ideologia de que o ensino particular “deve primar sobre o ensino oficial”. (2006, p. 842-843)

Na verdade, esse discurso anunciado acima por José Afonso da Silva de que os ricos ingressam em faculdade pública e os pobres precisam pagar faculdades particulares, invertendo-se as necessidades e, que, por conta disso, o ensino público deveria ser pago, é um discurso demagógico, realizado por um grupo de pressão para que o ensino público deixe de existir.

Certo é que todos (ricos e pobres) têm direito a ensino gratuito de qualidade, em todos os níveis (infantil, básico e superior), e deve-se concretizar este direito para que se construa uma sociedade equilibrada com menos disparidades sociais.

Como bem diz J. J. Calmon de Passos, “quem não depende do outro, nem materialmente, nem intelectualmente, é livre e jamais será dominado [...]” (1998, p.185).

Em que pese o texto da CF, a realidade das escolas públicas é totalmente discrepante com o texto constitucional e, além disso, a população brasileira continua tendo altas taxas de analfabetismo, em que pese reconhecer-se que vem diminuindo, segundo dados recentes do IBGE, pós pandemia, *in fine*:

A taxa de analfabetismo das pessoas de 15 anos ou mais recuou de 6,1% em 2019 para 5,6% em 2022, uma redução de pouco mais de 490 mil analfabetos no país, chegando a menor taxa da série, iniciada em 2016. (IBGE, 2022)

Por outro lado, a taxa de analfabetismo entre pretos e pardos é duas vezes maior que a dos brancos:

Em 2022, entre as pessoas pretas ou pardas com 15 anos ou mais de idade, 7,4% eram analfabetas, mais que o dobro da taxa encontrada entre as pessoas brancas (3,4%). No grupo etário de 60 anos ou mais, a taxa de analfabetismo dos brancos alcançou 9,3%, enquanto entre pretos ou pardos ela chegava a 23,3%. (IBGE, 2022)

Se for feita a análise por sexo, vê-se que:

Na análise por sexo, a taxa de analfabetismo das mulheres de 15 anos ou mais, em 2022, foi de 5,4%, enquanto a dos homens foi de 5,9%. Entre os idosos, a taxa das mulheres foi de 16,3%, ficando acima da dos homens (15,7%) (IBGE, 2022)

Em relação ao Nordeste, é preciso destacar que:

A taxa de analfabetismo para as pessoas de 15 anos ou mais também reflete desigualdades regionais: o Nordeste tem a taxa mais alta (11,7%) e o Sudeste, a mais baixa (2,9%). No grupo dos idosos (60 anos ou mais) a diferença é maior: 32,5% para o Nordeste e 8,8% para o Sudeste. (IBGE, 2022)

Essas são as taxas do analfabetismo tradicional. Porém, existe o analfabeto funcional, que é uma referência da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e Cultura (UNESCO) sobre o assunto.

De acordo com a UNESCO é “analfabeto funcional uma pessoa que, mesmo sabendo ler e escrever frases simples, não possui as habilidades necessárias para satisfazer as demandas do seu dia-a-dia e se desenvolver pessoal e profissionalmente” (IBGE, 2007, p.01), repita-se.

Segundo dados trazidos pelo Jornal da USP:

Neste sábado, 14 de novembro, o Brasil comemora o Dia Nacional da Alfabetização, mas com pouco a comemorar, diante dos 29% da população que ainda possuem dificuldades para interpretar e aplicar textos e realizar operações matemáticas simples no cotidiano. O dado é do *Indicador de Alfabetismo Funcional (Inaf)*, divulgado em 2018, que classifica como analfabetos funcionais os brasileiros que encontram barreiras em suas vidas como cidadãos, incluindo o mercado de trabalho. (LOURENÇO, 2020)

29% de analfabetismo funcional é um número ainda muito alto para um país como o Brasil, que tem a 9ª economia do mundo.³

Na opinião de Paulo Botelho (Professor e Consultor de Empresas para Programas de Engenharia da Qualidade, Antropologia Empresarial e Gestão Ambiental e Membro da SBPC - Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência), entretanto, o analfabetismo funcional vai muito mais além do que a conclusão da 4ª série.

O Analfabetismo Funcional constitui um problema silencioso e perverso que afeta as empresas. Não se trata de pessoas que nunca foram à escola. Elas sabem ler, escrever e contar; chegam a ocupar cargos administrativos, mas não conseguem compreender a palavra escrita. Bons livros, artigos e crônicas, nem pensar! Computadores provocam calafrios e manuais de procedimentos são ignorados; mesmo aqueles que ensinam uma nova tarefa ou a operar uma máquina. Elas preferem ouvir explicações da boca de colegas. Entretanto, diante do chefe - isso quando ele é mesmo um chefe - fingem entender tudo, para

3 <https://www.cnnbrasil.com.br/economia/macroeconomia/brasil-volta-ao-grupo-das-10-maiores-economias-do-mundo-apos-alta-do-pib/#:~:text=O%20resultado%20representa%20a%20volta,US%24%201%2C91%20trilh%C3%A3o.>

depois sair perguntando aos outros o que e como deve ser realizado tal serviço. E quase sempre agem por tentativa e erro. O meu caro leitor deve estar imaginando que esse problema afeta apenas uma parcela mínima da população. Não é verdade. [...] São pessoas com menos de quatro anos de escolarização; mas pode-se encontrar, também, pessoas com formação universitária e exercendo funções-chave em empresas e instituições, tanto privadas quanto públicas! Elas não têm as habilidades de leitura compreensiva, escrita e cálculo para fazer frente às necessidades de profissionalização e tampouco da vida sócio-cultural. (2007, p.1)

Ou em outras palavras, nota-se que o ensino conferido pelas escolas particulares e públicas não atendem a uma qualidade mínima, que garanta ao aluno a capacidade de ler e entender o que está lendo, a fim de criar suas próprias conclusões sobre um determinado texto.

Além do que, não basta saber ler e escrever. Segundo a UNESCO, o indivíduo tem que compreender problemas, textos, resolver fatos de seu dia-a-dia.

Retomando as palavras de Paulo Botelho,

Para que o analfabetismo funcional se erradique só existe uma saída: educar e treinar para a qualidade. E qualidade não tem custo; é investimento. O custo da qualidade é a despesa do trabalho errado, mal feito, incompleto, sem profissionalismo. É o custo do analfabetismo funcional! (2007, p. 1).

Todos os especialistas em educação, unanimemente, concluem que o governo precisa investir urgentemente em educação. Na Constituição, um dos princípios do sistema educacional é a qualidade do padrão do ensino. Se não há qualidade, há gasto sem benefício; há uma “maquiagem” no ensino brasileiro. Outro princípio igualmente importante é valorização dos profissionais de ensino.

Fato é que enquanto se pensar em educação (aliás, a ausência dela) como meio de manipulação da massa populacional, o Brasil jamais sairá da marginalização em que se encontra.

Lendo o livro de Laurentino Gomes, ele cita uma inglesa, Jemima Kindersley, que em agosto de 1764 fez uma escala em Salvador – Bahia com destino à Índia. Ela menciona que:

Os habitantes parecem saber bem pouco acerca dos requintes da vida, passando a maior parte do tempo na mais completa indolência e lendo pouquíssimos livros, pois o conhecimento não está no rol de suas preocupações. É política assente do governo manter o povo na ignorância, já que isso o faz aceitar com mais docilidade as arbitrariedades do poder. (2021, p. 137)

Veja que o relato ocorreu em 1764. Ou seja, o poder público, por mais de 300 (trezentos) anos vem se utilizando da mesma fórmula de dominação: a ignorância!

O maior exemplo de que o país só se desenvolve investindo em educação é o do Japão que, acabado após a Segunda Guerra Mundial só conseguiu se reerguer e alcançar o título de potência mundial graças a investimentos pesados nesta área:

Há algum tempo, com extraordinária recuperação do Japão, foi publicado a respeito um livro do escritor francês J. J. Schreiber: “O Milagre Japonês”. Nessa ilustrativa obra abre-se um horizonte explicando a principal mola de progresso daquele país, tão castigado pela guerra. Único que sofreu um ataque atômico, em Hiroshima e Nagasaky. Poucos sobreviveram às duas bombas de destruição em massa.

[...]

Schreiber explica a recuperação desse povo sofrido – em pouco tempo posicionou-se como a segunda economia do Mundo – pelo seu elevado nível cultural. Educação, tida como primeira prioridade fez esse país despontar como um dos mais desenvolvidos do Mundo [...] (SIMÕES, 2007, p. 1)

Outro exemplo, é a Finlândia, que tem um excelente sistema educacional, público e notoriamente reconhecido.

Por isso, se insiste que a educação é melhor forma de se dar dignidade ao indivíduo e garantir o desenvolvimento saudável de um país. Só assim o país irá incrementar a sua democracia brasileira. “Caso contrário, a desigualdade e a exclusão social irão permanecendo através dos tempos.” (OLIVEIRA, 2000, p. 02).

Afinal:

[...] os dois grandes instrumentos de dominação se configuram no conservar o não saber do dominado e o seu depender. Quando ambos os instrumentos se conjugam e o não saber se associa ao depender, há, na verdade, servidão ou quase servidão. Quem, no campo social ou econômico, é um dominado, não pode deixar de ser um dominado no campo político, por mais enfáticas que sejam as proclamações de sua autonomia; assim, quem dominado social ou economicamente está inabilitado, de modo radical, para desempenhar o papel de cidadão.

Podemos, por conseguinte, ter como verdade a assertiva de que além da incapacitação formal, com institucionalização de expropriações da vontade e estabelecimento de controles sobre ela, o poder tutela a cidadania ou até a elimina em termos reais, mediante, a manipulação desses dois poderosos meios de dominação – a institucionalização do

não saber e do depender. (PASSOS, 1998, p. 185).

Diante da ausência de educação, e diante da falta de consciência de seus direitos, a sociedade brasileira tem a sua cidadania tutelada. Segundo, J. J. Calmon de Passos, que muito bem definiu a cidadania brasileira como “cidadania tutelada” (se é que efetivamente existe cidadania):

Em termos de institucionalização do não saber somos inexcusáveis. Se não quisermos ser prolixos em palavras, suficiente será lembrarmos que sendo 11ª ou 12ª economia do mundo somos, em qualidade de vida, o 85º ou 86º país da Terra. O que diz tudo em termos de dependência pelo não saber e dependência pelo não possuir. Os indicadores sociais nossos conhecidos são alarmantes. Nossos “alfabetizados” o são, esmagadoramente, apenas semi-analfabetizados, convivendo com analfabetos totais, todos morando mal, comendo mal, maltransportados, socialmente mal-informados e socialmente mal-educados. Enfim, excluída a microscópica elite e os setores minoritários a alta classe média mais próxima daquela (segmentos em favor dos quais o poder econômico e o poder ideológico buscaram organizar politicamente o Brasil, nos últimos trinta anos) só criaturas tragicamente incientes e dependentes povoam o nosso país [...] (1998, p. 195)

Talvez Calmon de Passos seja um pouco pessimista quando trata o povo brasileiro como “criaturas tragicamente incientes e dependentes”. Mas é realmente numa realidade triste que vivem os diversos brasileiros de norte a sul do país.

O exercício da democracia depende diretamente do exercício da cidadania. E o exercício da cidadania só será possível através da educação.

3 Conclusão

A educação é o ponto de partida para uma mudança profunda no país. Contudo, de nada adianta a educação da forma como é concedida pelo Poder Público nos dias atuais, no Brasil. É necessário a educação nos ditames da CF/88, uma educação ampla; uma educação para todos; uma educação de qualidade... só assim ter-se-á cidadãos de verdade, cidadãos conscientes de seus direitos, de seus deveres, com dignidade!

É através da educação que se abre o caminho para o emprego, a melhoria de vida, para uma guinada social para o exercício da cidadania. Com efeito, educados os pais, estes conduzirão seus filhos para o mesmo caminho, porque perceberão a importância de tal ato. Por conseguinte, geração após geração, o Brasil se tornará uma sociedade mais justa, mais humana, mais democrática...

A democracia, então, será conquistada pelo povo politizado (a educação leva à politização).

Porque a cidadania plena, efetiva, jamais pode ser dada ou outorgada, mas só é alcançável pela luta e pelo empenho dos próprios indivíduos interessados [...] (g.n.) (PASSOS, 1998, p. 200).

Portanto, é a nação brasileira que tem que criar um Brasil de democracia real. Ninguém liberta o outro da dependência, no máximo se pode mostrar os caminhos. E o caminho, acredita-se ser o que se defende neste trabalho!

Referências

BOTELHO, Paulo. **Analfabetismo Funcional**. Disponível em: <http://www.guiarh.com.br/z3.htm> . Acesso em: 20 jan. 2007.

GOMES, Irene; FERREIRA, Igor. **Em 2022, analfabetismo cai, mas continua mais alto, entre idosos, pretos e pardos e nordestinos**. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/37089-em-2022-analfabetismo-cai-mas-continua-mais-alto-entre-idosos-pretos-e-pardos-e-no-nordeste>. Acesso em: 14/04/2024;

GOMES, Laurentino. *Escravidão. Vol.II*. Rio de Janeiro: Ed. Globo Livros, 2021.

IBGE. **Analfabetismo Funcional**. Disponível em: <http://www.ipm.org.br/an.php> . Acesso em: 20 Jan. 2007.

LOURENÇO, Tainá. **Escolas brasileiras ainda formam analfabetos funcionais**. Disponível em: <https://jornal.usp.br/atualidades/escolas-brasileiras-ainda-formam-analfabetos-funcionais/>. Acesso em: 14/04/2024.

OLIVEIRA, Lenite Adma de. **Analfabetismo: Causas e Conseqüências**. Disponível em: www.uepg.br/nupes/analfabetismo.htm . Acesso em: 20 jan. 2007.

PASSOS, J. J. Calmon de. Cidadania Tutelada. **Revista do Ministério Público da Bahia**. V. 7. p.175. Ciência Jurídica: Salvador, 1998.

SILVA, José Afonso de. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SIMÕES, Renato. O milagre da Educação. **Jornal À Tarde**. P.1. Salvador: 28 de jan. 2007.

DO FEDERALISMO CENTRÍPETO AO FEDERALISMO DE EQUILÍBRIO?

Mateus Dias¹

1 Introdução

O título deste artigo foi extraído de passagem do voto da Ministra Rosa Weber na ADI nº 4.351, em que o Supremo Tribunal Federal analisou a constitucionalidade de lei do Estado do Paraná que estabeleceu normas de proteção à saúde e de responsabilidade por dano ao consumidor para criação de ambientes de uso coletivo livre de produtos fumígenos. Por unanimidade, o STF declarou constitucional o diploma, nos termos do voto da Ministra Rosa Weber, relatora da ADI.

A passagem de um federalismo centrípeto, que concentra atribuições legislativas na União Federal – em detrimento de uma hermenêutica que favoreça a autonomia legislativa dos entes subnacionais – para um modelo mais equilibrado de repartição de competências legislativas é tema constante no Supremo Tribunal Federal. E a Corte tem refletido sobre a necessidade de se avaliar esse aspecto do pacto federativo com base em critérios que não se resumam à preponderância de interesse – isto é, o critério de repartição de competências legislativas segundo o qual, *“mesmo não havendo hierarquia entre os entes que compõem a Federação, pode-se falar em hierarquia de interesses, em que os mais amplos (da União) devem preferir aos mais restritos (dos Estados)”*².

A proposta deste artigo é discutir os influxos jurisprudenciais que se têm observado no âmbito do STF acerca do tema. O que se busca é responder à seguinte pergunta: é possível verificar uma corrente jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal no sentido de conferir maior autonomia legislativa a Estados, Distrito Federal e Municípios? O intuito é contribuir para a discussão do pacto federativo (art. 1º, *caput*, CRFB),

1 Mestrando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Graduado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Advogado em Brasília e no Rio de Janeiro. E-mail: mateusfdias@hotmail.com.

2 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2024, p. 471.

de modo a que sejam adequadamente dimensionadas as competências legislativas da União e dos entes regionais e locais. Afinal, como leciona Geraldo Ataliba, com apoio na doutrina de Rui Barbosa, a igualdade jurídica entre os entes da federação é pressuposto do princípio federativo³.

O artigo se pauta no método de pesquisa dedutivo, de cunho qualitativo, valendo-se das técnicas de análise jurisprudencial do STF e de revisão bibliográfica.

2 Federalismo Legislativo, segundo o STF

A tradição federativa brasileira é deveras centralizadora na figura da União, fruto, dentre outras causas, da formação do Estado a partir da segregação de uma divisão político-administrativa outrora unitária⁴. E isso se refletiu não apenas no extenso rol de competências legislativas privativas atribuídas à União, mas, também, na interpretação, pelas Cortes, da repartição de competências entre os entes da federação, a reforçar e alargar o amplo plexo de competências do ente maior⁵.

Segundo a lógica dos arts. 24, §§ 1º e 2º e 30, I e II da CRFB⁶, o

- 3 “No Brasil os princípios mais importantes são os da federação e da república. [...] São repetidos, enfatizados, reforçados e assegurados, até as últimas consequências, por inúmeras outras disposições constitucionais abundantes preceitos que lhes explicitam o conteúdo, sentido, alcance, exigências e limites de eficácia. Praticamente toda a parte orgânica da Constituição é seu desdobramento. Exsurge a federação como a associação (*foedus, foederis*) para a formação de novo Estado (o federal) com repartição rígida de atributos de soberania entre eles. Informa-se seu relacionamento pela “autonomia recíproca da União e dos Estados, sob a égide da Constituição Federal” (Sampaio Dória), caracterizadora de sua igualdade jurídica (Ruy Barbosa), dado que ambos extraem sua competência da mesma norma (Kelsen). Dai cada qual ser supremo na sua esfera, tal como disposta no Pacto Federal (Victor Nunes).” (ATALIBA, Geraldo. **República e constituição**. 2ª ed. atual. por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, pp. 36-37; grifou-se).
- 4 Sobre o tema, cf. TORRES, João Camilo de Oliveira. *A formação do federalismo no Brasil*. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2017.
- 5 “Neste aspecto, a federação brasileira ainda se revela altamente centralizada, muitas vezes beirando o federalismo meramente nominal. Vislumbro dois fatores essenciais para esse quadro. O primeiro é de índole jurídico-positiva: a engenharia constitucional brasileira, ao promover a partilha de competências entre os entes da federação (CRFB, arts. 21 a 24), concentra grande quantidade de matérias sob a autoridade privativa da União. O segundo fator é de natureza jurisprudencial. Não se pode ignorar a contudente atuação do Supremo Tribunal Federal ao exercer o controle de constitucionalidade de lei ou ato federal e estadual, especialmente aquele inspirado no “princípio da simetria” e numa leitura excessivamente inflacionada das competências normativas da União” (STF, ADI nº 4.060, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. em 25.02.2015, p. em 04.05.2015).
- 6 “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] § 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. § 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.”
“Art. 30. Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local; II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;”

caráter suplementar da legislação dos entes federativos menores pressupõe a observância das regras gerais definidas pelos maiores. Nos dizeres do Ministro Alexandre de Moraes, em sede acadêmica, a competência suplementar dos Municípios consiste “na *autorização de regulamentar as normas legislativas federais ou estaduais, para ajustar sua execução a peculiaridades locais, sempre em concordância com aquelas e desde que presente o requisito primordial de fixação de competência deste ente federativo: interesse local*”. Isso, todavia, “*não tem o alcance de estabelecer normas que a própria Constituição, na repartição de competências, atribuiu à União e aos Estados*”⁷.

Nesse sentido, a contrariedade, por parte de normas emanadas por entes subnacionais, com o regramento instituído pelos entes federativos mais amplos violaria a sistemática constitucional de repartição de competências legislativas. É nesse sentido a jurisprudência tradicional do Supremo Tribunal Federal, como se vê do seguinte ilustrativo julgado:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. COMERCIALIZAÇÃO DE ÁGUA MINERAL. LEI MUNICIPAL. PROTEÇÃO E DEFESA DA SAÚDE. COMPETÊNCIA CONCORRENTE. INTERESSE LOCAL. EXISTÊNCIA DE LEI DE ÂMBITO NACIONAL SOBRE O MESMO TEMA. CONTRARIEDADE. INCONSTITUCIONALIDADE.

1. A Lei Municipal n. 8.640/00, ao proibir a circulação de água mineral com teor de flúor acima de 0,9 mg/l, pretendeu disciplinar sobre a proteção e defesa da saúde pública, competência legislativa concorrente, nos termos do disposto no art. 24, XII, da Constituição do Brasil.

2. **É inconstitucional lei municipal que, na competência legislativa concorrente, utilize-se do argumento do interesse local para restringir ou ampliar as determinações contidas em texto normativo de âmbito nacional.** Agravo regimental a que se nega provimento.

(STF, RE nº 596.489 AgR, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, j. em 27.10.2009, p. em 19.11.2009; grifou-se)

A Corte, todavia, tem revisitado a temática e refletido sobre a necessidade de se avaliar a repartição constitucional de competências. Não se trata, certamente, de reescrever as competências legislativas privativas e concorrentes dispostas na Constituição da República de 1988, mas de encontrar uma hermenêutica que propicie maior autonomia legislativa aos entes subnacionais. Busca-se, nas palavras da Ministra Rosa Weber, a “*passagem do federalismo hegemônico e centrípeto, que marcou a história republicana brasileira, para um **federalismo de equilíbrio** [...] no sentido*

7 MORAES, Alexandre de. “Competências administrativas e legislativas para vigilância sanitária de alimentos”. In: **Revista de informação legislativa**, v. 37, nº 145, jan/mar 2000, p. 83.

de atenuar a tendência excessivamente centralizadora⁸. Nessa mesma linha, o Ministro Ricardo Lewandowski, em trabalho acadêmico, afirmou ser “*preciso descobrir novas searas normativas que possam ser trilhadas pelos estados*”, asseverando que “*cumpra explorar ao máximo as “competências concorrentes” previstas no art. 24 da Constituição vigente, impedindo que a União ocupe todos os espaços legislativos, usurpando a competência dos estados e do Distrito Federal nesse setor*”⁹.

Com efeito, o Tribunal tem demonstrado essa preocupação em muitos precedentes. No julgamento da ADI nº 4.060, por exemplo, analisou-se a possibilidade de lei do Estado de Santa Catarina dispor acerca do número máximo de alunos em sala de aula na educação infantil, fundamental e média, tendo como base sua competência legislativa concorrente para tratar de educação (art. 24, IX, CRFB). O relator, Ministro Luiz Fux, registrou ser o “*momento de a Corte rever sua postura prima facie em casos de litígios constitucionais em matéria de competência legislativa, passando a prestigiar as iniciativas regionais e locais*”. Propôs a diretriz de se compreender o “*federalismo como sistema que visa a promover o pluralismo nas formas de organização política*”. Na esteira dessa compreensão, o pedido foi julgado improcedente, declarando-se, portanto, constitucionais as normas do Estado¹⁰.

Em precedente da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, também se observa o reconhecimento de uma tendência jurisprudencial da Corte, no sentido de não assumir como federalismo o comando, pela União, da pauta legislativa. Na sua visão, seria preciso interpretar o modelo federativo de modo a incentivar a atuação dos entes regionais e locais:

Quanto ao mérito, resalto, desde pronto, que entendo ser válido e necessário o esforço que esta Corte vem desenvolvendo quanto à importância de que façamos uma revisão da interpretação do nosso modelo federativo, especialmente no âmbito das competências concorrentes. É preciso, sim, incentivar-se a atuação dos estados como verdadeiros

8 STF, ADI nº 4.351, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, j. em 24.08.2020, p. em 17.09.2020; grifos no original.

9 LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. “Considerações sobre o federalismo brasileiro”. In: **Justiça & cidadania**, n. 157, p. 13-17, set. 2013; grifou-se.

10 STF, ADI nº 4.060, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. em 25.02.2015, p. em 04.05.2015. Conforme consta da ementa do julgado: “*O princípio federativo brasileiro reclama, na sua ótica contemporânea, o abandono de qualquer leitura excessivamente inflacionada das competências normativas da União (sejam privativas, sejam concorrentes), bem como a descoberta de novas searas normativas que possam ser trilhadas pelos Estados, Municípios e pelo Distrito Federal, tudo isso em conformidade com o pluralismo político, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (CRFB, art. 1º, V)*”.

“laboratórios legislativos”, bem como pensar-se no fortalecimento do chamado federalismo cooperativo, bastante defendido nos últimos tempos pelo Min. Edson Fachin.¹¹

Nesse feito, a requerente havia arguido a inconstitucionalidade de legislação estadual que impusera a obrigação de se inserirem informações nas embalagens de produtos comercializados em determinado Estado da federação. Conforme asseverado no voto vencedor, considerou-se haver *“claro conflito entre as normas [federal e estadual] ao menos no plano pragmático [...] porque um mesmo produto não pode ter dois rótulos ou duas embalagens, uma nacional e outra para o Estado em questão”*, pelo que a ação veio a ser julgada procedente. Entendeu-se que a restrição aposta pela legislação local inviabilizaria o desenvolvimento regular de atividades econômicas, que pressuporia uniformidade em sua prestação. Esse ponto será retomado adiante.

Por ora, cabe enfatizar, como reconhecido no voto do Ministro Gilmar Mendes, o fato de o Ministro Edson Fachin se mostrar, na Corte, um promotor da maior autonomia legislativa dos entes subnacionais. Em diversos casos de sua relatoria¹², é possível encontrar menção ao princípio da subsidiariedade como vetor interpretativo na repartição de competências. Na sua visão, sobressai a importância de *“o intérprete acolher interpretação que não tolha a competência que detêm os entes menores para dispor sobre determinada matéria (presumption against preemption)”*¹³.

Para a verificação dos limites normativos de cada ente, o Ministro Edson Fachin tem se referido ao binômio composto pelos critérios de

11 STF, ADI nº 750, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 03.08.2017, p. em 09.03.2018.

No mesmo sentido, o Ministro Luiz Fux assim se pronunciou em reconhecimento de Repercussão Geral: *“[...] impor ao Estado-membro a simples reprodução acrítica de norma federal, quando tal circunstância não decorre de mandamento constitucional ou de algum imperativo real de uniformidade nacional, inviabiliza uma das facetas do federalismo enquanto meio de, nos estritos limites das competências constitucionais de cada ente, inovar e evoluir na política regulatória”* (Tema de Repercussão Geral nº 1036 – STF, RE nº 1.188.352, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. em 15.02.2019, p. em 22.03.2019).

12 A título de exemplo, *cf.*: STF, ADI nº 4.306, Rel. Min. Edson Fachin, j. em 20.12.2019, p. em 19.02.2020; STF, ADI nº 6.088, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, j. em 29.08.2022, p. em 26.09.2022; STF, ADPF nº 109, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, j. em 30.11.2017, p. em 01.02.2019; STF, ADI nº 3.110, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, j. em 04.05.2020, p. em 10.06.2020; STF, ADI nº 6.066, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, j. em 04.05.2020, j. em 21.07.2020; STF, ADPF nº 512, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, j. em 22.05.2023, p. em 28.06.2023.

13 STF, RE nº 194.704, Rel. Min. Carlos Velloso, Rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, j. em 29.06.2017, p. em 17.11.2017; grifou-se.

“*presumption against preemption*”¹⁴ e de “*clear statement rule*”¹⁵. Trata-se, de um lado, de presumir a legitimidade da legislação dos entes menores, e, de outro, de retirar essa presunção apenas quando houver disciplina nacional de observância obrigatória pelos demais entes, que, de forma clara, afaste a possibilidade de que Estados, Distrito Federal e Municípios exerçam sua competência normativa acerca do tema. Nas palavras do Ministro, “*na ausência de norma federal que, de forma nítida (clear statement rule), retire a presunção de que gozam os entes menores para, nos assuntos de interesse comum e concorrente, exercerem plenamente sua autonomia, detêm Estados e Municípios, nos seus respectivos âmbitos de atuação, competência normativa*”¹⁶.

Ou seja, a chave interpretativa proposta passa a ser de uma presunção forte da legitimidade das normas regionais, devendo ser demonstrada, de forma explícita, a contrariedade entre o regramento local e o regramento do ente de maior abrangência. Assim, nas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso, quando houver dúvida sobre a quem compete legislar sobre determinado assunto, “*caberá ao intérprete priorizar o fortalecimento das autonomias locais e o respeito às suas diversidades como características que assegurem o Estado Federal, garantindo o imprescindível equilíbrio federativo*”¹⁷.

Critério semelhante foi adotado pelo STF no julgamento da ADI nº 4.118, de relatoria da Ministra Rosa Weber, em que a Corte validou lei estadual que obriga empresas prestadoras de serviços de televisão por assinatura e estabelecimentos comerciais de vendas no varejo e no atacado – que já possuam Serviço de Atendimento ao Consumidor (SAC) – a fornecerem atendimento telefônico gratuito a seus clientes. Colhe-se, da ementa, a seguinte diretriz:

No modelo federativo brasileiro, estabelecidas pela União as normas gerais para disciplinar sobre relação de consumo, aos Estados e Distrito Federal compete, além da supressão de eventuais lacunas, a previsão de normas destinadas a complementar a norma geral e a atender as peculiaridades locais, respeitados os critérios i) da preponderância do interesse local, ii) do exaurimento dos efeitos dentro dos respectivos limites

14 Presunção contra a preempção – ou precedência –, em tradução livre.

15 Regra de declaração clara, em tradução livre.

16 STF, RE nº 194.704, Rel. Min. Carlos Velloso, Rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, j. em 29.06.2017, p. em 17.11.2017.

17 STF, ADI nº 4.615, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. em 20.09.2019, p. em 28.10.2019.

territoriais, e iii) da vedação da proteção insuficiente.¹⁸

Embora com suas peculiaridades próprias, decorrentes da conjuntura experimentada à época, igual tendência se observou nos julgamentos relativos à gestão das medidas de combate à Pandemia da COVID-19. Tais casos não versaram apenas sobre a repartição de competências legislativas, mas abordaram também a sistemática geral de divisão de competências (legislativas e comuns) por todos os entes da federação. Como aponta o Ministro Gilmar Mendes em sede acadêmica, o cenário “*levou o Tribunal a explicar que em todos os três níveis da Federação impõe-se a tomada de providências de ordem sanitária, incumbindo à União o planejamento e a coordenação das ações integradas em prol da saúde pública*”. Com isso, o STF “*afirmou que não compete ao Executivo federal unilateralmente desautorizá-las ou reprimir-lhes a eficácia – sem prejuízo de que cada medida adotada possa vir a ter a sua validade formal e material escrutinada em juízo*”¹⁹.

Ilustrativo é o julgamento do referendo da medida cautelar na ADI nº 6.139, em que o STF, sob a relatoria do Ministro Edson Fachin, afirmou que competência da União para legislar sobre vigilância epidemiológica, que culminou na edição da Lei nº 13.979/2020, não inibe a competência dos demais entes da federação para prestar de serviços da saúde. Para a Corte, o “*Estado garantidor dos direitos fundamentais não é apenas a União, mas também os Estados e os Municípios*”. Assim, tendo por premissa que a “*diretriz constitucional da hierarquização, constante do caput do art. 198 não significou hierarquização entre os entes federados, mas comando único, dentro de cada um deles*”, o Tribunal afirmou ser “*grave que, sob o manto da competência exclusiva ou privativa, premiem-se as inações do governo federal, impedindo que Estados e Municípios, no âmbito de suas respectivas competências, implementem as políticas públicas essenciais*”²⁰.

Destaca-se, igualmente, o julgamento da ADI nº 6.362, também sobre a Lei nº 13.979/2020, no qual se observou a mesma tônica sobre o federalismo cooperativo. Nesse caso, o STF reafirmou que o “*federalismo cooperativo, adotado entre nós, exige que a União e as unidades federadas se apoiem mutuamente no enfrentamento da grave crise sanitária e econômica decorrente da pandemia desencadeada pelo novo coronavírus*”, razão pela qual se julgou constitucional o art. 3º, VII da Lei, que prevê que qualquer

18 STF, ADI nº 4.118, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, j. em 02.03.2022, p. em 16.03.2023.

19 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2024, p. 471.

20 STF, ADI nº 6.341 MC-Ref, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, j. em 15.04.2020, p. em 13.11.2020.

ente federado poderá lançar mão da “*requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa*”²¹.

De outro lado, como adiantado, o entendimento pela maior autonomia dos entes subnacionais encontra obstáculos quando se tem em análise norma local que interfira em atividades que pressuponham uniformidade em sua prestação ou que se envolvam a prestação de serviços públicos. É que a autonomia dos entes para a disposição sobre seus bens (art. 18, CRFB) se desdobra na definição do regime jurídico aplicável aos serviços públicos de titularidade de cada ente. À luz do princípio federativo, um ente não poderia interferir nas relações jurídico-contratuais estabelecidas entre os demais entes federativos e terceiros.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal manifesta, em diversos precedentes, o reconhecimento de que há indevida invasão da competência privativa da União para legislar sobre serviços públicos de sua titularidade quando a lei local acabe interferindo na relação jurídica existente entre o prestador do serviço e o seu respectivo seu titular. Em outras palavras, impede-se a intervenção dos demais entes federativos em contrato de concessão celebrado entre determinado Poder Concedente e empresas concessionárias. Confira-se:

Os Estados-membros – que **não podem interferir na esfera das relações jurídico-contratuais estabelecidas entre o poder concedente (quando este for a União Federal ou o Município) e as empresas concessionárias** – também não dispõem de competência para modificar ou alterar as condições, que, previstas na licitação, acham-se formalmente estipuladas no contrato de concessão celebrado pela União (energia elétrica – CF, art. 21, XII, *b*) e pelo Município (fornecimento de água – CF, art. 30, I e V), de um lado, com as concessionárias, de outro, notadamente se essa ingerência normativa, ao determinar a suspensão temporária do pagamento das tarifas devidas pela prestação dos serviços concedidos (serviços de energia elétrica, sob regime de concessão federal, e serviços de esgoto e abastecimento de água, sob regime de concessão municipal), afetar o equilíbrio financeiro resultante dessa relação jurídico-contratual de direito administrativo.²²

Esse entendimento é reafirmado quando se analisam os mais

21 STF, ADI nº 6.362, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. em 02.09.2020, p. em 09.12.2020.

22 STF, ADI nº 2.337 MC, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. em 20.02.2002, p. em 21.06.2002; grifou-se.

diversos serviços públicos, como telecomunicações²³, atividades nucleares²⁴, energia elétrica²⁵, dentre outros. Na ADI nº 7.321, por exemplo, o STF analisou a constitucionalidade de lei do Estado de Alagoas que dispunha, dentre outros temas, sobre a obrigatoriedade de licenciamento ambiental para a instalação de Rede de Transmissão de Sistema de Telefonia e de Estações Rádio Base e Equipamentos de Telefonia sem fio. O Tribunal acolheu a proposta do relator, Ministro Gilmar Mendes, para declarar a inconstitucionalidade da norma. A compreensão foi de que, “[a]inda que com a intenção de proteção e defesa do meio ambiente”, ao instituir “nova obrigação às empresas prestadoras de serviços de telecomunicações”, o Estado “invadiu a competência privativa da União para legislar sobre a matéria e interferiu diretamente na relação contratual formalizada entre o Poder concedente e as concessionárias”²⁶.

Divergiu o Ministro Edson Fachin, para quem não se poderia entender que todos os itens de um licenciamento ambiental já estejam contidos em norma federal. Em sua visão, a “*União bem poderia, sob o fundamento de sua competência privativa, definir atividades cujo licenciamento seria conduzido pelos órgãos federais*”; porém, fazendo alusão (embora não expressa) às noções de *clear statement rule* e *presumption against preemption*, o Ministro apontou que, “[à] *míngua de norma federal expressa que, de forma nítida, retire as competências dos Estados, deve este Tribunal abster-se de tolher a competência que se deve presumir dos demais entes da federação*”.

3 Conclusão

Neste breve trabalho, buscou-se apresentar uma síntese dos influxos jurisprudenciais que se têm observado no âmbito do Supremo Tribunal Federal sobre a repartição de competências legislativas entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Embora se possa afirmar que existe uma corrente que aponte para a adoção de critérios hermenêuticos que privilegiem maior autonomia legislativa aos entes subnacionais, capitaneada, na atual composição da

23 STF, ADI nº 7.404, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, j. em 09.10.2023, p. em 24.10.2023.

24 STF, ADI nº 6.901, Rel. Min. Nunes Marques, Tribunal Pleno, j. em 16.08.2022, p. em 26.08.2022.

25 STF, ADI nº 7.225, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. em 22.02.2023, p. em 17.03.2023.

26 STF, ADI nº 7.321, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 05.06.2023, p. em 04.08.2023.

Corte, sobretudo pelo Ministro Edson Fachin, a prevalência dessa tese é incerta. Embora não se tenha verificado uma contraposição explícita a tal entendimento, a adoção dos critérios de maior deferência aos entes locais e regionais parece ainda suscitar divergências, sobretudo quando se discute o regime jurídico de serviços públicos.

Ainda fica, portanto, a ser respondido se passaremos de um federalismo centrípeto a um federalismo de equilíbrio.

Referências

ATALIBA, Geraldo. **República e constituição**. 2ª ed. atual. por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.337 MC**. Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. em 20.02.2002, p. em 21.06.2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.060**. Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. em 25.02.2015, p. em 04.05.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 750**. Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 03.08.2017, p. em 09.03.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.615**. Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. em 20.09.2019, p. em 28.10.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.341 MC-Ref**. Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, j. em 15.04.2020, p. em 13.11.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.306**. Rel. Min. Edson Fachin, j. em 20.12.2019, p. em 19.02.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.110**. Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, j. em 04.05.2020, p. em 10.06.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.066**. Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, j. em 04.05.2020, j. em 21.07.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.351**. Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, j. em 24.08.2020, p. em 17.09.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.362**. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. em 02.09.2020, p. em 09.12.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.901**. Rel. Min. Nunes Marques, Tribunal Pleno, j. em 16.08.2022, p. em 26.08.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.088**. Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, j. em 29.08.2022, p. em 26.09.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.225**. Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. em 22.02.2023, p. em 17.03.2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.118**. Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, j. em 02.03.2022, p. em 16.03.2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.321**. Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 05.06.2023, p. em 04.08.2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.404**. Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, j. em 09.10.2023, p. em 24.10.2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 109**. Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, j. em 30.11.2017, p. em 01.02.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 512**. Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, j. em 22.05.2023, p. em 28.06.2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recuso Extraordinário nº 596.489 AgR**. Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, j. em 27.10.2009, p. em 19.11.2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recuso Extraordinário nº 194.704**. Rel. Min. Carlos Velloso, Rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin,

Tribunal Pleno, j. em 29.06.2017, p. em 17.11.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recuso Extraordinário nº 1.188.352**. Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. em 15.02.2019, p. em 22.03.2019.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. “Considerações sobre o federalismo brasileiro”. In: **Justiça & cidadania**, n. 157, p. 13-17, set. 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2024.

MORAES, Alexandre de. “Competências administrativas e legislativas para vigilância sanitária de alimentos”. In: **Revista de informação legislativa**, v. 37, nº 145, jan/mar 2000.

TORRES, João Camilo de Oliveira. *A formação do federalismo no Brasil*. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2017.

RECONSTRUINDO IDENTIDADES: A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA PELO STF

Elisa Bebbler Chamon¹

Gabriel Vigneron Mello Chaia²

Alexandre de Castro Coura³

Cássius Guimarães Chai⁴

1 Introdução

O Supremo Tribunal Federal (STF), ao analisar a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26 e o Mandado de Injunção (MI) nº 4.733, determinou que atos de homofobia

-
- 1 Mestranda em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV) e Bacharel em Direito (FDV). Estagiária de pós-graduação no Ministério Público Federal (PR. ES). elisachamon@hotmail.com <https://orcid.org/0000-0002-0951-6260>
 - 2 Mestrando em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Especialista em Ciências Criminais (FDV). Bacharel em Direito (FDV). Advogado. gabrielvmchaia@gmail.com <https://orcid.org/0000-0001-9204-4788>
 - 3 Pós-doutor, visiting scholar na American University Washington College of Law e Visiting foreign judicial fellow no Federal Judicial Center, em Washington D.C. Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Ex-professor Adjunto de Direito material e processual penal na Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Professor de Teoria dos Direitos Fundamentais no PPGD da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Líder do Grupo de Pesquisa Hermenêutica Jurídica e Jurisdição Constitucional (CNPq/FDV). Promotor de Justiça no Espírito Santo. <https://orcid.org/0000-0001-7712-3306>. E-mail: acastrocoura@gmail.com
 - 4 Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor Associado da Universidade Federal do Maranhão (PPGDIR e PPGAERO) Professor Permanente da Faculdade de Direito de Vitória (PPGD/FDV). Pesquisador G20 Research Center on International Cooperation Beijing College of Criminal Law, the Normal University of Political Science and Law of Beijing Ibero-american Observatory of Health and Citizenship. Membro da International Association of Political Science, International Association of Constitutional Law, International Law Association, Law and Society Association, Association Française de Sciences Politiques, Ratio Legis UAL, European Society of International Law, International Association of Prosecutors, International Association of Penal Law, International Society of Criminology, ABEC, Academia Brasileira de Direito Internacional, IBCCrim. Promotor de Justiça do Estado do Maranhão. Escola Nacional do Ministério Público. Escola Superior do Ministério Público do Estado do Maranhão. E-mail: cassiuschai@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0001-5893-3901>

e transfobia sejam tratados como equivalentes ao crime de racismo, conforme estabelecido pela Lei nº 7.716/89. Esta decisão representa uma mudança significativa na percepção do sujeito constitucional no Brasil, introduzindo uma nova perspectiva sobre sua identidade.

Embora a decisão do STF tenha sido um marco, ela também enfrentou críticas, principalmente quanto ao método utilizado para a criminalização da homofobia e da transfobia. Argumenta-se que essa mudança deveria passar pelo processo legislativo formal, garantindo uma integração mais adequada e sistemática no ordenamento jurídico brasileiro. Essa abordagem teria proporcionado uma oportunidade para debates mais aprofundados e para o aperfeiçoamento da legislação.

A decisão do STF não apenas alterou a legislação, mas também teve implicações profundas na reconstrução da identidade do sujeito constitucional brasileiro, especialmente no que se refere à proteção dos indivíduos homossexuais. Este aspecto crucial muitas vezes é subestimado ou ignorado nas discussões sobre a decisão.

O artigo tem como foco principal explorar como a decisão do STF sobre a ADO nº 26 e o MI nº 4.733 contribuiu para a reconstrução da identidade do sujeito constitucional brasileiro. Além disso, busca-se analisar a concepção de identidade do sujeito constitucional proposta por Michel Rosenfeld, e como ela se manifesta dentro do contexto jurídico-político brasileiro. O estudo também revisita outras decisões relevantes da Suprema Corte que ajudam a moldar essa identidade.

Outro ponto de interesse é a aplicação da Teoria da Integridade de Ronald Dworkin no contexto da criminalização da homofobia e da transfobia pelo STF. A teoria propõe que princípios de justiça e integridade devem guiar a interpretação das leis, o que é especialmente pertinente quando se considera a proteção de minorias e a promoção de uma sociedade mais inclusiva.

Ao equiparar a homofobia e a transfobia ao crime de racismo, o STF não apenas expandiu a proteção legal contra discriminações, mas também redefiniu a identidade do sujeito constitucional brasileiro, promovendo uma sociedade mais inclusiva e justa. Este artigo busca aprofundar a compreensão dessas mudanças, explorando tanto as bases teóricas quanto as implicações práticas dessa decisão histórica.

2 Da proibição de obstruir o futuro à tensão entre constitucionalismo e democracia: contexto jurídico e político para o reconhecimento da identidade do sujeito constitucional

Ao tratar do tema da proibição à obstrução do futuro, Stephen Holmes (2012, p. 218) traz à discussão uma observação no mínimo curiosa feita por David Hume. Ao analisar a própria teoria republicana, Hume (1985, p. 471) enxerga nela uma contradição fundamental: à medida em que a ficção do contrato social servia de eixo de apoio aos republicanos, isto significaria, ao fim e ao cabo, o consentimento dos pais em condicionar o futuro de seus filhos e, até mesmo, das gerações mais remotas, pressuposição com a qual nenhum escritor republicano jamais consentiria. Apesar do interesse em criar uma estrutura de autogoverno duradoura, os republicanos insistiram que uma geração fundadora não deveria de forma alguma condicionar seus sucessores à uma estrutura constitucional fixa (HOLMES, 2012, p. 218).

Como bem aponta Holmes (2012, p. 218), o tabu apresentado por Hume contra a concepção de um pré-compromisso constitucional nasce, na verdade, de uma proibição muito mais fundamental, isto é, do princípio segundo o qual nenhum pai teria a permissão de “amarrar seus filhos”, de determinar o futuro das gerações subsequentes. Neste mesmo sentido, John Locke (1988, p. 346) chega a afirmar que um indivíduo, ao passo em que realiza uma promessa sobre si, deve, portanto, estar submetido à obrigação de cumpri-la; por outro lado, ninguém pode, mediante a celebração de qualquer sorte de pacto, determinar o futuro de seus filhos ou da posteridade.

A proibição fundamental à determinação – ou obstrução – do futuro das gerações vindouras por outra geração que lhes antecede mostra-se capaz, por sua vez, de denunciar um problema de dimensões muito mais concretas: não seria, afinal, o próprio constitucionalismo responsável pelo congelamento do futuro das próximas gerações ao passo em que delimita o alcance da soberania popular? Não estariam os pais amarrando seus filhos à medida em que estes herdariam uma ordem constitucional constituída exclusivamente por uma geração fundadora e, portanto, alheia?

Este é um questionamento absolutamente importante porque revela, em seu bojo, uma tensão que pulsa entre dois elementos que compõem o Estado Democrático de Direito: a democracia e o constitucionalismo. Não à toa Vera Karam de Chueiri e Miguel G. Godoy (2010, p. 160) apontam

que “conciliar democracia e constitucionalismo é uma tarefa tão complexa quanto problemática”, haja vista que a democracia pode ser traduzida na possibilidade do povo de decidir as questões consideradas politicamente relevantes à respectiva comunidade, o que inclui, naturalmente, a própria Constituição de um país, enquanto o constitucionalismo representa a imposição de limites à soberania popular, de forma que algumas matérias enfrentadas pela Constituição devem permanecer de fora da deliberação democrática. O constitucionalismo se apresenta, portanto, como essencialmente antidemocrático, uma vez que tem por escopo retirar algumas decisões do processo democrático, reduzir a capacidade de participação de uma determinada comunidade política em alguns processos democráticos de tomada de decisão (HOLMES, 2012, p. 215).

Muito embora a referida tensão dê-se em razão da suposta inconciliável relação estabelecida entre democracia e constitucionalismo, é necessário esclarecer ser este um dos mitos centrais do pensamento político moderno (HOLMES, 2012, p. 216). Menelick de Carvalho Netto (2003, p. 14) é preciso ao dizer que, por um lado, se a democracia e o constitucionalismo operam como princípios contrários e há, de fato, uma tensão entre estes dois conceitos, “é fundamental ter-se em conta que, ainda que contrários, não se contradizem, mas, ao invés, supõem-se mutuamente”. Ainda que contrários, tais princípios não são contraditórios, mas reciprocamente constitutivos à medida em que não instauram uma tensão autodestrutiva, mas uma tensão rica e complexa, sem a qual não seria possível nem democracia, nem mesmo o constitucionalismo (CARVALHO NETTO, 2003, p. 14).

Neste sentido, o constitucionalismo deve ser compreendido como uma via de garantia e proteção dos compromissos históricos e sociais conquistados ao longo do tempo. A potência do constitucionalismo se apresenta à medida em que ele não opera exclusivamente sobre o passado, mas, principalmente, sobre o presente. Ao passo em que possibilita o exercício de direitos e, portanto, a própria ação política, o constitucionalismo abre perspectivas para o futuro (CHUEIRI; GODOY, 2010, p. 165). Por sua vez, a democracia exerce o importante papel de não acomodar o constitucionalismo em suas conquistas. Deve a democracia tencioná-lo a todo instante através da aplicação e reaplicação da Constituição, sua interpretação e reinterpretação realizada tanto pelo povo, quanto pelo Poder Judiciário (CHUEIRI; GODOY, 2010, p. 166).

Conforme observa Carvalho Netto (2003, p. 16), a tensão que se estabelece entre democracia e constitucionalismo impõe uma verdadeira

transformação da própria ideia de democracia, a qual não pode ser reduzida genericamente à concepção de vontade do povo. Para ser democrática, a democracia exige o respeito aos direitos das minorias, de forma que se garanta a possibilidade de que “a minoria de hoje venha a se tornar a maioria de amanhã”.

O regime democrático só se mostra sustentável à medida em que se introduz em seu âmbito semântico-conceitual o constitucionalismo, o respeito às minorias, sendo constitutivamente pluralista (CARVALHO NETTO, 2003, p. 17). Por sua vez, o constitucionalismo, nas palavras de Michel Rosenfeld (1994, p. 435), não tem sentido na ausência de qualquer pluralismo:

Em uma comunidade completamente homogênea, com um único objetivo coletivo e sem uma concepção de que o indivíduo tenha em alguma medida direitos legítimos ou interesses distintos dos da comunidade como um todo, o constitucionalismo seria [...] supérfluo.

O pluralismo, entendido como a recusa de uma visão única de bem comum (MOUFFE, 1994, p. 04), mostra-se um elemento fundamental à composição tanto da ideia de democracia, quanto da própria concepção de constitucionalismo, de forma que a riqueza e a complexidade por trás da tensão que se estabelece através da articulação entre democracia e constitucionalismo podem ser representadas pelo desenvolvimento de uma sociedade plural.

É a partir da complexa relação estabelecida entre democracia e constitucionalismo e do compromisso assumido pelo Estado Democrático de Direito na concretização de uma sociedade plural que Michel Rosenfeld (2003, p. 17) traz à baila o necessário reconhecimento de uma verdadeira identidade do sujeito constitucional mediante a fabricação de uma tessitura capaz de promover o entrelaçamento do passado dos constituintes com o próprio presente e, ainda, com o futuro das gerações vindouras.

O reconhecimento de uma identidade do sujeito constitucional é, no entanto, bastante problemático, no que toca aos textos constitucionais escritos. De acordo com Rosenfeld (2003, p. 18), o texto constitucional é “inexoravelmente incompleto e sujeito a múltiplas interpretações plausíveis”: sua incompletude é marcada pelo fato de o texto constitucional não ser capaz de abordar todas as matérias que ele idealmente deveria contemplar, além de que, ao abordá-las, não o faz de forma absolutamente exaustiva, encerrando quaisquer questionamentos que podem ser eventualmente levantados. Por este motivo, diante da incompletude que invariavelmente acompanha os textos constitucionais escritos, devem as

constituições permanecer abertas à interpretação.

Por outro lado, a incompletude do texto constitucional trabalhada por Rosenfeld não se mostra a única razão para o problemático reconhecimento de uma identidade do sujeito constitucional. Deve ela distinguir-se e opor-se às demais identidades relevantes em uma determinada comunidade política, tais como as identidades étnicas, religiosas, nacionais e culturais, mas, para isso, é forçada a incorporá-las, em certa medida, em sua própria identidade para que possa adquirir sentido determinado ou determinável (ROSENFELD, 2003, p. 22).

Pelo contrário, caso a identidade do sujeito constitucional fosse formada em estrita oposição às demais identidades relevantes, em sentido absolutamente negativo, tal identidade seria considerada excessivamente abstrata e, portanto, não lhe sobraria qualquer utilidade (ROSENFELD, 2003, p. 21).

A “questão-chave”, como define Rosenfeld (2003, p. 23), é compreender como a identidade do sujeito constitucional pode se distanciar das demais identidades relevantes contra as quais deve forjar sua própria identidade enquanto, simultaneamente, promove a incorporação de elementos destas diferentes identidades para que possa manter-se viável “no interior de seu próprio ambiente sociopolítico”.

A identidade do sujeito constitucional surge, neste sentido, como “algo complexo, fragmentado, parcial e incompleto”, considerado “o produto de um processo dinâmico sempre aberto à maior elaboração e à revisão” (ROSENFELD, 2003, p. 23). É neste sentido que Rosenfeld (2003, p. 26) prefere considerar o sujeito constitucional como um *hiato*, uma ausência, pelo fato de sê-lo inerentemente incompleto, sempre aberto à busca por sua completude, em constante processo de reconstrução, o qual nunca poderá se dar de forma definitiva.

A representação do sujeito constitucional desenhada por Michel Rosenfeld na forma de um hiato mostra-se um componente fundamental no processo de reconhecimento da identidade do sujeito constitucional à medida em que permite a atribuição da ideia de movimento à matéria constitucional. Compreender o sujeito constitucional como um sujeito em constante carência de reconstrução significa permitir que a matéria constitucional seja a todo instante submetida à revisão e reinterpretação para que se possa reconhecer uma identidade do sujeito constitucional que se mostre compatível com uma multiplicidade de identidades relevantes em meio à sociedade contemporânea, marcadamente plural. De acordo

com Rosenfeld (2003, p. 40):

Em outros termos, o sujeito constitucional, motivado pela necessidade de superar a sua carência (*lack*) e inerente incompletude, precisa se dotar do instrumental do discurso constitucional para construir uma narrativa coerente na qual possa localizar uma autoidentidade plausível.

Neste sentido, o reconhecimento da identidade do sujeito constitucional mostra-se possível através do instrumental do discurso constitucional, que se valerá, por sua vez, de dois momentos distintos desta investigação em curso: a construção e a reconstrução (ROSENFELD, 2003, p. 44).

A construção pode ser compreendida enquanto um primeiro esboço de delineamento da identidade do sujeito constitucional, o qual ganha forma mediante a tomada de decisões constitucionalmente significativas, a qual produzirá um impacto na formação da identidade do sujeito constitucional. Por sua vez, a reconstrução consiste no processo de justificação desta nova identidade constitucional. Se a interpretação e elaboração constitucionais introduzem novos elementos que impactam na formação da identidade constitucional, cabe à reconstrução a tarefa de harmonizá-los em relação aos elementos constitucionais anteriormente existentes (ROSENFELD, 2003, p. 44-47). É, portanto, através do discurso constitucional que o sujeito constitucional, marcado por sua carência e incompletude, atravessa um constante processo de interpretação e reinterpretação capaz de modificar a sua própria identidade constitucional.

Neste sentido, serão analisados a seguir os novos elementos introduzidos à ordem constitucional mediante o proferimento de determinadas decisões constitucionais, especialmente no que tocam ao julgamento da ADO nº 26 e do Mandado de Injunção nº 4.733 pelo Supremo Tribunal Federal, os quais definiram novos contornos à identidade do sujeito constitucional brasileiro.

3 A criminalização da homofobia e transfobia pelo Supremo Tribunal Federal

Em sede de julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26 e do Mandado de Injunção (MI) 4733, o Supremo Tribunal Federal (STF) criminalizou atos homofóbicos e transfóbicos, equiparando-os ao crime de racismo previsto na lei 7.716/89. Foi reconhecida, por maioria dos Ministros, a mora legislativa para a edição de

lei concernente às matérias, o que justificou tal enquadramento.

A proposição da ADO, instrumento apto para tornar efetiva norma constitucional em decorrência de omissão dos Poderes, foi motivada pela *preconceituosa indiferença* endereçada pelo Congresso Nacional à comunidade LGBTI+, em razão da inércia legislativa que descumpriu o mandamento constitucional imposto ao Estado de proteger a dignidade das pessoas. Os integrantes de tal grupo vulnerável – posto que não pertencem a um estamento dotado de hegemonia na estrutura social, como reconhece os argumentos utilizados na ADO – seriam expostos a violações de direitos fundamentais, violências físicas e morais e ameaças, em razão da não tipificação de atos de discriminação praticados em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero das vítimas (BRASIL, 2019).

Não é a primeira vez que o Supremo adota uma postura (ainda que sujeita a críticas) que visa à garantia de direitos de tal grupo historicamente marginalizado. Em 2011, foi julgada a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132, que buscava definir se haveria proteção constitucional para uniões homoafetivas a partir da extensão da interpretação do art. 1.723 do Código Civil.

O dispositivo, à época, reconheceu como entidade familiar a união estável entre homens e mulheres, enquanto o autor da ADPF buscava a aplicação do método de integração do Direito (a partir de uma perspectiva dworkiniana) a fim de equiparar uniões estáveis homoafetivas às uniões entre pessoas de diferentes sexos (BRASIL, 2011). O STF entendeu, a partir de argumentação no sentido de que o intérprete da Constituição deve adotar uma postura que garanta a todos iguais direitos de respeito, pelo reconhecimento do direito ao casamento das pessoas de mesmo sexo.

Trata-se de uma decisão que se coaduna com um sistema que se pretende protetor de garantias de grupos vulnerabilizados, a partir da observação de princípios que possibilitem o exercício da teoria da integração e uma interpretação ampliativa do dispositivo legal. Em uma democracia constitucional como a nossa, “interpretar adequadamente a Constituição é construir interpretações que promovam a inclusão, assegurando cada vez mais igualdade e liberdade, no sentido do reconhecimento do igual respeito e consideração por todos” (PEDRON; OMMATI, 2017, p. 227).

Retomando os argumentos que fundamentaram a criminalização da homofobia pelo STF, de acordo com o dossiê elaborado pelo observatório de mortes e violências LGBTI+ no Brasil, coordenado pelo Acontece Arte e Política LGBTI+, pela ANTRA (Associação Nacional de

Travestis e Transexuais) e pela ABGLT (Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos), no ano de 2022, 5.635 pessoas LGBTI+ foram mortas em razão de preconceitos e pela não efetivação de políticas públicas para conter a violência a que estão submetidos (MORTES E VIOLÊNCIAS CONTRA LGBTI+ NO BRASIL: DOSSIÊ 2022, 2023, pg. 19). Em 2022 foram 273 mortes, o que sustenta os argumentos que justificam a proposição da Ação em comento. Há, inegavelmente, um estado de exposição da população pertencente ao grupo LGBTI+ a violência desmedida, decorrente da fraca proteção de seus direitos.

Na apresentação da ADO, o autor (Partido Popular Socialista) utiliza-se do fundamento de que a homofobia e transfobia poderiam ser caracterizadas como ações que se encaixam à noção de racismo, concebida em um sentido *lato* no julgamento do caso Ellwanger, em sede do *habeas corpus* nº 82.424-2. Em decisão paradigmática, o STF considerou o antissemitismo como crime de racismo, negando a concessão do remédio constitucional à Siegfried Ellwanger, escritor e editor brasileiro que refutava as barbaridades ocorridas no holocausto, amparado no direito à liberdade de expressão e na defesa de que os judeus não constituíam uma raça – daí a impossibilidade de ser condenado por tal tipo penal. As publicações do escritor buscavam negar os fatos históricos relacionados às perseguições sofridas pelos judeus, caracterizando-os como inferiores.

O cerne do julgamento do *habeas corpus* foi delimitar a extensão do que poderia ser considerado como racismo. Embora não tenha pertinência biológica, a divisão racial dos seres humanos foi um processo de conteúdo político-social (BRASIL, 2003), conveniente para justificar dominação entre povos, principalmente durante o colonialismo. Compreendido em sua dimensão social, resulta de uma manifestação de poder que busca justificar a desigualdade, controlar ideologicamente e negar a dignidade e humanidade daqueles que integram o grupo vulnerável. Em consequência da inferiorização, são relegados a uma situação de exclusão do sistema de proteção de direitos (BRASIL, 2019).

Desse modo, é cabível a defesa de que a abrangência da noção de racismo estabelecida no julgamento do caso Ellwanger poderia abarcar os atos homofóbicos e transfóbicos, enquadrando-os no tipo penal em tela. O legislador ordinário,

ao restringir-se, *tão somente*, a dispensar tutela penal em relação às práticas discriminatórias resultantes de preconceito de cor, etnia, religião ou procedência nacional (Lei nº 7.716/89) teria realizado de

maneira incompleta o que impõe o texto constitucional, vulnerando, desse modo, por omissão, o que estabelece a Lei Fundamental da República (CF, art. 5º, XLII) (BRASIL, 2019).

Foi esse também o entendimento do STF no julgamento do Mandado de Injunção nº 7.733, impetrado pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT) com o fim de obter a criminalização das formas de transfobia e homofobia, em especial as ofensas, homicídios, agressões, ameaças e discriminações que teriam por motivação a orientação sexual ou identidade de gênero da vítima (BRASIL, 2019).

É possível tecer críticas à criminalização no que tange à via eleita para tanto, como aduzido pelo Ministro Marco Aurélio em seu voto ao arguir a delimitação do alcance de atuação do Supremo frente aos demais Poderes, a partir da defesa do princípio da reserva de lei em matéria penal (BRASIL, 2019). Segundo o Ministro, o art. 5º da Constituição Federal preconiza o princípio da legalidade, impedindo o reconhecimento de crimes sem anterior lei penal que o defina (BRASIL, 1988).

Isso inviabilizaria o STF, “em desconformidade com expressa e clara restrição contida na Lei Maior, esvaziar o sentido literal do texto, mediante a complementação de tipos penais”. (“A verdade processual e a justificação das decisões judiciais”) A Lei nº 7.716/89, assim, ao não dispor sobre discriminação ou preconceito decorrente de orientação sexual do indivíduo, mas apenas em relação à raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, obstaria que houvesse a ampliação do rol dos preceitos, posto que taxativos (BRASIL, 2019).

Ainda que passível de ser submetido a críticas, o Estado, ao criminalizar a homofobia e transfobia, oficializa seu compromisso, em conjunto com a ordem jurídica brasileira, na defesa da liberdade sexual, constituída como bem jurídico (FREIRE; CARDINALI, 2012, p. 50-51). A importância do ato se traduz na busca de concretização de valores constitucionais - que não fiquem apenas no plano teórico -, vigentes numa ordem jurídica que busca construir condições para o gozo de direitos e potencialidades de todos os cidadãos. Se trata assim numa demarcação daquilo que é permitido em uma ordem democrática, estabelecendo limites que buscam respeitar direitos de outrem - nesse caso, relativos à orientação sexual de cada um.

4 A criminalização da homofobia e transfobia a partir da teoria da integridade de Ronald Dworkin como forma de afirmação da identidade de um sujeito constitucional

A teoria da integração proposta por Ronald Dworkin, forte crítico do Positivismo Jurídico, balizou o entendimento do STF no julgamento da ADPF nº 132 e foi também utilizada, ainda que não expressamente, no entendimento pela criminalização da homofobia e transfobia. Tal concepção do Direito (*Direito como integridade*) é proposta pelo autor frente a duas concepções rivais de Direito que ele entende existirem: o convencionalismo e o pragmatismo (COURA; AZEVEDO, 2014, p. 130). Resumidamente, o convencionalismo pode ser definido, segundo Dworkin, como “o direito é o direito. Não é o que os juízes pensam ser, mas aquilo que realmente é. Sua tarefa é aplicá-lo, não modificá-lo para adequá-lo à sua própria ética ou política” (DWORKIN, 1999, p. 141).

Isto é, o Direito resultaria de determinadas convenções específicas (as convenções jurídicas, que devem ser cumpridas pelas práticas jurídicas). Isso incumbiria ao Poder Judiciário o respeito integral à vontade majoritária que procede do Legislativo, já que deveria se aplicar o estabelecido a partir tal vontade (COURA; AZEVEDO, 2014, p. 131).

O perigo dessa concepção ocorre quando diante de casos que não dispõem ainda de convenção legislativa. Em tais situações, não haveria que se falar do direito – como nos casos de decisões judiciais que fundamentam o não reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo pela omissão do ordenamento jurídico acerca do tema (COURA; AZEVEDO, 2014, p. 131).

O pragmatismo, por sua vez, preconiza que os juízes devem tomar decisões que entendam como melhores para o futuro da comunidade (DWORKIN, 1999, p. 119), rejeitando a concepção de que as decisões jurídicas passadas fundamentariam direitos das que seriam posteriores (DWORKIN, 1999, p. 126). Tal concepção poderia negar o reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo sob o fundamento de ir contravalores delineados pela comunidade como adequados ou convenientes para si – como a heterossexualidade (COURA; AZEVEDO, 2014, p. 131).

O *Direito como integridade* delineado por Dworkin, opondo-se ao pragmatismo e o convencionalismo, busca firmar-se como uma prática social interpretativa que, ao contrário das duas concepções mencionadas,

não se mantém fixa ao passado ou projetada para o futuro, mas se porta como uma prática contínua, possibilitando que “divergências e desacordos teóricos genuínos sejam possíveis, em diferentes contextos, de forma argumentativa” (COURA; AZEVEDO, 2014, p. 132).

É uma concepção que retorna para o passado a partir de uma determinação do enfoque contemporâneo, e

não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram (às vezes incluindo, como veremos, o que disseram) em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado. O direito como integridade deplora o mecanismo do antigo ponto de vista de que ‘lei é lei’ [...] (DWORKIN, 1999, p. 274).

O autor considera que o ordenamento jurídico, além de ser composto por regras por vezes inflexíveis (que funcionam no esquema “tudo ou nada” quando diante de conflitos de utilização), é também formado pelos princípios, capazes de fundamentar interpretações do Direito que estejam em sintonia com um sistema “único e coerente de justiça e equidade na correta proporção” (DWORKIN, 1999, p. 264).

As interpretações desenvolvidas pelo STF, tanto a que equiparou as uniões estáveis homoafetivas às uniões entre pessoas de diferentes sexos quanto a que tornou os atos de homofobia e transfobia análogos ao crime de racismo previsto na lei 7.716/89, partiram de uma concepção do Direito que se coaduna com a entendida por Dworkin.

Isso porque, ao contrário da hermenêutica tradicional, baseada na aplicação mecânica de regras legais pelo juiz no caso concreto, o modelo dworkiniano entende que os princípios, ao lado das regras, são também fontes do Direito (BINENBOJM, 2001 *apud* OMMATI, 2004, p. 157) capazes de modificar a interpretação e o papel do juiz na aplicação jurídica.

A concepção do Direito como integridade proposta pelo autor norte-americano é também a que se adequa melhor ao objetivo de um Estado Democrático de Direito que busca a concretização de uma sociedade plural, capaz de fornecer uma interpretação à Constituição que abranja os diversos grupos de cidadãos submetidos a ela e que, conforme já trazido, seja capaz de entrelaçar o passado dos constituintes com o presente e o futuro das próximas gerações.

Embora Rosenfeld entenda que a identidade do sujeito

constitucional se encontra em constante processo de reconstrução e, portanto, nunca definitiva ou completa, desenvolvendo-se em um espaço de hiato e ausência, seu caráter é ainda indispensável (AZEVEDO, COURA, 2011, p. 873).

Desse modo, os esforços empreendidos pelo Supremo, a partir das decisões em comento, buscam tanto afirmar os direitos do grupo LGBTI+ quanto reconhecer neles *sujeitos constitucionais* a quem os preceitos e valores estabelecidos na Lei Maior também protegem, em razão de terem estado em situação de “marginalidade constitucional” por se constituírem uma minoria fora dos estratos de poder (AZEVEDO, COURA, 2011, p. 869).

A postura adotada pelo STF se caracteriza, portanto, como parte da etapa de reconstrução necessária ao reconhecimento da identidade do homossexual como detentor de direitos e não mais como posto à margem da identidade do sujeito constitucional brasileiro (AZEVEDO, COURA, 2011, p. 871). Há um reconhecimento, também, de uma concepção constitucional que não mais comporta os preceitos do que antes era constituído como um “amálgama normativo indiferenciado de religião, direito, moral, tradição e costumes transcendentemente justificados” (CARVALHO NETTO, 2000, p. 4).

Michel Rosenfeld (2003, p. 29-30) entende, dessa maneira, que,

da perspectiva do constitucionalismo moderno, a ordem política pré-moderna podia evitar, sobretudo, a obsessão com a oposição entre o ‘eu’ e o ‘outro’ à medida que ela era capaz de sustentar uma visão unificada moldada pela religião, a ética e as normas jurídicas que se apoiavam mutuamente e que eram compartilhadas por todos. O constitucionalismo moderno, por outro lado, não pode evitar o contraste entre o eu (*self*) e o outro como consequência do pluralismo que lhe é inerente.

A própria Constituição, ao estabelecer que os objetivos da República são “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” prevê ao menos uma intenção de abarcar sob o “guarda-chuva” constitucional aqueles que sofrem preconceitos relacionados à orientação sexual, a partir de uma interpretação aberta do dispositivo constitucional (AZEVEDO, COURA, 2011, p. 869). A omissão do Estado, em decorrência da mora legislativa para a edição de lei que criminaliza atos de homofobia e transfobia, qualifica-se como um comportamento nocivo cuja gravidade político-jurídica é considerável, já que a Constituição pode ser desrespeitada por inércia pelo Poder Público quando não há a aplicação, por ausência ou insuficiência de

medidas concretizadoras, dos postulados da Lei Fundamental (BRASIL, 2019).

A criminalização da homofobia e da transfobia, assim, se coaduna com tal interpretação e se mostra como uma forma de defesa do grupo LGBTI+ contra os preconceitos e discriminações - uma atuação positiva do Supremo que reafirma um compromisso com os sujeitos homossexual e transsexual. A evolução da identidade do sujeito constitucional, ao incorporar a identidade homossexual, longe de se estabilizar ou se fixar, mantêm-se aberta a um novo rearranjo e a um novo discurso constitucional reconstrutivo (AZEVEDO, COURA, 2011, p. 880).

5 Considerações finais

A identidade do sujeito constitucional tem inegável importância para se entender os objetivos e fundamentos da Constituição e delinear os contornos de proteção constitucional.

A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal pela equiparação dos atos homofóbicos e transfóbicos ao crime de racismo deve ser compreendida, portanto, como um movimento de inclusão de elementos constitutivos da identidade do sujeito homossexual à identidade do sujeito constitucional.

A proteção jurídica representada na forma da criminalização de tais atos significa, na verdade, mais uma tentativa protagonizada pela Suprema Corte de preencher o hiato que inexoravelmente acompanha a identidade do sujeito constitucional. Embora em constante transformação e carente de reconstrução, seu caráter ainda se faz imprescindível. Neste sentido, a equiparação da homofobia e transfobia ao crime de racismo lança novas luzes sobre o sujeito homossexual, retira-lhe das margens da identidade do sujeito constitucional e lhe introduz no próprio *corpus* constitucional. Ou seja, afirma um compromisso de garantia de direitos e proteção do grupo LGBTI+, historicamente vítima de violência motivada por preconceitos e discriminações.

A identidade do sujeito constitucional brasileiro, porém, permanecerá uma ausência, uma lacuna a ser a todo instante preenchida através do discurso constitucional, da interpretação e reinterpretação das normas constitucionais.

A criminalização da prática de atos homofóbicos e transfóbicos consiste, na verdade, em mais um esboço de definição de tal identidade,

a qual deve se manter aberta à interpretação para que possa dar conta do pluralismo que marca de forma indelével as sociedades contemporâneas.

6 Referências

A VERDADE PROCESSUAL E A JUSTIFICAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS, <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/58634/a-verdade-processual-e-a-justificacao-das-decises-judiciais>.

BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 10 ago. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132**. Plenário. Relator Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. Inteiro teor de acórdão. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 10 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26**. Plenário. Relator Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 14 de junho de 2019. Inteiro teor de acórdão. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: 10 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 82.424-2**. Plenário. Relator Min. Maurício Corrêa. Brasília, DF, 17 de setembro de 2003. Inteiro teor de acórdão. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3474597/mod_resource/content/2/HC%2082424%20caso%20Ellwanger.pdf. Acesso em: 08 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n. 4.733**. Plenário. Relator Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 13 de junho de 2019. Inteiro teor de acórdão. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753957476>. Acesso em: 20 ago. 2023.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do estado democrático de direito. **Revista de Direito Comparado**. Belo Horizonte, v. 3, p. 1-15, 2000.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 88, p. 81-108, dez. 2003.

CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel G. Constitucionalismo e democracia: soberania e poder constituinte. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 6, n. 1, p. 159-174, jan./jun., 2010.

COURA, Alexandre de Castro. AZEVEDO, Silvagner Andrade de. Indeterminação do Direito e discricionariedade judicial: pensando a crise do positivismo jurídico a partir de Kelsen, Hart e Dworkin. In: COURA, Alexandre de Castro. BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo (Org). **Direito, Política e Constituição**: reflexões acerca da tensão entre constitucionalismo e democracia à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito. 1. ed. Curitiba: CRV, 2014. p. 101-141.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FREIRE, Lucas. CARDINALI, Daniel. O ódio atrás das grades: da construção social da discriminação por orientação sexual à criminalização da homofobia. **Sexualidad, Salud y Sociedad**, n.12, 2012, p. 37-63. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sess/a/wMcLzXfDQwcKvD69rwdQPcx/?format=pdf&lang=p>. Acesso em: 10 ago. 2023.

HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. (Ed.). **Constitucionalismo y democracia**. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2012.

HUME, David. **Essays: moral, political and literary**. Indianópolis: Liberty Fund, 1985.

LOCKE, John. **Two treatises of government**. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

Mortes e violências contra LGBTI+ no Brasil: Dossiê 2022. Acontece Arte e Política LGBTI+; ANTRA (Associação Nacional de Travestis e Transexuais); ABGLT (Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos). Florianópolis, SC: Acontece, ANTRA, ABGLT, 2023. Disponível em: <https://observatoriomorteseviolenciaslgbtibrasil.org/wp-content/uploads/2023/05/Dossie-de-Mortes-e-Violencias-Contra-LGBTI-no-Brasil-2022-ACONTECE-ANTRA-ABGLT.pdf>). Acesso em: 10 ago. 2023.

MOUFFE, Chantal. Pensando a democracia com, e contra, Carl Schmitt. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v. 2, p. 91-107, jul./dez., 1994.

OMMATI, José Emílio Medauar. A teoria jurídica de Ronald Dworkin:

o direito como integridade. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Org). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 151-168.

PEDRON, Flávio Quinaud. OMMATI, José Emílio Medauar. O julgamento da ADPF n. 132: prática de um ativismo judicial ou exercício de uma interpretação construtiva? In: FERRAZ, C. V (et al). **Diferentes, mas iguais: estudos sobre a decisão do STF sobre a união homoafetiva (ADPF 132 e ADI 4277)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 197-229.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A NORMATIZAÇÃO DOS PROCESSOS MIGRATÓRIOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Carlos Augusto Tolomelli Malaquias¹

Ana Cristina Brandão Santiago Nascimento²

1 Introdução

A Constituição Federal de 1988 é um marco na história jurídica e social do Brasil. Com um enfoque em direitos humanos, a Constituição trouxe significativas mudanças nas abordagens sobre imigração e refugiados, refletindo uma postura mais inclusiva e humanitária. Este capítulo explora como a Carta Magna brasileira aborda essas questões e a implementação de suas diretrizes.

A temática aqui discutida se mostra importante ao passo que o aumento expressivo do número de refugiados, em todo o mundo, diga-se o maior desde a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), fez o deslocamento forçado atingir hoje cerca de 1% da humanidade (uma a cada 97 pessoas), fazendo este assunto ganhar visibilidade acadêmica, devido principalmente a sua importância. (ACNUR, 2020)

A Constituição de 1988, frequentemente chamada de “Constituição Cidadã”, é rica em disposições que garantem direitos fundamentais a todos, independentemente de nacionalidade. O artigo 5º, por exemplo, assegura

1 Mestre em Direito da Saúde: Dimensões Individuais e Coletivas na Universidade Santa Cecília – UNISANTA; Pós-Graduado em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas; Pós-Graduado em Direito Constitucional pelo Instituto LEGALE/SP; Graduado em Direito na Escola Superior de Administração, Marketing e Comunicação – ESAMC Santos; Chefe da Seção de Apoio a Assuntos Jurídicos de Unidade do Exército.

2 Advogada; Professora Universitária; Pós-Graduada em Direito Civil e Direito Processual Civil; Pós-Graduada em Relação Jurídica de Consumo; Pós-Graduada em Mediação e Conciliação de Conflitos; Conselheira Seccional da OAB/MG; Membro da Comissão de Educação Jurídica da OAB/MG; Membro da Comissão Especial de Defesa do Consumidor do Conselho Federal da OAB; Membro do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor – BRASILCON. E-mail: anacristinabrandaoadv@hotmail.com

que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Embora a Constituição não dedique um capítulo exclusivo para imigração, suas disposições gerais sobre direitos e garantias fundamentais aplicam-se a todos os indivíduos no território brasileiro, incluindo imigrantes. O Brasil é signatário de diversos tratados internacionais que influenciam sua legislação interna sobre imigração, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a Convenção sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de Suas Famílias.

O tratamento dos refugiados no Brasil é fortemente influenciado pela Constituição e por convenções internacionais. A Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997, conhecida como Lei dos Refugiados, regula a condição jurídica dos refugiados no país. Essa lei está em conformidade com a Convenção de 1951 relativa ao Estatuto dos Refugiados e seu Protocolo de 1967, dos quais o Brasil é signatário.

Destarte o apresentado, a normatização dos movimentos migratórios no ordenamento jurídico pátrio assume papel fundamental, visando adequar o acolhimento, interiorização e readaptação de refugiados aos moldes das diretrizes internacionais, salvaguardando os direitos humanos dos indivíduos conforme previsto no texto constitucional brasileiro.

2 Processos migratórios e sua normatização no ordenamento jurídico pátrio

A movimentação populacional está ligada à história do homem e remonta aos tempos pré-históricos. No passado, diversas civilizações da Ásia e da Europa conquistavam novas terras e as povoavam, como foi feito no Brasil pelos portugueses.

Na história brasileira, os migrantes, em sua maioria, iniciaram os deslocamentos em busca de trabalho, como evidenciamos na construção de Brasília e também na busca de habitantes do nordeste brasileiro por melhores condições de vida na capital paulista e em toda a região sudeste.

Neste sentido, em sua obra Salim (1992, p. 125) destaca:

[...] o fenômeno social migração a outros fenômenos sociais são historicamente determinados e se relacionam a processos de mudança na estrutura da sociedade, da economia e da política, que contextualizam

sua dinâmica (SALIM, 1992, p. 125).

Contudo, não se deve generalizar o caráter dos movimentos migratórios, uma vez que, muitas pessoas, famílias e grupos deslocam-se por outros motivos não relacionados à busca por melhores condições econômicas, entretanto, permanecem em lugares diferentes de suas origens.

No ordenamento jurídico brasileiro, o tema migração é regido pela Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017, a Lei de Migrações, que dispõe os direitos e deveres do migrante e do visitante, regulando sua entrada e estada no Brasil, estabelecendo ainda, princípios e diretrizes além de políticas públicas para o migrante.

A Lei de Migrações entrou em vigor, no ano de 2017, substituindo o Estatuto do Estrangeiro de 1980 que possuía dispositivos que não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988 e ela conceitua no § 1º, do artigo 1º:

§ 1º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - (VETADO);

II - imigrante: pessoa nacional de outro país ou apátrida que trabalha ou reside e se estabelece temporária ou definitivamente no Brasil;

III - emigrante: brasileiro que se estabelece temporária ou definitivamente no exterior;

IV - residente fronteiro: pessoa nacional de país limítrofe ou apátrida que conserva a sua residência habitual em município fronteiro de país vizinho;

V - visitante: pessoa nacional de outro país ou apátrida que vem ao Brasil para estadas de curta duração, sem pretensão de se estabelecer temporária ou definitivamente no território nacional;

VI - apátrida: pessoa que não seja considerada como nacional por nenhum Estado, segundo a sua legislação, nos termos da Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, de 1954, promulgada pelo Decreto nº 4.246, de 22 de maio de 2002, ou assim reconhecida pelo Estado brasileiro.

É mister elencar as novidades trazidas pela Lei de Migração, como principalmente o abandono da visão retrógrada de que o migrante é uma ameaça à integridade nacional, típica do regime militar, colocando assim, o imigrante em uma situação de igualdade de condições com o restante da população brasileira.

Com a definição trazida pelo conceito genérico do termo migrantes, a Lei foi capaz de abranger o imigrante, o emigrante e o apátrida, podendo

este, se desejar, solicitar a nacionalidade brasileira, sendo submetido a um processo simplificado de naturalização. É também assegurado ao migrante o amplo exercício da cidadania, por meio do direito de reunião e de associação, de acesso à justiça, além do direito à defesa.

Em seu artigo 4º, a Lei 13.445, coloca expressamente o migrante em condição de igualdade com os nacionais, garantindo a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, bem como outros direitos elencados em seus incisos respeitando princípios elencados na Constituição Federal de 1988.

Outra modificação importante é que, nenhum migrante será privado de sua liberdade por razões migratórias, exceto nos casos previstos em lei. E também, a tipificação do crime de promoção de imigração ilegal, com previsão de pena de 2 (dois) a 5 (cinco) anos de reclusão e multa.

3 A Constituição Federal de 1988 e a temática de migrações, o refúgio no Brasil e sua normatização

3.1 A Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988, no ordenamento jurídico brasileiro, serve como mecanismo basilar para a defesa dos Direitos Humanos, bem como a proteção do refugiado, juntamente com a Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997 e a Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017, que substituiu o Estatuto do Estrangeiro.

Desta forma nossa Carta Magna aborda questões de refúgio e migração sob uma perspectiva de direitos humanos, refletindo os compromissos do país com tratados internacionais e princípios de solidariedade e dignidade humana.

No artigo 5º, a Constituição estabelece direitos e garantias fundamentais aplicáveis a todos os indivíduos, independentemente de sua nacionalidade, garantindo-lhes proteção igualitária. Isso inclui o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Voltando olhares para a análise jurídica do instituto do refúgio, dentro da temática das migrações, esta se dá por duas perspectivas, devendo ser considerado o texto, referente ao assunto, presente na Carta Magna e também as disposições externas à Constituição Federal, expressas nos tratados internacionais.

Considerando os fundamentos constitucionais, no título I, a Constituição federal de 1988, elenca os princípios que devem nortear as ações brasileiras, incluindo as internacionais como a questão do refúgio.

Como nos ensina JUBILUT, 2007:

Por princípios entende-se as linhas gerais que devem ser adotadas pelo governo brasileiro no exercício de suas atividades. Trata-se de regras jurídicas que, ao mesmo tempo em que fundamentam as demais regras jurídicas, apontam os objetivos a serem alcançados por essas, tendo assim papel de destaque nos ordenamentos jurídicos. (JUBILUT, 2007, p. 180).

Nesta senda, vale citar o texto do artigo primeiro da Carta Magna brasileira, onde temos em posição de destaque a proteção à dignidade da pessoa humana:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Impende destacar também, o teor do artigo 3º que aborda os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

E seguindo nesta seara, o artigo 4º da Constituição estabelece que o Brasil se rege, nas suas relações internacionais, pelos princípios da prevalência dos direitos humanos, do repúdio ao terrorismo e ao racismo, e pela concessão de asilo político. Esses princípios criam uma base sólida para a proteção de refugiados, garantindo que aqueles que fogem de perseguições em seus países de origem encontrem no Brasil um porto

seguro, sendo de suma importância seu estudo uma vez que este aborda a prevalência dos direitos humanos, bem como a concessão de asilo político, entre os demais incisos de relevada importância:

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

I - independência nacional;

II - prevalência dos direitos humanos;

III - autodeterminação dos povos;

IV - não-intervenção;

V - igualdade entre os Estados;

VI - defesa da paz;

VII - solução pacífica dos conflitos;

VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;

IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;

X - concessão de asilo político.

Assim, pode-se evidenciar a preocupação do legislador em proteger os direitos humanos, bem como conceder asilo político às pessoas necessitadas, nesta senda, pode-se inferir que, ainda que não expresse no texto constitucional, os fundamentos para a aplicação do refúgio no ordenamento jurídico brasileiro são estabelecidos indiretamente na Constituição Federal de 1988.

Com base nesses princípios, pode-se afirmar que os alicerces da concessão do refúgio, vertente dos direitos humanos e espécie do direito de asilo,⁴⁴⁹ são expressamente assegurados pela Constituição Federal de 1988, sendo ainda elevados à categoria de princípios de nossa ordem jurídica. Sendo assim, a Constituição Federal de 1988 estabelece, ainda que indiretamente, os fundamentos legais para a aplicação do instituto do refúgio pelo ordenamento jurídico brasileiro. (JUBILUT, 2007, p. 181).

Impende destacar também o artigo 12 da Constituição Federal de 1988, o qual trata da nacionalidade, mas, implicitamente, reconhece a importância da integração de estrangeiros na sociedade brasileira, oferecendo caminhos para a naturalização e assegurando direitos civis aos imigrantes legais.

3.2 A Lei 9.474, de 22 de julho de 1997

Conforme exposto anteriormente, os tratados internacionais regeram no âmbito global as garantias e as premissas da concessão do instituto do refúgio. Assim, o Estado brasileiro no ano de 1997, buscando adequar o ordenamento jurídico interno, promulga no mês de julho, uma lei específica, capaz de delinear parâmetros da questão do refúgio e ainda prevendo a criação de um Comitê Nacional para Refugiados, o CONARE.

Sua elaboração se deu por intermédio do trabalho conjunto de representantes do ACNUR e do governo brasileiro. Sendo o projeto de lei aprovado pelas Comissões de Direitos Humanos, de constituição e de Justiça, bem como da de Relações Exteriores.

A referida legislação é dividida em títulos, trazendo em seu primeiro título os aspectos que caracterizam os refugiados, no segundo título a questão do ingresso no território brasileiro e do pedido de refúgio, e no terceiro elenca as competências do Comitê Nacional de Refugiados.

Nos títulos seguintes, são abordadas questões como as regras do processo de refúgio, as possibilidades de extradição e expulsão, perda da condição de refugiado, discriminação de possíveis soluções para a questão dos refugiados e por últimos as disposições finais.

No que tange a relevância do referido diploma legal, disserta Jubilut em sua obra:

Nota-se, ademais, outro aspecto relevante de sua existência: a promulgação de um diploma legal exclusivo sobre o tema dos refugiados, fato não tão comum caso se verifique o direito comparado. Analisando a lista de Estados signatários da Convenção de 51 e/ou do Protocolo de 67 verifica-se que a maioria deles conta com legislação interna sobre a matéria, ou por meio de dispositivos constitucionais ou por legislação infraconstitucional. Ocorre que a maioria dessas leis trata a questão dos refugiados dentro da legislação sobre imigração ou sobre o direito de asilo, como, por exemplo, nos Estados Unidos e no Japão, não havendo lei específica. Residindo na elaboração dessa a relevância da legislação nacional brasileira, posto que tal fato permite uma maior adequação do texto legal às necessidades dos refugiados. (JUBILUT, 2007, p. 191).

Pode-se elencar diversos pontos relevantes nesta legislação, dentre eles vale ressaltar a ampliação da possibilidade de exclusão pela prática de crimes como tráfico de drogas e terrorismo, o fato de estar irregular em território brasileiro não obstar a solicitação de refúgio, sendo este fato essencial.

Além do que, o estabelecimento do CONARE como órgão competente pela temática dos refugiados no Brasil, responsável pela emissão de resoluções normativas acerca do assunto, é apontado por Guilherme Assis de Almeida, como uma das principais inovações trazidas pela Lei nº 9.474, de 1997.

3.3 A Lei 13.445 de 24 de maio de 2017 - Lei de Migrações

A preocupação do legislador brasileiro com a questão dos estrangeiros é clara, como exposto anteriormente neste estudo, a Lei nº 13.445/2017 é o diploma responsável por tratar das questões que envolvem o tema migração.

Apesar de em seu artigo 2º, a referida lei deixar explícito que, as disposições contidas em seu corpo não prejudicam a aplicação de normas internas ou internacionais sobre a temática dos refugiados, ela assume um papel importante no ordenamento jurídico pátrio.

Como já é do conhecimento de todos, o Brasil, no período de 1º de abril de 1964 a 15 de março de 1985, esteve sob o comando de sucessivos governos militares, que possuíam caráter autoritário e nacionalista. Devido a este contexto histórico, uma visão de que o estrangeiro pode ser um ameaça à integridade nacional, típica de ditaduras militares é criada.

A Lei de migrações de 2017 assume papel de protagonista no combate à esta ideia, buscando consolidar os princípios basilares contidos no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal brasileira, ratificando a posição de igualdade do estrangeiro perante o brasileiro. Como é evidenciado em seu artigo 4º:

Art. 4º Ao migrante é garantida no território nacional, em condição de igualdade com os nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, bem como são assegurados [...]

Dentre os diversos pontos positivos, impende destacar o combate a xenofobia, a desburocratização nos processos para concessão de vistos humanitários, bem como a concessão do *status* de refugiado não apenas para Sírios e Haitianos, mas sim para todos os estrangeiros que em situações de risco à sua integridade cheguem ao Brasil e solicitem este.

4 Considerações finais

Apesar das bases legais robustas, a implementação dessas políticas enfrenta desafios. A burocracia, a falta de recursos e o preconceito são barreiras significativas para imigrantes e refugiados. A integração plena desses indivíduos na sociedade brasileira exige não apenas a implementação de políticas públicas eficazes, mas também um esforço contínuo para combater a xenofobia e promover a inclusão social e econômica.

Voltando olhares para a burocracia, esta muitas vezes resulta em processos longos e complexos para a obtenção de vistos, autorizações de residência e naturalização. Isso pode atrasar a integração dos imigrantes e refugiados, impedindo-os de acessar serviços básicos e oportunidades de trabalho.

No tocante a falta de recursos, que também é um desafio crítico, as agências governamentais responsáveis pela implementação das políticas de imigração e refúgio frequentemente operam com recursos limitados, o que afeta a eficiência e a eficácia dos serviços prestados. Isso é particularmente problemático em contextos de crises migratórias, onde a capacidade de resposta do Estado é testada.

A falta de políticas habitacionais para os refugiados é um ponto negativo que merece atenção, diversos são os relatos de dificuldade na obtenção de uma residência fixa, o principal problema apontado pelos deslocados é a exigência de fiador, ou pagamento de quantias como garantia no momento de alugar uma residência.

Já na seara da xenofobia e do preconceito que são outras barreiras significativas. Imigrantes e refugiados muitas vezes enfrentam discriminação e hostilidade, que podem dificultar sua integração na sociedade brasileira. Campanhas de conscientização pública e educação são essenciais para combater esses problemas e promover uma cultura de acolhimento e respeito à diversidade.

Por outro lado, verificam-se vários exemplos de boas práticas na acolhida e integração de imigrantes e refugiados no Brasil. A cidade de São Paulo, por exemplo, tem se destacado por suas políticas de integração, incluindo a criação do Centro de Referência e Atendimento para Imigrantes (CRAI), que oferece uma ampla gama de serviços aos imigrantes.

Outra boa prática é o projeto “Polo de Hospitalidade”, em Roraima, que fornece abrigo temporário e apoio para a integração de refugiados venezuelanos. Iniciativas como essas são cruciais para proporcionar um

ambiente acolhedor e de suporte para aqueles que buscam refúgio no Brasil.

Consolidando essas práticas e promovendo uma cultura de acolhimento, o Brasil pode se destacar como um país verdadeiramente inclusivo e respeitador dos Direitos Humanos, honrando os princípios estabelecidos pela Constituição Federal de 1988.

Como podemos evidenciar, o Brasil vem buscando estar alinhado com os mais diversos tratados referentes à Direitos Humanos, houve uma evolução considerável nas últimas décadas no que tange este assunto, contudo, não se deve manter o *status quo*, deve-se buscar sempre por novas políticas capazes de incluir as pessoas deslocadas que chegam no território brasileiro, em especial no mercado de trabalho, para que assim possam ter um recomeço digno.

Além do que, com a implementação de políticas públicas efetivas, no acolhimento de migrantes ou refugiados, é possível minimizar os pontos negativos do gestor estadual que recebe os deslocados, possibilitando a inclusão produtivas destes na população ativa brasileira.

Por oportuno, insta salientar que, nossa Carta Magna representa um avanço significativo na proteção dos direitos de imigrantes e refugiados no Brasil. Suas disposições garantem que todos no território nacional, independentemente de sua origem, têm direito à dignidade e ao respeito. No entanto, para que esses direitos se traduzam em realidade, é essencial um compromisso contínuo por parte do Governo e da Sociedade Civil na implementação de políticas inclusivas e no combate ao preconceito. Dessa forma, o Brasil pode consolidar-se como uma nação verdadeiramente acolhedora e justa.

Referências

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

BRASIL. **Constituição Federal**. 1988.

BRASIL. **Lei n. 6.815** de 19 de agosto de 1980 (Estatuto do Estrangeiro).

BRASIL. **Lei n. 9.474** de 22 de julho de 1997 (Lei Nacional sobre Refugiados).

BRASIL. **Lei n. 13.445** de 24 de maio de 2017 (Lei de Migração).

BRASIL. CONARE. **Resoluções Normativas do Comitê Nacional para Refugiados**. Outros Tratados de Direitos Humanos.

COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmação histórica dos direitos humanos**/ Fábio Konder Comparato, 12. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito Internacional dos Refugiados: e sua Aplicação no**

Ordenamento Jurídico Brasileiro. 2007. Disponível em: http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2013/O_Direito_Internacional_dos_Refugiados.pdf. Acesso em: 26 maio 2021.

MAHLKE, Helisane. **Direito Internacional dos Refugiados – Novo Paradigma Jurídico**. Arraes Editores, 2017.

MANLY, Mark. **La consagración del asilo como un derecho humano: Análisis comparativo de la Declaración Universal, la Declaración Americana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos**. In: FRANCO, Leonardo (Coord.). *El Asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina: Análisis crítico del dualismo “asilo-refugio” a la luz del Derecho Internacional de los Derechos*. 1a. ed. San José, C.R.: EDITORAMA, 2004, p.127-128.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 29 mai 2021.

ONU. **Assembléia Geral. Estatuto do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados**. 1950.(Resolução 428 [V] de 14 de dezembro de 1950).

ONU. ACNUR. **Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados**. 1951.

ONU. ACNUR. **Protocolo Relativo ao Estatuto dos Refugiados**. 1967

PIOVESAN, Flávia. **O direito de asilo e a proteção internacional dos refugiados**. In: ALMEIDA, G. A. e ARAÚJO, N (Org.). *O Direito Internacional dos Refugiados – uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.130

PIOVESAN, F. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo:

Max Limonad, 1996. p. 87.

SALIM, Celso A. **Migração: o fato e a controvérsia teórica.** In: ENCONTRO NACIONAL DE ESTUDOS POPULACIONAIS, 8., 1992, São Paulo. Anais... Campinas, SP: ABEP, 1992.

A INTERSEÇÃO ENTRE O DIREITO CONSTITUCIONAL E O DIREITO AMBIENTAL: UMA ANÁLISE JURÍDICA

Fábio Vieira da Silveira¹

1 Introdução

O encontro entre o Direito Constitucional e o Direito Ambiental não apenas reflete a evolução do pensamento jurídico contemporâneo, mas também representa um marco crucial na proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos e na preservação do meio ambiente para as gerações futuras. Nesta análise, exploraremos a interseção entre esses dois campos do direito, destacando os fundamentos constitucionais que sustentam o direito ambiental e sua importância na construção de uma sociedade mais justa e sustentável.

O Direito Ambiental encontra sua base nos princípios e normas estabelecidos pelas constituições dos países. Ao reconhecer o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental, as constituições atribuem não apenas um dever ao Estado de proteger o meio ambiente, mas também conferem aos cidadãos o direito de exigir essa proteção. No Brasil, por exemplo, a Constituição de 1988 foi uma das primeiras a consagrar explicitamente o direito ao meio ambiente saudável, destacando-o como um dos princípios fundamentais da República Federativa.

Dentre os princípios constitucionais que informam o Direito Ambiental, destaca-se o princípio da dignidade da pessoa humana, que reconhece a interdependência entre o meio ambiente saudável e a qualidade de vida dos indivíduos. Além disso, princípios como o da prevenção, precaução, solidariedade intergeracional e responsabilidade socioambiental são fundamentais para orientar a atuação do Estado e da sociedade na

1 Advogado. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce. Pós Graduado em Direito Ambiental, Mineral e Urbanístico - PUC/MG. Pós Graduado em Direito Público – FADIVALE. Pós Graduado em Direito Penal e Processo Penal – FADIVALE. Mestrando em Direito nas Relações Econômicas e Sociais - Faculdade Milton Campos.

proteção do meio ambiente.

Para efetivar os direitos ambientais consagrados nas constituições, diversos instrumentos jurídicos são adotados, tais como leis ambientais, tratados internacionais, políticas públicas e jurisprudência. Através desses instrumentos, busca-se promover a conservação dos recursos naturais, a preservação da biodiversidade e o desenvolvimento sustentável.

A interseção entre o Direito Constitucional e o Direito Ambiental é fundamental para garantir a proteção do meio ambiente e a promoção dos direitos humanos. Ao reconhecer o direito a um ambiente saudável como um direito fundamental, as constituições atribuem uma responsabilidade compartilhada entre o Estado, a sociedade e os indivíduos na preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

2 Fundamentos constitucionais do direito ambiental: um compromisso com a sustentabilidade

O meio ambiente é conceituado pelo legislador conforme o artigo 3º, inciso I, da Lei 6.968, de 31 de agosto de 1981 como sendo “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.

O Direito Ambiental, enquanto disciplina jurídica, encontra seus alicerces fundamentais nas normas e princípios inscritos nas Constituições dos Estados modernos. No contexto brasileiro, o Direito Ambiental é profundamente enraizado nos princípios constitucionais, refletindo o compromisso do Estado e da sociedade com a preservação e o uso sustentável dos recursos naturais.

A Constituição Federal de 1988, marco democrático e transformador da ordem jurídica brasileira, conferiu especial atenção ao meio ambiente, reconhecendo-o como um bem essencial à qualidade de vida e garantindo sua proteção como um direito fundamental de todos, visto se tratar de um direito difuso.

O interesse difuso é assim entendido porque, objetivamente estruturase como interesse pertencente a todos e a cada um dos componentes da pluralidade indeterminada de que se trate. Não é um simples interesse individual, reconhecedor de uma esfera pessoal e própria, exclusiva de domínio. O interesse difuso é o interesse de todos e de cada um ou, por outras palavras, é o interesse que cada indivíduo possui pelo fato de pertencer à pluralidade de sujeitos a que se refere à norma em questão. (ABELHA, 2004, p. 43)

Essa compreensão constitucional estabelece o embasamento para a construção de uma legislação ambiental sólida e eficaz, que permeia todas as esferas da vida nacional e por isso se liga intrinsecamente ao princípio da dignidade da pessoa humana. Essa positivação na ordem constitucional do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, conforme leciona Fiorillo (2021), “acabou por revelar um princípio norteador do Direito Ambiental brasileiro: o princípio da dignidade da pessoa humana, que representa o fundamento axiológico-mor da ordem jurídica do país”.

Dessa forma, a proteção do meio ambiente não é apenas uma questão técnica ou econômica, mas uma exigência ética e moral, que se reflete na própria dignidade da pessoa humana. O reconhecimento constitucional do meio ambiente como um direito fundamental impõe ao Estado e à sociedade a obrigação de adotar políticas públicas e práticas sustentáveis que assegurem a conservação dos recursos naturais e a promoção do desenvolvimento sustentável.

Nesse sentido, a jurisprudência constitucional brasileira tem reafirmado a necessidade de uma interpretação ampla e protetiva das normas ambientais, em consonância com os princípios constitucionais. Nas palavras do Desembargador Sérgio Cavalieri Filho (2018) “a função da jurisprudência é não apenas interpretar a legislação ambiental, mas também acompanhar a evolução, adaptando-se às novas demandas e desafios que surgem no contexto da proteção ambiental”.

Nesse contexto, o papel dos tribunais vai além de julgar causas, mas entender toda a complexidade técnica envolta às questões ambientais, que devem ser consideradas para a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A jurisprudência ambiental brasileira tem desempenhado um papel significativo na evolução do Direito Ambiental, moldando não apenas a interpretação das normas existentes, mas também influenciando a criação de novas legislações e políticas públicas voltadas para a proteção do meio ambiente. Ao longo dos anos, as decisões dos tribunais têm refletido a crescente preocupação com questões ambientais, contribuindo para a consolidação de uma cultura jurídica mais sensível e comprometida com a sustentabilidade” (CARVALHO, 2018, p. 67).

Portanto, os fundamentos constitucionais do Direito Ambiental estabelecem um compromisso indissociável com a sustentabilidade e a justiça intergeracional, orientando a construção de uma ordem jurídica que promova a harmonia entre o desenvolvimento socioeconômico e a conservação dos ecossistemas. Essa é a essência do Direito Ambiental

contemporâneo: uma disciplina que transcende o âmbito jurídico para se tornar uma ferramenta essencial na construção de um futuro equilibrado e resiliente para as presentes e futuras gerações.

2.1 Princípios constitucionais e direito ambiental: uma perspectiva jurídica

No âmbito jurídico, a intersecção entre os princípios constitucionais e o direito ambiental é um campo fecundo para a análise e desenvolvimento de políticas públicas e estratégias legais que visam a preservação do meio ambiente. Os princípios constitucionais, enquanto fundamentos essenciais do ordenamento jurídico de um país, estabelecem os valores fundamentais que regem a atuação do Estado e dos cidadãos. No contexto ambiental, esses princípios assumem um papel crucial na garantia da sustentabilidade e na promoção do desenvolvimento sustentável.

Conforme ensina Canotilho (2003), “os princípios constitucionais são normas fundamentais que condicionam e orientam a interpretação e aplicação das demais normas do ordenamento jurídico”. No que tange ao direito ambiental, esses princípios desempenham um papel preponderante na definição das políticas ambientais e na formulação de instrumentos legais que visam a proteção do meio ambiente.

Conforme vimos, um dos princípios constitucionais mais relevantes para o direito ambiental é o princípio da dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no artigo 1º, III, da Constituição Federal, impõe ao Estado e à sociedade o dever de preservar o meio ambiente como condição indispensável à existência digna de todos os indivíduos. A degradação ambiental não apenas afeta a saúde e o bem-estar das pessoas, mas também compromete sua identidade cultural, suas relações sociais e sua qualidade de vida como um todo. Portanto, a proteção ambiental não pode ser dissociada da promoção da dignidade humana, devendo ser encarada como um valor fundamental a ser preservado e promovido pelo Estado e pela sociedade. (MACHADO, 2018, p. 89)

Outro princípio constitucional relevante para o direito ambiental é o princípio da precaução ou prevenção, que impõe a obrigação de evitar danos ambientais antes que ocorram. Segundo Antunes (2020), “a prevenção constitui um dever fundamental do Estado e da coletividade, devendo ser adotadas medidas que evitem a degradação ambiental, mitigando os riscos de danos ao meio ambiente”.

Corroborando esse entendimento, Fiorillo (2014) estabelece que “na ausência de certeza científica absoluta, a ausência de danos graves ou irreversíveis ao meio ambiente não deve ser utilizada como razão para adiar a adoção de medidas eficazes para prevenir a degradação ambiental”. Em outras palavras, a precaução impõe que, diante da incerteza científica sobre os impactos de determinada atividade no meio ambiente, deve-se adotar uma postura preventiva, evitando a realização de ações que possam causar danos irreparáveis.

Outro princípio de suma importância é o princípio do desenvolvimento sustentável, consagrado no artigo 225 da Constituição Federal, que assume uma posição central no direito ambiental. Segundo Braga (2009), “o desenvolvimento sustentável é aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras de atenderem às suas próprias necessidades”. Este princípio orienta a formulação de políticas públicas e a tomada de decisões que busquem conciliar o desenvolvimento econômico com a preservação ambiental, garantindo que as necessidades das gerações presentes sejam atendidas sem comprometer a capacidade das gerações futuras de também usufruírem dos recursos naturais.

Além disso, o princípio da função socioambiental da propriedade estabelece que esta deve atender a sua função social, considerando também os aspectos ambientais. Segundo Milaré (2017) “a função socioambiental da propriedade implica o uso responsável dos recursos naturais, respeitando os limites ecológicos e promovendo a preservação dos ecossistemas para o benefício de toda a coletividade”.

Portanto, os princípios constitucionais desempenham um papel fundamental na definição e aplicação do direito ambiental, orientando a atuação do Estado e dos cidadãos na proteção do meio ambiente e na promoção do desenvolvimento sustentável. A integração desses princípios na legislação ambiental é essencial para garantir uma abordagem holística e eficaz na preservação dos recursos naturais e na promoção de uma sociedade mais justa e equilibrada.

2.2 Os fundamentos constitucionais do direito ambiental

O direito ambiental, enquanto disciplina jurídica, surge como uma resposta urgente à crescente preocupação global com a preservação e a proteção do meio ambiente. Sua consolidação como ramo autônomo

do direito é fortemente embasada nos fundamentos constitucionais, os quais estabelecem os alicerces sobre os quais se erguem toda a estrutura normativa voltada à salvaguarda do ecossistema.

No contexto constitucional, a proteção ambiental encontra respaldo em diversas disposições que consagram o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Como aponta Canotilho (2003), a Constituição “é um ‘todo harmônico’ de normas e princípios que se relacionam e estruturam organicamente para realizar os valores, fins e interesses da sociedade”. Nesse sentido, a Carta Magna não apenas reconhece a importância do meio ambiente como bem jurídico fundamental, mas também estabelece os instrumentos e as diretrizes para sua preservação e uso sustentável.

Como já vimos, o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no artigo 1º, III, da Constituição Federal brasileira, impõe uma visão holística que inclui não apenas o indivíduo em si, mas também o ambiente em que ele está inserido. Como ressalta Sarlet (2009), “a dignidade da pessoa humana não pode ser dissociada de um ambiente ecologicamente equilibrado”. Portanto, a tutela ambiental é indissociável da própria noção de dignidade, pois a degradação do meio ambiente compromete diretamente a qualidade de vida das presentes e futuras gerações.

Outro princípio fundamental é o da função socioambiental da propriedade, previsto no artigo 170, III, e artigo 186 da Constituição, que estabelece que a propriedade deve cumprir sua função social, garantindo a preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações. Nesse sentido, como destaca Milaré (2016), “a propriedade privada não pode ser exercida em detrimento do bem-estar coletivo e da preservação ambiental”.

Além disso, a Constituição estabelece a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para proteger o meio ambiente, conforme o artigo 23, inciso VI. Essa repartição de competências visa assegurar uma atuação coordenada e eficaz em prol da proteção ambiental em todos os níveis da federação.

A competência legislativa em matéria ambiental é concorrente, havendo a possibilidade de a União editar normas gerais, enquanto os Estados e o Distrito Federal podem legislar sobre assuntos de interesse local. Assim, a Constituição Federal de 1988 prevê no art. 24 a competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar sobre proteção ao meio ambiente, com a ressalva de que a lei federal estabelecerá normas gerais, cabendo aos Estados suplementá-las, no

que couber, e os Municípios complementá-las, quando for o caso. (FIORILLO, 2017, p. 45).

Por fim, não se pode ignorar a previsão constitucional do princípio do desenvolvimento sustentável, consagrado no artigo 225, § 1º, V, o qual estabelece que o uso dos recursos naturais deve ser feito de forma sustentável, garantindo-se a preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

Em suma, os fundamentos constitucionais do direito ambiental não apenas reconhecem a importância vital do meio ambiente, mas também estabelecem os pilares sobre os quais se ergue toda a estrutura normativa voltada à sua proteção e preservação. A Constituição não apenas consagra o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como também orienta a atuação do Estado e da sociedade na busca por um desenvolvimento sustentável e na promoção da dignidade humana em harmonia com o ambiente que o cerca.

2.3 Instrumentos jurídicos de proteção ambiental: salvaguardando o futuro do planeta

Na era moderna, a proteção ambiental emergiu como uma preocupação premente e universal. Diante dos desafios ambientais complexos que enfrentamos, é essencial compreender e aplicar os instrumentos jurídicos adequados para preservar nosso planeta para as gerações futuras.

Um dos pilares fundamentais da proteção ambiental é o estabelecimento de legislação robusta que abranja uma ampla gama de questões ambientais. Como salientado por Silva (2019), “a legislação ambiental é a espinha dorsal de qualquer esforço para proteger o meio ambiente”. Essa legislação pode abranger desde a regulamentação da poluição do ar e da água até a conservação da biodiversidade e a gestão de resíduos. Sem um arcabouço legal sólido, é difícil implementar medidas eficazes de proteção ambiental e responsabilizar aqueles que degradam o meio ambiente.

Além da legislação, os instrumentos econômicos desempenham um papel crucial na proteção ambiental. Os incentivos financeiros podem ser poderosos motores de mudança, estimulando práticas mais sustentáveis e desencorajando atividades prejudiciais ao meio ambiente. Como ressaltado por Diniz (2020), “os instrumentos econômicos, como

os impostos sobre a poluição e os sistemas de comércio de emissões, podem direcionar o comportamento dos agentes econômicos para práticas mais ecologicamente corretas”.

No entanto, a eficácia dos instrumentos jurídicos de proteção ambiental não se limita apenas à implementação de medidas coercitivas ou econômicas. A educação e a conscientização pública desempenham um papel crucial na promoção de uma cultura de respeito e cuidado com o meio ambiente. Programas de educação ambiental e campanhas de sensibilização podem capacitar os cidadãos a se tornarem defensores ativos do meio ambiente e a adotarem comportamentos sustentáveis em suas vidas diárias. Conforme observado por Leal Filho (2018), “a conscientização pública é o alicerce sobre o qual se constrói uma sociedade comprometida com a proteção ambiental”.

A conscientização ambiental é fundamental para promover mudanças de comportamento e hábitos que contribuam para a preservação do meio ambiente. Por meio da educação ambiental, é possível disseminar informações sobre os impactos das ações humanas na natureza, sensibilizando as pessoas para a importância da conservação dos recursos naturais e da biodiversidade. Nesse sentido, a conscientização ambiental não se limita apenas ao conhecimento teórico, mas também envolve a adoção de atitudes sustentáveis no dia a dia, como a redução do consumo de água e energia, a prática da reciclagem, o uso responsável dos recursos naturais e a preservação de áreas verdes. (LOUREIRO, 2012, p. 56).

Além disso, os instrumentos jurídicos de proteção ambiental devem ser flexíveis e adaptáveis para lidar com os desafios ambientais em constante evolução. Isso inclui a incorporação de abordagens colaborativas e participativas, que envolvam diversas partes interessadas na tomada de decisões ambientais. Como mencionado por Barcellos (2021), “a colaboração entre governo, setor privado, organizações não governamentais e comunidades locais é essencial para desenvolver soluções eficazes para os problemas ambientais”.

Em suma, os instrumentos jurídicos de proteção ambiental desempenham um papel crucial na salvaguarda do nosso planeta para as gerações futuras. Desde a promulgação de legislação ambiental abrangente até a implementação de instrumentos econômicos e programas de conscientização pública, é essencial adotar uma abordagem holística e multifacetada para enfrentar os desafios ambientais globais. Somente através do uso eficaz desses instrumentos podemos garantir um futuro sustentável para nosso planeta e suas diversas formas de vida.

3 Considerações finais

Ao longo das considerações e apontamentos desse breve estudo, conclui-se que o Direito Constitucional e o Direito Ambiental estão umbilicalmente ligados, conduzindo a ideia de que no positivismo aquele seria manjedoura desse, na medida em que o Direito Ambiental encontra suas raízes nos princípios e normas estabelecidos nas Cartas Magnas dos países.

Esse galardão destinado ao Direito Ambiental o confere uma distinta primazia, pois o elegendo a categoria de direito fundamental, confere ao cidadão o direito de exigir do Estado a proteção ao meio ambiente.

O Direito Ambiental possui impacto multidisciplinar de forma que um dos seus enfoques que é a proteção do meio ambiente não é apenas uma questão técnica ou econômica, mas uma exigência ética e moral, que se reflete na própria dignidade da pessoa humana.

E esse viés aqui demonstrado, ou seja, o reconhecimento constitucional do meio ambiente como um direito fundamental impõe ao Estado e à sociedade como um todo, a obrigação de adotar políticas públicas e práticas sustentáveis que assegurem a conservação dos recursos naturais e a promoção do desenvolvimento sustentável e econômico.

Referências

ABELHA, Marcelo. **Ação Civil Pública e Meio Ambiente**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 16^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Maria. **Direito Ambiental e Jurisprudência: Reflexões sobre a Proteção do Meio Ambiente**. Rio de Janeiro: Editora Jurídica, 2018.

DINIZ, Ricardo. **Economia Ambiental: Teoria e Prática**. São Paulo: Saraiva, 2020.

FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

FILHO, Walter Leal. **Educação Ambiental e Sustentabilidade**. Porto Alegre: Penso, 2018.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2017.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

LOUREIRO, Carlos Frederico. **Educação Ambiental Transformadora**. São Paulo: Cortez Editora, 2012.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 89

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**: Doutrina, Prática, Jurisprudência, Glossário. 12. ed. rev., atual. eampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**: doutrina, jurisprudência, glossário. 14. ed. rev., atual. eampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38^a ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVA, Antônio Luis Ferreira. **Legislação Ambiental**: Princípios e Instrumentos. São Paulo: Atlas, 2019.

O DIREITO CONSTITUCIONAL AO DESENVOLVIMENTO E SUA PERSPECTIVA DE APLICABILIDADE NO CONTEXTO SOCIAL

Leonardo Granthom¹

1 Introdução

A proposta deste capítulo é trazer uma reflexão para além do Direito no que tange o direito social constitucional ao desenvolvimento. Refletir é raciocinar. E esse ato permite obter resultados que, se não assim o fosse, poderiam resultar em propostas ineficazes de aplicabilidade legal. Há que se ter em mente que o Direito pode ser o centro de determinadas soluções, porém, ao seu redor, circulam outros pensamentos críticos que possibilitam torná-lo fértil. Pensamentos esses do campo social, econômico e histórico, por exemplo. Ter o Direito como pilar único das soluções, considerando-o como o início, o meio e o fim das afirmativas legais e soluções litigiosas vem a ser um veneno na razão, impossibilitando a sua evolução enquanto norma sem trazer solução aos seus próprios dilemas e discussões.

Pode-se considerar que o direito ao desenvolvimento não é de todo uma inovação no ordenamento jurídico. Porém, seu estudo e defesa vem ganhando força de forma contemporânea. Era um direito voltado à capacidade de poder econômico militar onde os países detinham a preocupação de fortalecimento do seu próprio Estado voltado para esse viés. Em idos do século XVIII, por exemplo, é perceptível que filósofos e economistas analisavam o trabalho industrial como uma ordem de valoração e parâmetro no que se considerava crescimento e desenvolvimento de uma nação. Os tipos de tecnologia eram levados em consideração pelo impacto que causavam nas forças de trabalho e produção. O pensamento

¹ Docente no curso preparatório para o exame da OAB Smart Juris. Professor de graduação de Direito Civil e História do Direito. Defensor Dativo pelo Tribunal de Ética da OAB/MG. Graduado em Direito pela Faculdade Integrada Vianna Jr. Especialista em Direito Empresarial e Econômico pela UFJF. Especialista em Administração Aplicada e Gestão Empresarial pela Facuminas. Mestre em Hermenêutica e Direitos Fundamentais pela Universidade Presidente Antônio Carlos. Advogado. E-mail: lleogran3@gmail.com.

do ‘produzir para enriquecer e crescer’ se tornava inerente na mentalidade da época.

Várias formas de produção foram estudadas para buscar um desenvolvimento adequado para cada realidade social até se chegar no pensamento de que era necessário a quebra conceitual entre crescimento econômico e desenvolvimento econômico. De tal modo percebe-se quando a ONU, por exemplo, teve como preocupação no período pós II Guerra Mundial, onde a Europa sofreu grandes reflexos em sua estrutura sócioeconômica, que a reconstrução das nações fosse feita a partir dos Direitos Humanos. E aqui não apenas pode ser destacado o resultado interpretativo da Carta das Nações Unidas concretizada na Declaração Universal dos Direitos Humanos, como também a Declaração de Cooperação e Amizade que o Brasil celebra com outros Estados, onde o contexto de raciocínio para a busca do desenvolvimento vai além da antiga idéia de que desenvolvimento e crescimento dos Estados estariam vinculados a um único preceito econômico ou de poderio militar. Logo, fortalece o pensamento de que os países possuem autodeterminação, trazendo para a população a prerrogativa de que todos tem direito ao desenvolvimento.

O reflexo desse contexto traz uma percepção de que a cooperação internacional contribui para solucionar problemas sociais de caráter econômico, social, cultural e humanitário, bem como para promover e encorajar o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião, de acordo com a Declaração Sobre o Direito ao Desenvolvimento, adotada pela Resolução 41/128 da Assembléia Geral da ONU, de 04 de dezembro de 1986.

Logo, o escopo buscado nesse breve capítulo será o de enaltecer algumas das considerações de aplicabilidade do direito ao desenvolvimento que a Carta Magna traz em seu bojo como reflexo de uma evolução no pensamento jurídico. Não só elementos como a paz e a segurança internacional são vistos como necessários à concretização desse direito. Preocupações como a criação de condições favoráveis ao desenvolvimento dos povos e indivíduos são tidos como elemento de reconhecimento dos Estados, também necessários. Assim, o direito ao desenvolvimento é tido como inalienável. Buscar desenvolvimento para todos significa trazer a necessidade de se ter igualdade de oportunidades sociais de maneira que se eliminem as diferenças e os obstáculos ao desenvolvimento.

2 Aspectos conceituais e ideológicos para a aplicação do direito ao desenvolvimento

Falar de ideologia de algo é um assunto inusitado. O que no conceito de determinadas pessoas possa ser uma idéia inovadora, criativa e que propõe solução ou explicação para algo, para outras pessoas pode ser a propulsão de pensamentos equivocados e sem fundamentação, uma vez que tais idéias não seriam aplicadas no contexto em que se dialoga. A possibilidade de se falsear realidades, obstruir caminhos ou enrijecer pensamentos até então tidos como indiscutíveis também pode ser que não seja de toda dominante, uma vez que a sociedade passa os tempos de existência convivendo com esses movimentos ideológicos, com as mudanças no sistema político e nas formas de governo, evoluindo, retroagindo e revolucionando.

Bem enaltece Fernanda Silva Alves ao dizer que:

Se ideologia é capaz de contaminar o desenvolvimento, falsear realidades, obstar caminhos ou engessar pensamentos com seus dogmas, por outro lado, talvez ela não seja a representação de todo o mal existente, uma vez que o mundo sobrevive aos movimentos ideológicos, forças políticas, evoluções, involuções e revoluções e, ainda que se dissemine todo e qualquer modo ideologicamente perceptível, não seria este último uma forma de neutralidade ideológica? (ALVES, 2015, P. 11).

Uma ideologia pode ser buscada com o intuito de se chegar a um certo direcionamento, de forma que reflita no desenvolvimento do indivíduo para ser enxergada através do processo efetivo, que simplesmente é o diálogo apropriado do Direito. E aqui, parte-se do pressuposto que as normas legais espelham a genuína cultura de determinada população.

Vários autores identificam a ideologia por um aspecto negativo pois entendem que a mesma peçonha a possibilidade do desenvolvimento. E partem desse pensamento por considerar que possam surgir determinadas idéias retrogradadas ou não aplicáveis ao que realmente se precisa. Uma sociedade é passível de trazer uma sequência de ideias e verdades falaciosas, possuindo um discurso dogmático e causando incoerência no raciocínio. Ideologia também é identificada como uma noção não verdadeira da realidade, obstruindo o acesso à verdade, camuflando a verdadeira intenção de uma má consciência. Por isso, uma argumentação científica, com base em pesquisas realizadas e levantamento de dados concretos, apresentaria uma maior proximidade com a realidade daquilo que é preciso.

De certo que a ideologia não é de todo tida de forma pessimista

pelo contexto histórico. Mesmo que ela seja vista com irracionalidade (ou até mesmo como uma racionalidade exacerbada), os pensamentos ideológicos são presentes na sociedade. E é possível identificar a ciência como um ponto coerente no meio desses dois aspectos. Inegável que no trajeto de uma análise histórica várias foram as ideologias que surgiram de maneira a serem bradadas como bandeiras de luta sociais. Da mesma forma essas mesmas ideologias vieram a perder força enquanto verdade absoluta. Algumas ainda possuem o condão de serem objeto de nova manifestação em outras épocas sendo que, no final, aquilo que é buscado acaba por se perpetuar em outras gerações.

É cediço que normas iguais em um contexto social não significam que as condições para o desenvolvimento também serão dadas de forma isonômica a todos. A própria aplicação do pensamento político se apresenta como uma barreira ideologicamente colocada frente ao desenvolvimento. O próprio direito em relação ao desenvolvimento pode vir a ser uma ideologia, porém, a maneira que a ideologia será desmistificada para que consiga ser aplicada legalmente pelo Direito ainda é uma pauta em discussão.

3 Aspectos jurídicos, econômicos e sociais do direito constitucional ao desenvolvimento

Vários são os conceitos trazidos pela doutrina sobre o que seria o desenvolvimento. Tomando como base o raciocínio de Celso Furtado, o conhecimento de tal conceito torna-se necessário na medida em que se reconhece a necessidade de se ter melhoria na qualidade de vida das pessoas como objetivo estatal. Porém, para que tal fato se concretize, é necessário conhecer a realidade de vida das pessoas, proporcionando oportunidades de escolhas e tendo conhecimento das reais necessidades da vivência de cada um.

Alguns dados estatísticos feitos pelo Governo no ano de 2015 através do IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada levantou o Índice de Inclusão Social – IIS, que permitiu tomar conhecimento mais fidedigno das realidades das regiões brasileiras. Essa pesquisa levantou certa realidade do distanciamento econômico e social que existia nas regiões do país, trazendo à baila o que seria preciso para ser aplicado como trabalho de uma política pública específica para cada região. Tais medidas trariam atendimento aos anseios sociais reivindicados nessas regiões específicas,

buscando atingir ao objetivo concreto do que realmente seria necessário àquela população. Nada obsta também que essas medidas possam ser aplicadas sob a ótica legislativa e judicial, gerando possibilidade de o próprio Direito exercer o papel de promover o desenvolvimento uma vez que contribuiria para a melhoria desses índices e, conseqüentemente, da elevação dos indicadores de satisfação social.

Tendo como ponto de partida o ano de 1948, através da Declaração Universal dos Direitos Humanos, fica perceptível que os países envolvidos assumiram o compromisso de garantir novos bens da vida, bens esses imprescindíveis para a obtenção de uma humanidade aplicada aos Estados. Na medida em que o Estado Liberal era transformado em Estado Social a consciência de que os direitos de primeira geração seriam assegurados era cada vez mais iminente. Esses direitos ainda simbolizam o alcance da liberdade dos direitos civis e políticos, por exemplo. São direitos ligados a uma abstenção do Estado (direito negativo) para que se possa promover através de políticas públicas, outros direitos que se devem ter como prioritários, sendo o direito à saúde, a educação, o trabalho, a habitação, a família, dentre outros diversos direitos.

Nesse sentido, a doutrina e a jurisprudência encontram caminhos que buscam perfazer esses direitos, principalmente a partir da Constituição de 1988, uma vez que a mesma faz referência com dispositivos para assegurar a prioridade do objetivo do Estado para promover o desenvolvimento em suas variadas formas.

Foi a partir de 1948, com a assinatura da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que os Estados se comprometeram a assegurar novos bens da vida, indispensáveis para a sobrevivência da humanidade. Foi com a transição do Estado Liberal para o Estado Social que se consagrou o entendimento segundo o qual os direitos da primeira geração seria efetivamente protegidos caso assegurados, mediante ações afirmativas, outros bens da vida social.

As constituições dos Estados passaram a disciplinar, normativamente, programas de ação estatal, ao passo que os direitos fundamentais sociais eram politicamente garantidos mediante declaração expressa dos bens jurídicos que protegiam. (NOVELINO, 2009, p. 362).

O direito brasileiro seguiu esta linha de pensamento com base nesses objetivos de forma que os direitos fundamentais elencados no artigo 5º da Carta Magna, podendo destacar o direito à liberdade que é visto em diversos aspectos, tais como a liberdade de expressão, da manifestação do pensamento, liberdade de crença religiosa, liberdade da livre escolha do trabalho, dentre vários outros. Continuando nesse entendimento, o inciso

I do artigo 3º da Constituição Federal estipula como um dos objetivos do país a formação de uma sociedade livre, justa e solidária.

Concretiza também o mesmo artigo 3º, porém em seu inciso II, como sendo objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, estar sempre buscando a aplicação do desenvolvimento nacional, o que também é passível de análise, uma vez que possua tênue relação com o direito de liberdade.

Partindo do pressuposto que os primeiros conceitos de desenvolvimento tomam como base o desenvolvimento econômico, pode-se identificar o esse instituto em dois sentidos. O primeiro é equivalente à atualização de um sistema social de criação produtiva, à medida que este, através de uma acumulação e progresso das técnicas, torna-se cabal, aumentando a escala de produção bem como a força de trabalho. Aqui seria, portanto, a ligação do progresso com o desenvolvimento, herdeiro da ideologia europeia da era iluminista.

Por outro lado, tem-se o desenvolvimento como ligação ao grau de satisfação das necessidades humanas, podendo esse grau ser constatado e mensurado através de um critério objetivo pela análise de satisfação das necessidades elementares, como expectativa de vida da população, habitação, vestuário, entre outros.

Porém, conforme vai se afastando desse ponto em análise, maior se torna a necessidade de se ter um sistema de valores, pois essa mesma percepção das necessidades básicas fundamentais, quando não estão vinculadas aos valores essenciais de uma sociedade, possui a propensão de perder o foco das questões importantes, ficando às margens do contexto cultural.

Assim, é possível perceber que:

O desenvolvimento no sentido lato, estaria intimamente ligado ao progresso e à paz, consistindo num dos direitos fundamentais do homem. É tal abordagem como direito fundamental, a par de sua aparente vagueza e sentido de generalidade, que cabe aqui tentar desfazer e superar, conferindo-lhe um maior grau de concretização, que particularmente interessa, dado o caráter inovador que confere ao Direito, eis que não se limita a abordá-lo sob a ótica estritamente retrospectiva, mas sim prospectiva, como ferramenta para construção de uma realidade social que está por vir (RISTER, 2007, p.8).

É nessa linha de raciocínio em que Gaio Jr. defende que o desenvolvimento, em tempos modernos, está intrinsecamente ligado não apenas com a evolução da economia dentro da sociedade, mas

principalmente, na expectativa que se possui de uma evolução significativa daquilo que é apresentado pelo Estado através das políticas públicas. Políticas essas, socialmente direcionadas para uma construção cultural de qualificação das condições de vida. A ciência trazida pelo autor nos mostra que, mesmo com a preocupação macro em relação à aplicação das políticas públicas na efetivação do direito, ainda assim estará a sociedade sujeita a uma certa insatisfação em função desses programas serem aplicados de forma insuficiente. O autor explica que:

Afinado dito conjunto de idéias com a perspectiva do que afirmamos em linhas atrás, já em tempo de se ter em mente a dimensão social, política, econômica e jurídica que traz à carga o progresso, este como garantia do cidadão à realização dos direitos e instrumentos das jurisdição estatal, a partir da oferta do Serviço Público da Justiça, apto a contribuir para o desenvolvimento do país, influenciando, mediante a prolação de uma simples decisão judicial, no emprego e desemprego, no reconhecimento de débeis condições contratuais a gerar riqueza ou não, no amparo do hipossuficiente assolado em precárias condições de higiene e saúde, na restauração social da dignidade da pessoa diante de aviltante tratamento concebido por parte de serviços públicos ínfimos ofertados pelo próprio Estado, dentre outras questões e situações (GAIO, 2020, p. 40).

O esclarecimento da aplicação do desenvolvimento, dessa forma, entende por existir através de diversas transformações e leva em consideração que esteja aplicando naquele contexto social em que ele existe, um processo de atenção da sociedade de maneira permanente e com continuidade. O processo de desenvolvimento poderia apresentar uma evolução de um contexto social em comparação à outro, trazendo consigo o aumento do nível econômico cultural da sociedade.

Nesse sentido, “daí porque, importando a consumação de mudanças de ordem não quantitativa, mas qualitativa, não poderia o desenvolvimento ser confundido com a idéia de crescimento” (GRAU, 1981, p.7). Dessa forma, é perceptível que uma análise do crescimento como parâmetro comparativo ao nível de desenvolvimento observado poderia levar a uma pseudos conclusão, visto que crescimento estaria vinculado a fatores quantitativos, e não qualitativos.

Uma vez abordada a identificação do que seria desenvolvimento, vale concentrar naquilo que é tida como a função imposta ao Estado pela Constituição Federal, por força do seu artigo 3º, II, que nada mais é do que promover o desenvolvimento do país, devendo este objetivo ser visto como um norte.

Sobrevive ainda a indagação de como administrar as técnicas de se alcançar os objetivos fundamentais do Estado brasileiro e, em especial atenção, proporcionar o desenvolvimento do país.

A finalidade então é ter, através do Direito, o tratamento condizente com a aplicação jurisdicional qualitativa de modo que proporcione obter uma efetiva prestação jurisdicional que resulte numa prestação de serviço do Poder Judiciário que forneça acesso à justiça. Demandar judicialmente e com qualidade também é um direito fundamental pois está inserido no universo dos direitos subjetivos que fazem referência à humanidade, ou seja, “todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a todos os seres humanos, enquanto dotado de *status* pessoas, ou de pessoa capaz de agir” (FERRAJOLI, 2011, p.9).

Dessa forma é cediço que o Direito, dentre as suas várias formas de aplicação, possui a capacidade e a obrigação de dar o seu contributo para buscar o pleno desenvolvimento no país, tanto de forma nacional quanto nas regiões específicas. Mesmo que o Direito não se resuma às legislações e aos textos legais, é inegável que estas o compõe e podem contribuir bastante para o desenvolvimento, uma vez que se adéquam para aquela determinada sociedade em que será aplicada. Daí, a importância de saber as verdadeiras necessidades de uma região para entender e atender naquilo que couber o Direito.

4 Considerações finais

Desde os tempos primórdios é possível perceber a existência da busca por direitos como forma de regulamentação do convívio entre as pessoas. E entre esses direitos pode-se destacar que o direito à liberdade sempre pairou como requisitado em todas as civilizações, vindo a ganhar destaque de forma contemporânea quando inserido no rol dos direitos humanos, principalmente na fase do pós-guerra.

Em dias atuais, proteger e invocar direito à liberdade pode até surgir com uma conotação simplória e corriqueira em função da evolução social que é vista nos dias de hoje. E é essa liberdade que trará a possibilidade da aplicação e exercício do desenvolvimento social.

Cabe então, de forma rasa neste raciocínio, entender de maneira inversa aos pensamentos dos autores clássicos que levantaram o desenvolvimento como fator atrelado ao progresso e crescimento econômico europeu, onde levava em consideração que o desenvolvimento

dos demais países viria de uma influência européia. Desenvolvimento então seria dado numa ótica constitucional quando fosse possibilitado ao cidadão, indivíduo ou qualquer integrante da sociedade, cada dia mais a sua autonomia. Autonomia essa que seria dada através da pluralidade de opções de escolha dentre as variedades de serviço público ofertado e, quando na carência de algum deles, a existência de possibilidade de acesso à justiça (esse também um serviço público) sendo ofertado igualmente de força célere e qualitativa, o que, conseqüentemente, proporcionaria melhoria na qualidade de vida do indivíduo.

A não observância desse pressuposto conceitual, segundo Amartya Sen, onde “a liberdade é essencial ao desenvolvimento, uma vez que o este consiste na eliminação de privações de liberdade que obstruem escolhas e oportunidades de as pessoas exercerem sua condição de agente” (SEN, 2010, p. 11).

Essa identificação então do direito ao desenvolvimento como prerrogativa constitucional, intimamente ligado ao exercício do direito de liberdade, mesmo sofrendo mutações durante a evolução da humanidade, ainda hoje é estudado e requisitado em todos os tipos de sociedade. E para o Direito possui razão de se apresentar uma vez que este também pode contribuir para o desenvolvimento, pois através do mesmo surge a criação e regulamentação de políticas públicas, podendo através dele, diminuir a pobreza, a carência de oportunidades econômicas e a destituição social e sistemática, a negligência dos serviços públicos e assistência social, por exemplo.

Certo por constatar, então, que também fica indispensável a análise pelo Poder Judiciário, sendo este o responsável pela proteção com a Constituição Federal de 1988 e que, obviamente, “tem o compromisso institucional e democrático de conferir plena e extensa efetividade ao que promete a Carta Maior quanto a um dos objetivos fundamentais: o Desenvolvimento Nacional” (GAIO, 2020, p.41).

Referências

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O Direito na Pós Modernidade**. 2ed. Rio de Janeiro. Forense Universitária, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Trad. Salim, Alfredo Copetti neto, Daniela Cadermatori, Hermes Zanete Junior, Sergio Cadermatori. Porto Alegre: Livraria do

Advogado editora, 2011.

FURTADO, Celso. **Introdução ao Desenvolvimento-Enfoque Histórico- Estrutural**. 3ed. Paz e Terra: São Paulo, 2000.

GAIO JUNIOR, Antônio Pereira, **Instituições de Direito Processual Civil**. 4ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

GOVERNO FEDERAL, **Uma lupa para diagnosticar as desigualdades** – 2015. Ano 12. Edição 85, https://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=3203&catid=28&Itemid=39 – *Acesso em 18 de maio de 2024*.

GRAU, Roberto Eros. **Elementos de direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3 ed. São Paulo: Método, 2009.

RISTER, Carla Abrantkoski. **DIREITO AO DESENVOLVIMENTO – Antecedentes, significados e conseqüências**. São Paulo: Renovar, 2007.

SEM, Amartya. **Desenvolvimento com Liberdade**. São Paulo: Companhia de Bolso, 2010.

Vade Mecum OAB e graduação / obra coletiva de autoria de Saraiva Educação com colaboração de Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. – 24ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2023.

A AUTORIA DOS CRIMES INFORMÁTICOS E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Humberto Brandão¹

1 Introdução

A pós-modernidade trouxe incontáveis alterações nas dinâmicas sociais, e o Direito, como construção sociológica que é, certamente foi uma das áreas do conhecimento mais impactadas pelos ventos pós-modernos, notadamente na seara do Direito Constitucional e do Direito Penal.

A expansão das conexões digitais e da rede mundial de computadores trouxe novos desafios para o Direito Penal e para o Direito Constitucional, colocando em causa noções de territorialidade, soberania, nacionalidade, local e tempo de crime.

Crimes tradicionais que se fizeram presentes desde os mais rudimentares agrupamentos humanos, nos primórdios da sociedade, agora são praticados através do uso de tecnologias avançadas e do ciberespaço, como é o caso do furto² e do estupro³.

De fato, o ciberespaço permite a todos, inclusive aos criminosos, o livre tráfego internacional, bem como o acesso a dados remotos, superando limitações físicas e jurídicas sobre fronteiras.

1 Delegado Federal, professor de Direito Penal e Criminologia. Mestre em Ciências Policiais pelo Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna de Portugal.

2 O art. 155, § 4º-B, prevê a qualificadora do furto (furto eletrônico) quando cometido mediante fraude, por meio de dispositivo eletrônico ou informático, conectado ou não à rede de computador.

3 Estupro virtual ocorre quando a conduta é praticada através da internet, principalmente com o uso das redes sociais, para se alcançar o fim descrito no tipo penal. Vale lembrar que para a configuração do crime de estupro, não é necessário o envolvimento corpóreo do autor com a vítima, bastando, por exemplo, que o sujeito obrigue a vítima a se automasturbar, a realizar o ato sexual em terceiro ou até em animais. O que é pressuposto do crime, na verdade, é o envolvimento corpóreo da vítima no ato de libidinagem. Assim, no estupro virtual, o autor pode exercer a ameaça pela rede social, obrigando a vítima a praticar ato libidinoso contra a sua vontade.

O ciberespaço é um local de crime que possibilita infinitas oportunidades para os delinquentes, ao mesmo tempo em que garante considerável anonimato e dificulta sobremaneira a atuação das agências estatais fiscalizatórias. Para se ter uma dimensão do potencial lesivo desse novo locus sceleris, agora é possível que o sujeito ativo de um delito esteja nos Estados Unidos, enquanto o provedor por meio do qual ele se conecta à internet esteja na Rússia, os dados indevidamente acessados/subtraídos/alterados por ele no Brasil, e esses objetos materiais do crime (dados, informações, computadores) sejam de propriedade de uma vítima na Argentina. Enfim, temos formada uma complexa rede transnacional e transterritorial de sujeitos (ativo e passivo), bens jurídicos protegidos e objetos materiais do delito.

É justamente essa liberdade exacerbada de acesso a dados e informações, por qualquer pessoa, em qualquer local, sem distinção de qualquer natureza, que, para além de dificultar a persecução criminal ao criar barreiras quase intransponíveis, também pode colocar em xeque direitos e garantias individuais de suspeitos e investigados, conforme veremos adiante.

2 Noção de “crime informático”

Condutas que desde sempre foram socialmente danosas e reprováveis e, portanto, criminalizadas, como o estelionato, a falsificação de documentos, as ofensas contra a honra etc. agora podem ser executadas também por meio das novas tecnologias computacionais. Essas infrações penais são, geralmente, denominadas *crimes informáticos*.

Não é tarefa simples conceituar e classificar os crimes informáticos. Primeiro porque não podemos limitar o conceito à mera utilização de computadores, tendo em vista que tais dispositivos não são apenas instrumentos do crime, mas também podem ser alvos de uma conduta ilícita, confundindo-se, nesse caso, com objeto material e bem jurídico tutelado. Segundo, porque existem inúmeras espécies de crimes praticados a partir de recursos informáticos e, terceiro porque o conceito deve abranger não apenas os aspectos jurídicos, mas também noções relacionadas à área de tecnologia da informação.

Seja como for, em se tratando crimes é imprescindível apontar o bem jurídico penalmente tutelado. No caso dos crimes informáticos temos como bem jurídico protegido o *sigilo e a segurança de dados e informações*

eletrônicas.

De forma simples podemos afirmar que:

Crimes informáticos são condutas típicas, ilícitas e culpáveis praticadas mediante a obtenção ou alteração indevida de dados ou informações que foram ou estão sendo processados por um terceiro.

Vale destacar que a doutrina⁴ apresenta duas principais classificações de crimes informáticos, a saber:

a) Crimes informáticos próprios:

Crimes informáticos próprios são aqueles cujo bem jurídico tutelado é o sigilo de dados ou informações. A rigor, para que um delito seja considerado informático é imprescindível que o bem jurídico ofendido pela conduta do agente seja a inviolabilidade de dados. A simples utilização, por parte do agente, de um computador ou dispositivo informático como instrumento de execução do delito não configura um crime informático, caso o bem jurídico ofendido não seja os dados ou informações processadas/armazenadas. Podemos citar como exemplo o tipo penal do art. 154-A, do Código Penal (Invasão de Dispositivo Informático).

b) Crimes informático impróprios:

Crimes informáticos impróprios são aqueles que, embora não tutelem o sigilo de dados ou informações, a sua execução tem como instrumento um computador ou dispositivo informático. É o caso, por exemplo, dos crimes contra a honra praticados por meio de redes sociais.

Outrossim, merece trazer à baila outra distinção conceitual apontada pela doutrina. Vejamos:

Crimes Informáticos: são aqueles praticados com a utilização do computador ou outro dispositivo, ainda que sem utilização da internet.

Crimes Cibernéticos: são aqueles praticados no âmbito ou por meio da internet.

⁴ JESUS, Damásio Evangelista; MILAGRE, José Antônio Milagre. Manual de crimes informáticos. Saraiva, São Paulo, 2016. Pág. 52.

3 Princípio da Presunção de Inocência

Os princípios instituem, direta e imediatamente, uma garantia dos cidadãos, sendo amplamente reconhecida sua densidade de autêntica norma jurídica como força determinante. À guisa de exemplo, podemos citar os princípios da presunção de inocência, da proibição de provas ilícitas, do contraditório, da ampla defesa, da legalidade e do *in dubio pro reo*, princípios esses que, por si só, já traduzem garantias diretas para os cidadãos, sendo reconhecidos como *princípios em forma de norma jurídica*, vinculando não apenas o Poder Executivo e o Poder Judiciário, mas também o próprio legislador.

No que tange ao princípio constitucional da presunção de inocência, sua relevância é tamanha que é possível falar de um processo penal de presunção de inocência⁵, para assim acentuar a importância deste postulado como primeiro marco no qual se inspira o processo penal.

Com efeito, dispõe o art. 5º, LVII, da Constituição Federal que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. O reconhecimento da autoria de uma infração criminal pressupõe sentença. Antes da sentença penal condenatória transitada em julgado, somos todos presumidamente inocentes e esse *status* aufere contornos mais pronunciados na investigação policial, nomeadamente em face de medidas constritivas de direitos como prisões cautelares, quebras de sigilos bancário e fiscal, busca e apreensão domiciliar, sequestro de bens, etc.

Haja vista a sua influência e difusão no processo penal, a presunção de inocência é vislumbrada por George Sarmento⁶ como um direito fundamental multifacetário, manifestando-se como regra de julgamento, regra de processo e regra de tratamento, criando, segundo o referido autor, um amplo espectro de garantias processuais que tutelam o acusado durante as investigações e a tramitação da ação penal.

Em uma clássica contraposição dos direitos fundamentais apontada por Jorge Miranda, fundada na sua estrutura, na sua natureza e na sua função, temos de um lado os *direitos propriamente ditos*, e, de outro, as

5 GÓRRIZ ROYO, Elena M^a. *Constitución, Derechos Fundamentales Y Sistema Penal*. Tomo I. Valencia: Tirant lo Blach, 2009. p. 844.

6 SARMENTO, George. *A presunção de inocência no sistema constitucional brasileiro*. In: *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: estudos comemorativos aos vinte anos*. Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar (org.). Porto Alegre: Núria Fabris, 2008. p. 242-243.

*garantias*⁷. O princípio da presunção de inocência insere-se dentro da noção de *garantia*, já que os direitos propriamente ditos representam certos bens em si mesmos, enquanto as garantias destinam-se a assegurar condições para fruição desses bens. Não resta dúvida de que a presunção de inocência se traduz numa garantia ao direito à liberdade.

A presunção de inocência impede uma antecipação do juízo de culpabilidade, impondo que as medidas cautelares sejam requeridas e, sobretudo deferidas, diante de elementos fáticos concretos que justifiquem a necessidade de se acautelar o futuro provimento jurisdicional através das citadas medidas processuais. As medidas cautelares só devem ocorrer em situações excepcionais e de estrita necessidade. Neste contexto, a regra é a liberdade e o encarceramento antes de transitar em julgado a sentença condenatória deve figurar como medida de estrita exceção.

Na seara dos crimes informáticos, é preciso maior parcimônia por parte dos operadores do Direito quanto à garantia da aplicação do princípio da presunção de inocência, sobretudo para que não haja vulgarização concessão de medidas cautelares e/ou condenações em situações em que a autoria, sequer, está minimamente apontada.

O princípio da presunção de inocência ganha contrastes mais acentuados em face de medidas constritivas de direitos como prisões cautelares, quebras de sigilos bancário e fiscal, busca e apreensão domiciliar, sequestro de bens etc. No Direito Penal do inocente não se admite a antecipação do juízo de culpabilidade para justificar que medidas cautelares sejam requeridas e, mormente deferidas, sem que seja diante de elementos fáticos concretos que justifiquem a necessidade de se acautelar o futuro provimento jurisdicional através das citadas medidas processuais. As medidas cautelares só devem ocorrer em situações excepcionais e de rigorosa necessidade.

Ocorre que em se tratando de crimes informáticos, existem problemas a serem superados pelos juristas que geralmente não estão acostumados a lidar com tecnologias, conceitos, linguagens e noções da área de informática. Isso faz com que decisões jurídicas equivocadas sejam proferidas à mingua de qualquer fundamentação técnica, face à completa inaptidão dos operadores do Direito com o trato das novas tecnologias.

Este cenário se torna ainda mais obscuro diante de realidades como a velocidade com que novas tecnologias surgem e não são acompanhadas

7 MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. Direitos Fundamentais. Coimbra. Coimbra. 2008, p. 112/113

pela atividade legiferante, morosa por natureza e, por conseguinte, incapaz de acompanhar a dinâmica social que produz sistematicamente novas condutas cometidas no ciberespaço e que são danosas ou ofensivas a bens jurídicos caros para a sociedade. Esse fenômeno acaba ensejando, em determinadas ocasiões, a ocorrência de uma ação que, apesar de ser ilícita, seja irrelevante para o Direito Penal, tendo em vista a inexistência de lei que defina tal conduta como uma infração penal.

A disseminação e a criação de um vírus de computador, por exemplo, será um fato atípico se a intenção do autor for apenas perturbar a vítima que executou o vírus em seu dispositivo (desde que não haja dano ou violação de sigilo de dados ou informações).

Como se vê, a persecução penal de crimes informáticos (fatos típicos, ilícitos e culpáveis) pode ser um território arenoso para os operadores do Direito. A incerteza acerca da existência ou não da tipicidade de um fato ou mesmo de sua autoria pode levar a um processo eivado de ilegalidades. Tal anacronismo pode ser agravado pela velocidade com que surgem, diariamente, novos meios e práticas lesivas ligadas aos computadores e dispositivos informáticos, cujos quais nem sempre se subsumem a um tipo penal preexistente.

4 A autoria nos crimes informáticos

Sabemos que uma das mais importantes características do ciberespaço é a possibilidade de dissipação presencial no espaço tempo: onde estou se estou em todo lugar? Quem sou eu se posso ser qualquer um?

A coexistência em dois mundos (off-line e on-line) faz com que as características de um não estejam necessariamente vinculadas ao outro. O ambiente virtual possibilita ao indivíduo a assunção da identidade que bem entender ou mais lhe convier⁸.

É inegável que o anonimato on-line (sites, redes sociais etc.) fornece uma liberdade inalcançável no mundo real e essa expressiva liberdade permite a qualquer pessoa assumir uma personalidade ou identidade que poderá corresponder ou não a da pessoa do mundo off-line.

Observe que no mundo real (mundo off-line), uma pessoa é individualizada socialmente por suas características visuais, tais como feições faciais, altura, cor da pele, cabelo e voz, características que permitem

⁸ COLLI, Maciel. *Ciber Crimes Limites e perspectivas à investigação Policial de crimes cibernéticos*. Juruá, Curitiba, 2010, pág. 87.

a associação deste rol de qualidades ao nome que identifica a pessoa. Além disso, existe ainda no mundo real o reconhecimento e a identidade legal de uma pessoa através de um documento ao qual se atribui um elemento identificador que quase sempre é representado por um número, como por exemplo, a Carteira de Identidade, o Passaporte, a Carteira de Habilitação etc.

No mundo virtual, porém, a identidade será sempre de um computador, jamais de uma pessoa e a identificação desse dispositivo informático se dará através de um endereço de IP.

Vale lembrar que o endereço IP pode ser atribuído, em um curto espaço de tempo, a diferentes computadores, não sendo possível, em tese, que o mesmo endereço IP seja atribuído a dois ou mais computadores individualmente considerados, ao mesmo tempo.

Note-se que o endereço IP é o elemento que identifica um computador em rede. Todo dispositivo informático ao se conectar na rede mundial passa a ter um endereço de IP exclusivo.

Portanto, para se descortinar a autoria de crimes informáticos é preciso identificar o endereço IP atribuído ao computador utilizado como instrumento para a prática criminosa.

Embora seja aparentemente fácil identificar um dispositivo informático utilizado para a prática de crimes a partir de seu endereço IP, existem algumas questões intrincadas a serem superadas para se alcançar a autoria do delito. A primeira e mais importante é estabelecer a correlação, em um determinado espaço de tempo, entre o dispositivo informático e o indivíduo que utilizou o referido dispositivo para a execução do crime⁹.

Uma vez identificados o IP, o provedor detentor daquele IP, a conta do usuário contratante do serviço de acesso à internet poderíamos, podemos fazer um juízo positivo de autoria do delito? Vejamos:

A correlação, em um determinado espaço de tempo, entre o dispositivo informático e o sujeito que o manuseia não é tarefa simples e de resultado sempre cartesiano. Como identificar, por exemplo, a autoria de um crime informático cuja conduta foi praticada a partir de um computador de uso público, como no caso de empresas, repúblicas etc.? A identificação do IP não possibilita, necessariamente, a formação de um juízo positivo de autoria do delito. Existem, ainda, outras situações que obstaculizam a correlação entre o dispositivo informático identificado e

9 COLLI, Maciel. Ciber Crimes Limites e perspectivas à investigação Policial de crimes cibernéticos. Juruá, Curitiba, 2010, pág. 91.

o suposto autor do crime, como é o caso dos acessos realizados em redes públicas (redes de aeroportos e shoppings, *v. g.*). Nesses casos, o endereço IP permitirá a identificação da rede Wireless e não do computador utilizado pelo criminoso.

É importante notar, ainda, que existem diversos métodos de mascaramento de identidade virtual. Há a possibilidade de embaralhadores de IP's modificam constantemente a identidade do dispositivo de onde se origina o acesso. É possível, também, o recurso de *sites* de anonimato que (com mecanismo de criptografia por camadas), bem como o uso de provedores em países com Internet totalmente desregulamentada.

Estes problemas estão relacionados ao fato inexorável de que a identidade no ciberespaço será sempre de um computador, jamais de uma pessoa. Portanto, é preciso parcimônia e discernimento para não se cometer injustiças quando da concessão de medidas cautelares ou de decisões condenatórias fundamentadas apenas numa falsa correlação entre identidade do dispositivo informático e autoria do delito, devendo o princípio da presunção de inocência exercer sua função moderadora do poder punitivo estatal.

Spencer Toth Sydow¹⁰ adverte que é bastante frágil a demonstração de autoria a partir de um único dado (número do IP). Aliás, o referido autor aponta que os crimes informáticos possuem uma característica peculiar que ele denomina *imprecisão de autoria*, a qual poder ser atribuída a:

- a. Defeito na composição de identidade: ocorre quando os dados relativos ao IP são falsos ou quando diversos usuários fazem uso de um mesmo dispositivo (locais públicos, por exemplo).
- b. Manipulação da autoria: é o caso de dispositivos manipulados ou infectados por terceiros para executarem comandos à revelia do usuário/proprietário.

Spencer Toth enumera, ainda, um rol exemplificativo de quesitos a serem observados pelas autoridades públicas, antes da expedição de qualquer medida restritiva nos processos envolvendo crimes informáticos¹¹. Vejamos:

- a. O dispositivo informático detentor do IP ao qual se atribui a conduta investigada seria utilizado por mais de uma pessoa?

10 SYDOW, Spencer Toth. Curso de direito penal informático. Partes geral e especial. JusPODVUM. 2021. Pág. 109/110.

11 Idem 9.

- b. O dispositivo informático detentor do IP ao qual se atribui a conduta investigada poderia ter sido infectado de modo a possibilitar acesso remoto ou automatização de comandos?
- c. O dispositivo informático detentor do IP ao qual se atribui a conduta investigada estaria protegido por senha segura?
- d. Haveria algum indício de controle remoto ao dispositivo informático detentor do IP ao qual se atribui a conduta investigada?
- e. O dispositivo informático detentor do IP ao qual se atribui a conduta investigada teria sido utilizada como *bot* ou zumbi da conduta?

5 Conclusão

As investigações policiais e processos criminais sobre crimes informáticos devem observar as balizas impostas pelo princípio da presunção de inocência quando da utilização de medidas cautelares restritivas de direitos voltadas a um sujeito aparentemente suspeito. Ausência de indícios aparentes de autoria, como relatado anteriormente, enseja uma ação investigativa voltada meramente a sua função simbólica, desenrolada de outras funções, igualmente relevantes, como o resguardo a acusações infundadas.

O que deve ficar claro é que qualquer identificação ou rastreamento que possa ser feito na internet ou em qualquer outra rede de computadores, será de números, como endereços de IP, jamais de sujeitos.

A pós-modernidade trouxe consigo mudanças profundas nas estruturas sociais. Emergiu a nova criminalidade e, com ela, a *sociedade de risco* alicerçada no Direito Penal do inimigo que rompe com princípios fundamentais da democracia e admite a inversão da lógica instrumental garantista em nome da eficácia da prevenção.

A dificuldade para se apontar a autoria de um delito informático é inquestionável. É completamente falso o dito popular de que *não há impunidade na rede e que o autor do delito informático sempre será encontrado*. Esta narrativa é falaciosa e revela apenas um esforço de política criminal de prevenção geral.

Muitos indiciamentos, concessões de medidas cautelares e condenações são fundamentados em meras conjecturas e presunções de autoria, sobretudo porque a matéria não se limita ao Direito, envolvendo

frequentemente vastos conhecimentos técnicos informáticos. Esta característica peculiar do processo sobre crimes informáticos cria barreiras quase intransponíveis para os operadores do Direito, como delegados, promotores, juízes e advogados.

Com efeito, os crimes informáticos revolucionaram não apenas o *modus operandi* dos delinquentes, mas também a lógica da persecução penal que passou a mitigar direitos e garantias individuais, em prol da eficácia do poder punitivo estatal.

A incapacidade do Estado em combater os crimes informáticos está resultando no exercício do poder punitivo estatal fundamentado em meras presunções infundadas, suspeitas não confirmadas e indícios incertos que autorizam diligências investigativas extremamente invasivas e que desconhecem os limites impostos pelos direitos fundamentais, dentre eles, o princípio da presunção de inocência.

O desconhecimento técnico dos operadores do Direito também contribui para que medidas cautelares se tornem ferramentas comuns da investigação dos crimes informáticos que, lastreada apenas em hipóteses, avança sobre os direitos fundamentais de pessoas consideradas suspeitas com o escopo de prevenir potenciais riscos a sociedade.

Na apuração dos crimes informáticos, a presunção de inocência deve se impor como norma abrangente de repercussão em todo processo penal, face às fragilidades das técnicas de apuração que não permitem, com segurança, apontar, sequer, indícios suficientes de autoria. Em se tratando de crimes informáticos, Spencer Toth¹² propõe um novo axioma denominado *princípio da dupla presunção de inocência*. Segundo o referido autor, a opção pelo termo “dupla presunção” seria:

para expor uma nova ótica para se identificar e interpretar os delitos dessa espécie de modo a salientar ainda mais os cuidados dobrados necessários para que uma acusação prospere e seja recebida pelo Poder Judiciário. Poderia, outrossim, ser um desdobramento informático do princípio da presunção de inocência constitucional e da Declaração Interamericana de Direitos Humanos.

A atuação do Estado no processo e julgamento dos crimes informáticos não pode se circunscrever à descoberta do endereço IP, uma vez que já desmistificamos a falácia de que o endereço de IP é o DNA do cibercriminoso.

12 SYDOW, Spencer Toth. Curso de direito penal informático. Partes geral e especial. JusPODVUM. 2021. Pág. 102.

Não é possível apontar com segurança a autoria do crime informático limitando-se apenas a se estabelecer uma frágil correlação entre o endereço IP e o suposto usuário do dispositivo informático utilizado como instrumento do crime. Afinal, nem sempre o usuário de determinado IP será o responsável pela prática do delito. Vale lembrar que o usuário de IP pode ser usado como zumbi (instrumento ou ferramental) ou o seu computador pode ser aproveitado como meio para a prática delituosa.

Por isso é preciso muita cautela nas investigações, acusações e processos em delitos informáticos, já que esses crimes permitem uma considerável gama de alternativas de modo de execução.

As limitações quanto à precisão do usuário que efetivamente manipula o dispositivo informático na execução do delito são evidentes e o princípio da presunção de inocência deve prevalecer para impedir que tais limitações sejam desconsideradas quando da concessão de medidas restritivas e/ou condenações contra supostos autores.

Referências

COLLI, Maciel. **Cibercrimes Limites e perspectivas à investigação Policial de crimes cibernéticos**. Juruá, Curitiba, 2010.

GÓRRIZ ROYO, Elena Ma. *Constitución, Derechos Fundamentales Y Sistema Penal. Tomo I*. Valencia: Tirant lo Blach, 2009.

JESUS, Damásio Evangelista; MILAGRE, José Antônio Milagre. **Manual de crimes informáticos**. Saraiva, São Paulo, 2016.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. Direitos Fundamentais**. Coimbra. Coimbra. 2008.

SARMENTO, George. **A presunção de inocência no sistema constitucional brasileiro. In: Direitos fundamentais na Constituição de 1988: estudos comemorativos aos vinte anos**. Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar (org.). Porto Alegre: Núria Fabris, 2008.

SYDOW, Spencer Toth. **Curso de direito penal informático**. Partes geral e especial. JusPODVUM. 2021.

POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE DUPLA RESIDÊNCIA NA GUARDA COMPARTILHADA

Sara Rutte Anacleto Lima¹

1 Introdução

A Constituição Cidadã de 1988 estabeleceu que a família é a base da sociedade e, por isso, delegou-lhe especial proteção do Estado (art. 226, *caput*, CRFB/88) e, ainda, elevou, em nível constitucional, o dever mútuo, da família, sociedade e do Estado, de assegurarem à criança, ao adolescente e ao jovem, diversos direitos fundamentais, em especial, a convivência familiar (art. 227, *caput*, CRFV/88).

Em continuidade, com o advento do Código Civil de 2002, numa tentativa de despatrimonializar as relações familiares, além de romper a hierarquia existente dentro das relações familiares, foram estabelecidos deveres de ambos os cônjuges, a exemplo do próprio sustento, guarda e educação do filhos (art. 1.566, IV, do CC/2002).

No entanto, apesar da clareza da previsão constitucional e do Código Civil quanto aos deveres da família, em especial (mas não mais importante), à convivência familiar e guarda, na prática, o que se observa é que a convivência ocorre, na maioria dos casos e do tempo, com a mãe, com quem, ainda, majoritariamente, resta estabelecida a guarda fática dos filhos.

Entretanto, com base na busca pela paternidade responsável, faz-se necessária uma atual e urgente releitura dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais acerca da guarda compartilhada, a fim de que, na prática, os pais e mães exerçam de forma minimamente equilibrada e efetiva o direito-dever de convivência e guarda de seus filhos.

Nesse aspecto, busca-se nesse artigo uma análise literal, histórica, doutrinária e jurisprudencial acerca da guarda compartilhada, com foco na plena e ampla possibilidade de fixação de dupla residência.

1 Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva e pós-Graduada em Direito Civil e Processo Civil pelo Centro Universitário Newton Paiva. Advogada de Direito das Famílias, Sucessões, Civil e Empresarial.

2 Desenvolvimento

2.1 A guarda compartilhada no Brasil

O Código Civil de 1916, comumente caracterizado como patrimonialista, hierarquizado e patriarcal, estabelecia no art. 326, *caput* e §§1º e 2º que, havendo o desquite judicial, os filhos menores ficariam com o cônjuge inocente e, se ambos fossem culpados, a mãe teria o direito de conservar em sua companhia as filhas, enquanto menores, e os filhos até a idade de seis anos.

Em 26 de dezembro de 1977, foi promulgada a Lei 6.515, que regulava os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento. Em sentido praticamente idêntico, o art. 10, §1º, estabelecia que, na separação judicial, os filhos menores ficariam com o cônjuge que não havia dado causa à separação, sendo que, se ambos fossem responsáveis, os filhos menores ficariam em poder da mãe, exceto em caso de prejuízo de ordem moral aos filhos.

Destarte, o sistema supracitado, ainda deveras arcaico e ultrapassado, expressamente estabeleceu a injusta e desigual responsabilidade da mulher pelo cuidado dos filhos – cultura que, ainda hoje, é extremamente difícil de se superar. De toda forma, a legislação nada tratou especificamente sobre a guarda compartilhada dos filhos, de modo que apenas perpetuou a visão de que a mulher teria dever de cuidado com os filhos.

Para Maria de Melo², a Constituição de 1988 rompeu com este paradigma de desigualdade, ao estabelecer em seu art. 5º, I, a igualdade de gênero entre homens e mulheres, além de ter estabelecido no art. 226, §5, que os direitos e deveres conjugais seriam exercidos igualmente (2008).

Uma vez estabelecida a igualdade familiar, de acordo com Jaqueline Cherulli³, a guarda compartilhada começou a ser praticada no Brasil em 2002, tendo sido legalmente instituída através da Lei 11.698/2008, que trouxe alteração aos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil (2015).

2 Mestra em Direito Público e Evolução Social, pela Universidade Estácio de Sá – RJ. Coordenadora da Coordenadoria Especial de Políticas Públicas para Mulheres do município de Campina Grande - PB, membro do IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família e representa a Comissão dos Direitos da Família da OAB - PB. Membro da Associação Brasileira das Mulheres de Carreira Jurídica - ABMCJCG. Disponível em: <https://www.escavador.com/sobre/2536192/maria-marli-castelo-branco-de-melo>

3 Professora, Juíza, Doutoranda, Mestre em Filosofia. Disponível em <https://www.instagram.com/jaquelinecherulli>

No mesmo sentido, Maria Marli Castelo Branco de Melo, discorre quanto à criação da Lei 11.698/2008, que se fez necessária ante à necessidade de se entabular que o término do casamento não representava, por si e sem si, o fim da relação paterno-filial, vínculo que deveria, sempre, ser compartilhado entre pais e filhos (2008).

Importante salientar que, em que pese a Lei 11.698 só tenha sido promulgada em 13 de junho 2008, o Projeto de Lei 6350/2002, foi apresentado em 20 de março de 2002, pelo então Deputado Tilden Santiago, logo após a promulgação do Código Civil, tendo em vista a total ausência de regras essenciais acerca da guarda dos filhos menores.

De acordo com a justificativa apresentada pelo Deputado Tilden Santiago, quanto à necessidade de que houvesse previsão normativa acerca da guarda compartilhada dos filhos em caso de separação dos pais, a guarda compartilhada representaria “um chamamento aos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente esta responsabilidade”, bem como “reforça a necessidade de garantir o melhor interesse da criança e a igualdade entre homens e mulheres na responsabilização dos filhos” (2002, p. 2).

No modelo proposto, então, fica claro que o legislador era contrário ao desequilíbrio dos direitos-deveres parentais e da cultura que estabelece à “nítida preferência reconhecida à mãe para a guarda, que já vinha sendo criticada como abusiva e contrária à igualdade” (2002, p. 4).

Quanto à guarda fática, há clara menção do legislador quanto ao fato de que, em tese, um dos pais poderia deter a guarda material ou física dos filhos:

Na guarda compartilhada, um dos pais pode deter a guarda material ou física do filho, ressaltando sempre o fato de dividirem os direitos e deveres emergentes do poder familiar. O pai ou a mãe que não tem a guarda física não se limita a supervisionar a educação dos filhos, mas sim participará efetivamente dela como detentor de poder e autoridade para decidir diretamente na educação, religião, cuidados com a saúde, lazer, estudos, enfim, na vida do filho. (Justificação do PL 6350/2002, p. 3-4).

No entanto, não se pode perder de vistas que a guarda fática com um dos pais era apenas uma possibilidade, mas não a regra e, claramente, não era a intenção final do legislador, que exaustivamente tratou sobre o dever de ambos os pais na criação dos filhos na guarda compartilhada, bem como a necessidade de igualdade entre homens e mulheres acerca deste ponto.

Assim, sancionada a Lei 11.698/2008, os artigos 1.583 e 1.584 do

Código Civil passaram a dispor sobre a guarda unilateral e compartilhada, sendo que a guarda unilateral seria compreendida por aquela atribuída a um só dos genitores e, na compartilhada, haveria a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto. Além disso, o art. 1.584, §2º, do CC, expressamente estabeleceu a guarda compartilhada como regra no ordenamento jurídico brasileiro.

Sobre a guarda fática dos filhos, conforme o §3º do supracitado artigo, o juízo poderia basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, para estabelecer as atribuições do pai e da mãe, bem como os períodos de convivência sob a guarda compartilhada.

Em que pese a boa intenção do legislador, de acordo com Jaqueline Cherulli, as estatísticas apontavam para a necessidade de alteração na legislação, já que a convivência da família parental havia piorado extremamente (2015).

Destarte, em 12 de abril de 2011, o Deputado Arnaldo Faria de Sá, apresentou o PL 1009/2011, a fim de alterar o art. 1584, § 2º, e o art. 1585 do Código Civil Brasileiro, visando maior clareza sobre a real intenção do legislador quando da criação da Guarda Compartilhada.

Nas justificações do PL, o Deputado salientou que muitas pessoas, “inclusive magistrados, parecem não ter compreendido a real intenção do legislador” quando da elaboração da Lei 11.698/2008, pois muitos deixavam de aplicar a guarda compartilhada quando inexistisse um “bom relacionamento” entre os pais da criança, o que fomentava ainda mais o litígio entre o ex-casal.

Ato contínuo, em 22 de dezembro de 2014 foi promulgada a Lei 13.058, conhecida como “Lei da Igualdade Parental”, que alterou os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil, para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação.

Dessa maneira, dentre outras disposições relevantes, restou estabelecido, no art. 1.583, §§2º e 3º do CC, que na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, independente de acordo entre eles, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos, sendo considerada a base de moradia dos filhos a cidade que melhor atender aos seus interesses.

Em que pese a clareza das intenções do legislador e da própria

legislação, outra vez mais, conforme os dizeres de Fernando Salzer e Silva⁴, alguns operadores do direito passaram a buscar “a fixação de residência base ou lar de referência”, o que acabou por desvirtuar a determinação legal, deixando de se amoldar ao real “espírito de compartilhamento da guarda, que busca o equilíbrio de direitos e deveres entre os genitores.” (2020)

Nesse sentido, Fabiano Rabaneda dos Santos⁵, concorda que “É muito comum as sentenças tratarem do tema de forma a atribuir o lar referencial na residência de apenas um dos genitores, que por diversos fatores, tem se preponderado ser o da mãe.” (2023)

Portanto, evidenciado todo o contexto histórico anterior à criação da guarda compartilhada no Brasil, bem como o próprio espírito da lei e intenção do legislador, passa-se à necessária diferenciação entre os institutos “guarda alternada” e “guarda compartilhada”, a fim de que seja possível a análise sobre a criação do termo “lar referencial” e o equívoco interpretativo da Lei 13.085/14 que, na maioria das ocasiões, impede de forma ilegal e arbitrária, a fixação de dupla residência para os filhos.

2.2 Guarda Alternada x Guarda Compartilhada

Considerando a possibilidade de interpretação de que a fixação da guarda compartilhada com dupla residência acabaria por ensejar uma guarda alternada, faz-se necessária uma breve diferenciação conceitual entre os institutos.

Mário Delgado⁶, explica que “guarda alternada” e “residência alternada” são hipóteses completamente distintas, apesar do fato de que a “guarda alternada” sempre pressupõem a alternância de residências (2019).

Apesar de não restar positivada no ordenamento jurídico brasileiro, Delgado explica que na guarda alternada “tem-se sucessivas guardas unilaterais ou exclusivas”. Para ele, a guarda alternada não atende ao melhor interesse da criança, uma vez que deixa a criança confusa. Neste ponto, havia extrema diferença em relação à guarda compartilhada com

4 Advogado familiarista e procurador do Estado de Minas Gerais.

5 Advogado, especialista em Direito Eletrônico e Tecnologia da Informação e em Direito de Família e Sucessões.

6 Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP) e Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Presidente da Comissão de Assuntos Legislativos do Instituto Brasileiro de Direito de Família-IBDFAM. Disponível em: <https://marioluizdelgado.com/>.

duas residências, na qual permaneceria o “compartilhamento efetivo da autoridade parental”, inculcando na criança ou adolescente o sentimento de pertencimento a dois lares (2019).

Para o Doutor, constitui grave equívoco, existente, inclusive, em decisões judiciais, confundir a guarda compartilhada com dupla residência com a guarda alternada, principalmente porque nesta última hipótese, as residências não são alternadas, mas sim simultâneas, concomitantes, “de modo que os filhos sintam que possuem duas casas, dois lares, pouco importando em qual quarto eles estejam dormindo naquela noite.” (2019).

Portanto, enquanto a guarda alternada pressupõe uma guarda unilateral no período em que um dos genitores está com o filho, a guarda compartilhada com dupla residência perpetua a ideia de pertencimento do filho aos lares dos pais, sem rompimento periódico.

2.3 O mito do “lar referencial” e a plena possibilidade de fixação da guarda compartilhada com dupla residência

Nos dizeres de Fabiano Rabaneda dos Santos, há uma crença, originária do patriarcado, de que o lar materno deve ser o lar de referência para os filhos, perpetuando uma ideia cultural de que as mulheres deveriam ser as únicas responsáveis pela criação dos filhos (2023):

A cultura do patriarcado defende a necessidade de se determinar o lar materno como o de referência para os filhos, perpetuando a ideia de que as mulheres devem ser as únicas responsáveis pela criação da prole. Tal crença tem sido historicamente prejudiciais para as mulheres, já que tem por objetivo limitar seus direitos e oportunidades numa visão tradicional que reforça a ideia de que o seu lar e seu dever deve ser um espaço específico para educação e cuidados com os filhos. (SANTOS, 2023).

Igualmente, Maria Berenice Dias⁷ aduz que “a fixação da base de moradia materna, ainda é a regra”, o que acaba por empoderar a mãe em detrimento do pai:

Cabe lembrar ainda se vive o influxo da sacralização da maternidade, se fala em instinto maternal, se declama que mãe desdobra fibra por fibra o coração, padece no paraíso. Deste modo, a fixação da base de moradia materna, ainda é a regra. Tal, no entanto, deixa o pai absolutamente à mercê da vontade da mãe. Para usar expressão em voga, empodera ela

⁷ Jurista, advogada e ex-magistrada brasileira, desembargadora aposentada do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. É fundadora do Instituto Brasileiro de Direito de Família e autora de diversas obras sobre direito de família.

em detrimento do pai, que somente tem acesso ao filho quando a mãe deixa. (DIAS, 2018).

Para o Santos, em nenhum momento o art. 1.634 do CC estabeleceu a necessidade de existência de um lar específico como referencial para a criança, de modo que a fixação do lar na residência de apenas um dos pais, sem dúvidas, contribui para práticas nocivas e hostilizam as relações familiares. Segundo Fabiano, o equívoco em interpretar a lei dessa forma, cria na criança e no adolescente a ideia de que um dos lares é menos importante que o outro, além de deixar de assegurar a corresponsabilidade parental (2023).

No mesmo sentido, veja-se o posicionamento adotado por Maria Berenice Dias (2018):

Deste modo, se a guarda é compartilhada e o filho deve conviver com ambos os genitores mediante divisão equilibrada do tempo, descabido estabelecer a residência de um dos pais como “base de moradia” do filho. A norma legal é de absoluto não senso (CC, art. 1.583, § 3º): Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos.

Quanto às decisões judiciais que apontam a necessidade de fixação do “lar referência”, Fabiano tece a seguinte crítica:

Muitas das decisões proferidas sobre o assunto têm por fundamento que “o lar de referência do menor, na guarda compartilhada, é o local onde ele desenvolve sua referência espacial, onde se relaciona com vizinhos, amigos, escola”(PORTELA, 2020), como se a criança não desenvolvesse tais relações quando convivendo no seu outro domicílio. (SANTOS, 2023).

No mesmo sentido, Mário Luiz Delgado também critica as decisões judiciais que impedem a fixação de dupla residência, sempre com base num suposto prejuízo que nunca foi comprovado:

Costuma-se repetir, sem qualquer embasamento empírico, que esse regime é prejudicial ao desenvolvimento da criança. Trata-se de um estereótipo bastante sedimentado entre nós e que faz com que pouquíssimas residências simultâneas sejam fixadas pelo Judiciário brasileiro. E pior do que isso, o que assume exponencial gravidade, é a existência de decisões judiciais que se negam a homologar acordos consensuais em que os pais acordaram a divisão de residências. Outrossim, não são poucos os representantes do Ministério Público que interferem de forma contrária à homologação desses acordos, com base em um clichê, repito, jamais comprovado. No Brasil não existem pesquisas sobre os efeitos nas crianças, da fixação de duas residências, mesmo porque são raríssimas as decisões de

fixação de residências alternadas ou simultâneas. Entretanto, nos diversos países em que realizados esses estudos, os resultados têm se mostrado fortemente favoráveis ao modelo de residências simultâneas.

Da mesma forma, Maria Berenice Dias sustenta que a legislação não impôs a fixação da residência do filho a um lugar específico, também não estabeleceu que a moradia precisaria, necessariamente, ser atribuída a somente um dos pais (2018). Assim, a civilista aduz que:

Ora, se o período de convivência é dividido equilibradamente entre os pais, nada, absolutamente nada justifica eleger-se uma “base de moradia”, expressão que nem sequer dispõe de precisão conceitual. Também não define a residência e nem estabelece o domicílio do filho. CC, art. 76: O domicílio do incapaz é o do seu representante ou assistente.

Traz a lei o conceito de domicílio. CC, art. 70: O domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo. (DIAS, 2018).

Corroborando o entendimento supracitado, Fernando Salzer reafirma que na guarda compartilhada as crianças e os adolescentes terão, sempre, a dupla residência:

Na guarda compartilhada, a integralidade do poder familiar é partilhada conjuntamente por todos os genitores, notadamente no que tange à representação e assistência dos filhos, o que atrai a regra contida no art. 76, parágrafo único, do Código Civil, que afirma que o domicílio necessário do incapaz é o dos seus representantes legais.

Desta forma, na guarda compartilhada, as crianças ou adolescentes terão sempre dupla residência, considerando ser seus domicílios qualquer uma delas[13], ainda que localizadas em cidades distintas. (SILVA, 2020).

Ainda, de acordo com Salzer, o estabelecimento da residência dupla contribui com a sensação de acolhimento e pertencimento dos filhos, pois afasta a “ideia de exclusão acarretada pela dicotomia casa do meu pai, casa da minha mãe” (2020).

Logo, resta claro que não há argumentação legal para que os juízes brasileiros continuem, de maneira infundada, a estabelecer um suposto “lar referencial” que, na prática, não beneficia a criança ou o adolescente, mas sim inúmeros pais que não querem exercer a paternidade (ou mesmo a maternidade, ainda que em número menor) de forma responsável e ativa.

O exercício dos poderes-deveres familiares apenas de 15 em 15 dias, aos finais de semana, deve ser, urgentemente, extinto do âmbito do Judiciário brasileiro. É uma verdadeira bizarrice jurídica, que parece se

encaixar perfeitamente nos valores do Código Civil de 1916, mas nunca no Código Civil de 2002, principalmente sob a égide da Constituição de 1988.

2.4 Decisões judiciais sobre o tema

Superado o fato de que, sim, há indícios de que a criação do “lar referencial” não encontra guarida no Código Civil, tratando-se de um equívoco de interpretação, é importante passar-se a uma análise das decisões judiciais acerca da possibilidade de fixação de dupla residência na guarda compartilhada.

Para se ter noção, em 31 de agosto de 2011 – ou seja, antes mesmo da Lei 13.085/14 – no julgamento do Recurso Especial n.º 1.251.000 – MG, a Ministra Nancy Andrighi, relatora, já defendia que a custódia física conjunta dos filhos seria um ideal a ser buscado, sempre que possível, por representar uma quebra na monoparentalidade na criação dos filhos:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE. [...]. 2. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais. 3. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial. [...] 7. A custódia física conjunta é o ideal a ser buscado na fixação da guarda compartilhada, porque sua implementação quebra a monoparentalidade na criação dos filhos, fato corriqueiro na guarda unilateral, que é substituída pela implementação de condições propícias à continuidade da existência de fontes bifrontais de exercício do Poder Familiar. 8. A fixação de um lapso temporal qualquer, em que a custódia física ficará com um dos pais, permite que a mesma rotina do filho seja vivenciada à luz do contato materno e paterno, além de habilitar a criança a ter uma visão tridimensional da realidade, apurada a partir da síntese dessas isoladas experiências interativas. 9. O estabelecimento da custódia física conjunta, sujeita-se, contudo, à possibilidade prática de sua implementação, devendo ser observada as peculiaridades fáticas que envolvem pais e filho, como a localização das residências, capacidade financeira das partes, disponibilidade de tempo e rotinas do menor, além de outras circunstâncias que devem

ser observadas. 10. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão. 11. Recurso especial não provido. (STJ, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 23/08/2011, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 31/08/2011)

No mesmo sentido, veja-se que já existem decisões nos Tribunais Pátrios, a exemplo do Tribunal mineiro e paulista, acerca da possibilidade de custódia conjunta dos filhos:

EMENTA: DIREITO DE FAMÍLIA - APELAÇÃO CÍVEL - GUARDA - PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DA IGUALDADE ENTRE OS GENITORES - GUARDA COMPARTILHADA - CUSTÓDIA CONJUNTA - FIXAÇÃO DE RESIDÊNCIA - DIREITO DE CONVIVÊNCIA DO PAI - GARANTIA. - O instituto da guarda foi criado com o objetivo de proteger o menor, salvaguardando seus interesses em relação aos pais que disputam o direito de acompanhar de forma mais efetiva e próxima seu desenvolvimento, ou mesmo no caso de não haver interessados em desempenhar esse munus - Com a nova tendência de constitucionalização do direito de família, da criança e do adolescente, a questão da guarda deve ser analisada atualmente com base nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, igualdade entre homens e mulheres e supremacia do melhor interesse do menor - Na guarda compartilhada, pai e mãe participam efetivamente da educação e formação de seus filhos - Considerando que no caso em apreço ambos os genitores são aptos ao exercício da guarda, e que a divisão de decisões e tarefas entre eles possibilitará um melhor aporte de estrutura para a criação do infante, impõe-se como melhor solução não o deferimento de guarda unilateral, mas da guarda compartilhada - Para sua efetiva expressão, a guarda compartilhada exige a custódia conjunta, que se configura como situação ideal para quebrar a monoparentalidade na criação dos filhos. (TJ-MG - AC: 10309160000092001 Inhapim, Relator: Dárcio Lopardi Mendes, Data de Julgamento: 08/07/2021, Câmaras Cíveis / 4ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 09/07/2021)

REGULAMENTAÇÃO DE GUARDA. Decisão que deixou de homologar acordo realizado entre as partes. Desacerto. Recorrentes que propuseram regime de guarda compartilhada com dupla residência da criança, com intuito de consolidar situação de fato. Guarda compartilhada com dupla residência não se confunde com guarda alternada. Participação conjunta dos pais de todos os atos relevantes à vida do filho comum, com divisão de tempo e estabelecimento da residência dupla da criança, sem qualquer óbice legal, segundo se depreende da leitura do artigo 1.583, § 2º do Código Civil. Pais moram na mesma cidade e apresentam excelente relacionamento. Inexistência de razão para o Estado juiz interferir no acordo e impor aos pais regime de guarda que não desejam e não atende aos interesses do filho. Melhor

interesse do menor preservado. Homologação do acordo na origem. Recurso provido. (TJ-SP - AI: 20878182420218260000 SP 2087818-24.2021.8.26.0000, Relator: Francisco Loureiro, Data de Julgamento: 19/07/2021, 1ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 19/07/2021)

Principalmente no caso do recurso de apelação julgado pelo Tribunal de São Paulo, que havia acordo e ótima convivência entre os pais com o filho e, por isso, a 1ª Câmara de Direito Privado estabeleceu que não poderia o Estado-Juiz, principalmente numa situação tão pacífica quanto aquela, “interferir no acordo e impor aos pais regime de guarda que não desejam e não atende aos interesses do filho”.

É extremamente desarrazoado pensar que, principalmente nos casos em que os pais efetivamente desejam a guarda compartilhada com fixação de dupla residência, em evidente benefício aos filhos, o Estado-Juiz interfira, sem qualquer comprovação de prejuízo, negando o pedido. Essa negativa sobre o possível prejuízo à criança ou adolescente, desprovida de comprovação técnica-científica quanto ao eventual prejuízo, é que, sim, na prática, enseja prejuízo, pois impede a bipartição fática de responsabilidade entre os componentes da família, mantendo um padrão de hierarquização familiar e exaustão materna, que em nada privilegia o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Como amplamente exposto, a convivência familiar e a guarda da criança e do adolescente é um direito fundamental, estabelecido constitucionalmente, que não deve ser negado injustificadamente pelo Judiciário brasileiro – como se observa, infelizmente, que tem sido feito.

Em que pese terem sido apresentados três julgados sobre a possibilidade de fixação de dupla residência, há outras importantes decisões nos Tribunais Pátrios⁸, que valem a pena a pesquisa pelo próprio leitor e que demonstram que, atualmente, ainda que de forma tímida, há uma tendência à uma nova releitura do instituto da guarda compartilhada, para que na prática ela corresponda, efetivamente, à primária vontade do legislador (compartilhamento igualitário e equilibrado de responsabilidade entre pais e mães) e, principalmente, à vontade dos pais que a cada dia e, com base em políticas públicas, têm tomado consciência acerca de seus papéis na vida dos filhos.

8 TJ-DF 07090637520198070000 - Segredo de Justiça 0709063-75.2019.8.07.0000, Relator: ALFEU MACHADO, Data de Julgamento: 24/07/2019, 6ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 01/08/2019

3 Considerações finais

A evolução jurídica e doutrinária acerca da guarda compartilhada no Brasil reflete um esforço contínuo para equilibrar responsabilidades parentais e assegurar o bem-estar das crianças. A fixação de dupla residência emerge como uma solução inovadora e justa, rompendo com paradigmas arcaicos e promovendo a corresponsabilidade efetiva entre pais e mães.

A interpretação da legislação deve ser feita com vistas a atender ao melhor interesse da criança, garantindo que ambas as figuras parentais possam exercer plenamente seus direitos e deveres. A dupla residência não apenas permite uma convivência mais equilibrada, mas também fortalece os vínculos afetivos e oferece às crianças a oportunidade de se sentir pertencentes a dois lares, ambos igualmente importantes e acolhedores.

É imperativo que o Judiciário brasileiro avance em direção a uma aplicação mais ampla e fiel do espírito das leis de guarda compartilhada. A persistência de conceitos como o «lar referencial» perpetua desigualdades e limita o desenvolvimento harmonioso das crianças, subjugando-as a uma realidade que não reflete a modernidade das relações familiares contemporâneas.

Portanto, a transição para um modelo de dupla residência deve ser vista como uma jornada justa e transformadora, na qual a sociedade reconhece e valoriza o papel essencial de ambos os genitores na criação dos filhos. Somente assim poderemos construir uma base sólida para um futuro em que o equilíbrio e a igualdade nas relações familiares não sejam apenas objetivos, mas realidades tangíveis.

Referências

BRASIL. Código Civil de 1916. **Lei n.º 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 18 de maio de 2024.

BRASIL. Código Civil de 2002. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 18 de maio de 2024.

BRASIL. Constituição de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 18 de maio de 2024.

BRASIL. **Lei n.º 6.515, de 26 de dezembro de 1977.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11698.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2011.698%2C%20DE%2013%20DE%20JUNHO%20DE%202008.&text=Altera%20os%20arts.,e%20disciplinar%20a%20guarda%20compartilhada. Acesso em: 04 de maio de 2024.

BRASIL. **Lei n.º 11.698, de 13 de junho de 2008.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11698.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2011.698%2C%20DE%2013%20DE%20JUNHO%20DE%202008.&text=Altera%20os%20arts.,e%20disciplinar%20a%20guarda%20compartilhada. Acesso em: 04 de maio de 2024.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL 6350/2002.**

Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=46748>. Acesso em: 18 de maio de 2024.

IBDFAM. **Guarda Alternada ou Guarda Compartilhada com duas residências?.** In: DELGADO, Mário Luiz. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1313hada+com+duas+resid%C3%AAncias%3F>. Acesso em: 18 de maio de 2024.

IBDFAM. **Guarda Compartilhada: Novo Padrão Contemporâneo do Direito de Família.** In: DE MELO, Maria Marli Castelo Branco. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/453/IBDFAM+ACAD%C3%84MICO+-+Guarda+Compartilhada%3A+Novo+Padr%C3%A3o+Contempor%C3%A2neo+do+Direito+de+Fam%C3%ADlia>. Acesso em: 18 de maio de 2024

IBDFAM. **Guarda compartilhada, a regra legal do duplo domicílio dos filhos.** In: SILVA, Fernando Salver e. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/1524gal+do+duplo+domic%C3%ADlio+dos+filhos>. Acesso em: 18 de maio de 2024.

IBDFAM. **A lei de guarda compartilhada obrigatória (lei 13.058/2014) e os efeitos para a formação da criança.** In: VAN DAL, Suely Leite Viana. Disponível em: <https://ibdfam.org.br+para+a+forma%C3%A7%C3%A3o+da+crian%C3%A7a>. Acesso em: 18 de maio de 2024.

IBDFAM. **Lei 13.058-2014: Conheça as principais características da norma que regulamentou a guarda compartilhada no Brasil.** In: Assessoria de Comunicação do IBDFAM. Disponível em: <https://ibdfam.org.br>

org.br/noticias/6125/Lei+13.058-2014:+Conhe%C3%A7a+as+principais+caracter%C3%ADsticas+da+norma+que+regulamentou+a+guarda+com+partilhada+no+Brasil. Acesso em: 18 de maio de 2024.

IBDFAM. Lar Referencial: um Equívoco Interpretativo da Lei 13.058-14. In: Assessoria de Comunicação do IBDFAM. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/2043voco+Interpretativo+da+Lei+13.058-14>. Acesso em: 18 de maio de 2024.

IBDFAM. STF reconhece direito à licença-maternidade de mãe não gestante em união homoafetiva. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/11647/STF+reconhece+direito+%C3%A0+licen%C3%A7a-maternidade+de+m%C3%A3e+n%C3%A3o+gestante+em+uni%C3%A3o+homoafetiva>. Acesso em: 04 de maio de 2024.

OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS, LACUNAS LEGISLATIVAS E DIREITO DAS FAMÍLIAS: INSTRUMENTOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Carlos Roberto de Oliveira Chagas¹

Débora Moreira Maia Ricaldoni²

1 Introdução

A contemporaneidade, no que se refere ao contexto jurídico, está diante de omissões inconstitucionais e lacunas legislativas que representam significativos desafios para a efetivação de direitos fundamentais, especialmente os concernentes ao Direito das Famílias. Sob esse prisma, o presente artigo visa explorar essa complexa temática analisando instrumentos de controle de constitucionalidade como meio de mitigação das lacunas legislativas em prol da igualdade de direitos.

Abordar-se-á, ao longo do texto, aspectos fundamentais relacionados às omissões inconstitucionais destacando como a ausência da legislação compromete a efetivação de direitos previstos na Constituição Federal. Com efeito, examinar-se-á a dinâmica entre os Poderes Legislativo e Judiciário especialmente quando concernente à atuação deste último na supressão de lacunas normativas por meio de ações especiais para tal, como as ADI's e ADO's.

Com intuito de não apenas compreender os efeitos das omissões inconstitucionais no que tange ao Direito das Famílias mas também de perceber os efeitos resultantes da atuação do Poder Judiciário como agente de promoção de direitos e garantias dos direitos fundamentais objetiva-se,

1 Teólogo pelo Instituto Metodista Izabela Hendrix e graduando em Direito pela Nova Faculdade de Contagem. E-mail: cchagass82@gmail.com

2 Técnica em Administração pelo Sebrae (2003), Bacharel em Direito pela Fundação Universidade em Itaúna (2009), Especialista em Direito Processual Civil, pela Uninter (2010), licenciada em Sociologia pela Uniplena (2023), pós-graduada em Direito Médico pela Cers (2023) e Mestre em Administração pela FEAD-BH (2013), linha de pesquisa: Gestão, Organização e Mudança. Professora de Direito Civil – Nova Faculdade (2014) e Coordenadora do Curso de Direito (2022). E-mail: debymaia@gmail.com

através de uma abordagem teórico-conceitual estudar o assunto através de referenciais jurídicos relevantes fornecendo uma análise crítica, bem como reflexiva, sobre as implicações desse fenômeno.

Residindo na relevância social e jurídica do tema o presente artigo justifica-se ao considerar os impactos diretos das omissões inconstitucionais na vida das famílias, especialmente em grupos minoritários e vulneráveis, destacando a importância da correta compreensão dos mecanismos de controle de constitucionalidade que atuam como ferramentas para a consolidação do Estado Democrático de Direito.

Prima-se aqui, metodologicamente, em um estudo baseado em revisão bibliográfica e de textos e julgados judiciais relevante ao assunto. Com uma abordagem interdisciplinar pretende-se oferecer uma abrangente visão sobre as questões aqui levantadas.

Por fim, o presente trabalho se apoia em referenciais teóricos pertinentes ao campo do Direito Constitucional e do Direito das Famílias contando com obras de autores que atuam com propriedade nas referidas áreas como Marcelo Neves, Jorge Miranda, Juliana Lima, entre outros. Tais referenciais contribuirão para a melhor compreensão do tema aqui proposto ampliando, por conseguinte, a análise crítica proposta neste artigo e fornecendo subsídios para a reflexão almejada.

2 Omissões inconstitucionais e a despromoção do Direito

Sendo as normas constitucionais os pilares do ordenamento jurídico e a representação solene do compromisso do Estado para com seus tutelados, pode-se dizer que, a correta legislação dada aos direitos fundamentais elencados na Constituição Federal de 1988 é a manifestação de amor do Poder Público, parafraseando Rodrigo Pacheco, senador presidente da Mesa do Congresso em comemoração aos 35 anos da Constituição Federal de 1988, em 2023 (AGÊNCIA SENADO, 2023).

Todavia, quando verificada inércia ou inépcia de direitos constitucionais fica evidente que o Poder Público, devido sua omissão inconstitucional, passa a atuar contrariamente ao que proposto está nas normas constitucionais revelando que a mera grafia de princípios e direitos num texto constitucional não garante a efetivação dos mesmos. E, diante desta omissão inconstitucional ter-se-á a falta de legislação, também conhecida como lacuna legislativa.

Sendo assim, havendo omissão do Poder Legislativo em regular

especificamente as normas constitucionais que dizem respeito aos direitos fundamentais da sociedade caberá aos desassistidos efetivarem seus direitos de forma excepcional, no caso, através de controle de constitucionalidade que advém de ações como ação direta de inconstitucionalidade (ADI), ação direta de inconstitucionalidade por omissão, (ADO), arguição declaratória de preceito fundamental (ADPF) e outros, pelos quais o Poder Judiciário, em sua função atípica, passará a legislar na falta de atuação do Poder Legislativo.

2.1 Direito Fundamental das famílias e as lacunas legislativas

Embora os Direitos Fundamentais sejam considerados cláusulas pétreas da Constituição Federal, entende-se que os mesmos não são absolutos importando dizer que, a depender da situação, tais direitos podem ser removidos temporariamente. Ainda que direitos individuais sobressaíam sobre os coletivos (MENDES; BRANCO, 2012, p.213) tornou-se não só pacífico o entendimento de que os direitos fundamentais podem sofrer limitações quando confrontados com outros valores constitucionais, como no âmbito internacional - as declarações de direitos humanos admitem limitações conforme a Convenção de Direitos Civis e Políticos de 1966 “que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral pública ou os direitos e liberdades fundamentais de outros” (ONU,1966).

Após a entrega do poder por parte dos militares em 1985 para que o Poder Constituinte promulgasse tempo depois a chamada Constituição do Povo, em 1988, alguns assuntos, por lógica temporal, ensejariam demandas legislativas que versassem sobre os diversos direitos constitucionais. Algumas dessas necessidades estão arroladas no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, também chamada ADCT. Assim, é mister salientar que, com o tempo, tais demandas seriam tratadas pelo legislativo com intuito de preencher lacunas legislativas nessa transição de constituições. Infelizmente, boa parte não foi legislada e, muito pelo contrário, demandas que deveriam ser tratadas por Leis Complementares são quase que “perenizadas transitoriamente” como foi o art. 40 do ADCT que aumentou o prazo máximo de permanência da Zona Franca de Manaus de 25 para 85 anos. (ROCHA *in* GRAU; GUERRA; FILHO, 2001, p.344-345).

A ausência de legislação específica nos mais variados assuntos é reflexo da inércia e, às vezes, inépcia do Poder Legislativo. Tal inação

por parte deste poder provoca efeitos nocivos à sociedade no que tange a desassistência legislativa que, embora apresente projetos de lei (PL's), nem sempre se esforçam para dar cabo às propostas (LIMA, 2022, p.50-55). Marcelo Neves, professor e jurista do Direito, afirma que tal omissão por parte do Poder Público é reflexo da forte carga simbólica presente na CF e, conseqüentemente, na legislação infraconstitucional (NEVES, 1994, p.83-86; 141-143). Neves define o termo simbólico como sendo:

Da exposição sobre a relação entre texto constitucional e realidade constitucional, pode-se retirar um primeiro elemento caracterizador da constitucionalização simbólica, o seu sentido negativo: o fato de que o texto constitucional não é suficientemente concretizado normativo-juridicamente de forma generalizada (NEVES, 1994, p.83).

Noutras palavras Neves (1994) afirma que tanto a Constituição Federal quanto a legislação infraconstitucional estão carregadas de conteúdo simbólico, conteúdo este que sofre a dualidade político/jurídico ao passo que se um fortalece, o outro se enfraquece e, pelo fato da Constituição Federal ser a norma superior, o fato desta estar impregnada do simbólico, influencia de forma enfraquecedora a auto reprodução do sistema jurídico (NEVES, 1994, p.84-92). Todavia, segundo o autor, esse simbólico não é de todo prejudicial ao desenvolvimento constitucional brasileiro uma vez que serve de proteção contra retrocessos autoritários garantindo a estabilidade democrática. Conclui o autor:

Do ponto de vista sintático, deve-se observar em primeiro lugar que, em situações típicas de constitucionalização simbólica, o texto constitucional como plexo de signos não se encontra envolvido relevantemente no complexo de normas do sistema jurídico, tornando-se primariamente um conjunto de símbolos do discurso político. Ou seja, na medida em que lhe falta normatividade, ele perde sua conexão sintática com o sistema jurídico e passa a integrar sintaticamente o sistema político (NEVES, 1994, p.142).

Neves deduz que por haver uma linguagem carregada do que ele chama de simbólico, tanto a Constituição Federal quanto a legislação infraconstitucional será imprecisa e, por consequência, bloqueará o efetivo raciocínio lógico, matemático e científico das normas (NEVES, 1994, p.22) e sendo a Constituição Federal fruto de uma constitucionalização simbólica esta, pela autopoiese, que diz respeito a auto criação normativa autônoma, gerará uma legislação álibi a qual, pela alopoiese jamais se reproduzirá gerando efeitos apenas no sentido de confirmação da norma suprema que a gerou (NEVES, 1994, p.113ss). Havendo forte carga simbólica a autopoiese promove um crescimento da incapacidade jurídica

que deveria responder ao seu meio ambiente. A politização impede a eficácia da moralidade e impessoalidade constitucional do sistema político. Como efeito tem-se a subordinação aos de cima e a criação de legislação **álibi** para os menos favorecidos (NEVES, 1994, p.140).

Verifica-se aqui que, por haver carga simbólica em demasia no texto constitucional e nas leis infraconstitucionais, a omissão legislativa se torna um efeito inevitável afetando o Poder Legislativo em sua função típica de legislar. Adentrando mais especificamente em um dos Direito Fundamentais, no Direito das Famílias, e este mais em foco, no Direito de Família dos homoafetivos, percebe-se o descaso com os Projetos de Lei (PL) 1.151/95, que tratava de união civil entre pessoas do mesmo sexo, PL 5.252/01, que propunha criação de pacto de solidariedade, PL 2.383/03, que visava a outorga de direitos a companheiros homossexuais a serem incluídos como dependentes em planos de saúde, PL 6.297/05, que objetivava incluir companheiro homossexual como segurado do INSS, PL 2.285/07, que instituiria o Estatuto da Família e PL 4.914/09, que previa a alteração do Código Civil (CC) para incluir a união estável homoafetiva, os quais, unânimes, foram arquivados. De igual forma, a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 66/2003, que propunha alteração na redação do §3 do art. 226 da Constituição Federal, para incluir a possibilidade de união estável homossexual, foi removida pelo próprio proponente.

Sem a legislação pertinente sobre a família homoafetiva e, tendo a realidade desta em prática, coube a programas como Bolsa Família, ao IBGE, dentre outros, a tarefa de definição sobre o que seja família abarcando no conceito a realidade hodierna (LIMA, 2022, p.54-55). Aqui não se destaca apenas questões concernentes a famílias homoafetivas como também das famílias em geral, que corriqueiramente ingressam ações como ADI, ADO e com ADPF's, bem como com Recursos Especiais na esperança de que o Poder Judiciário se manifestasse ante o descaso do Poder Legislativo. E foi com a atuação do Poder Judiciário, após análises dos acórdãos dos REsp 820.475/RJ, REsp 889.852/RS, e das ADPF 132 e ADI 4.277 os precedentes foram abertos ofertando luz à causa das famílias homoafetivas que, infelizmente, não veio das leis e sim de julgados. De igual sorte, assim como os direitos das famílias dos homoafetivos adveio de sentenças judiciais, também o foi o conceito lançado pelo IBGE, que não pôde aguardar um Estatuto que definisse tal instituto, uma vez que demandas surgiam de todas as esferas. Ficou assim definido que família é:

[...] um conjunto de pessoas ligadas por laços de parentesco, dependência doméstica ou normas de convivência, residente na mesma

unidade domiciliar, ou pessoa que mora só em uma unidade domiciliar. Entende-se por dependência doméstica a relação estabelecida entre a pessoa de referência e os empregados domésticos e agregados da família, e por normas de convivência as regras estabelecidas para o convívio de pessoas que moram juntas, sem estarem ligadas por laços de parentesco ou dependência doméstica. Consideram-se como famílias conviventes as constituídas de, no mínimo, duas pessoas cada uma, que residam na mesma unidade domiciliar (domicílio particular ou unidade de habitação em domicílio coletivo) (PNAD 1992, 1993, 1995, 1996) (IBGE, [s.d.]). (IBGE *in* LIMA, 2022, p.55)

Cabe aqui salientar, em detrimento ao convencionado termo “Direito de Família”, que após a promulgação da Constituição Federal a compreensão conceitual sobre o que seja família, outrora ligada à “lei do pai” e a conceitos advindos da religião cristã, sofreu significativas mudanças com a democratização do termo aglutinando a “lealdade” como traço fundamental nas relações familiares (DIAS, 2021, p.44-46). Complementa-se:

Talvez não mais existam razões morais, religiosas, políticas, físicas ou naturais que justifiquem a excessiva e indevida ingerência na vida das pessoas. Uma verdadeira estatização do afeto. O grande problema reside em encontrar, na estrutura formalista do sistema jurídico, o modo de proteger sem sufocar e de regular sem engessar (DIAS, 2021, p.46).

É injusto dizer que a readequação da expressão “Direito de Família” para “Direitos das Famílias” veio sem contexto, já que intervenções estatais no decorrer da história jurídica brasileira contribuíram para melhor definição do termo primando maior efetividade dos direitos sociais (DIAS, 2021, p.51-52). A constitucionalização dos direitos civis na Constituição Federal teve como características não só essa intervenção estatal como também a efetiva participação na realidade da sociedade por parte da Constituição e das leis infraconstitucionais promovendo a mudança de um Estado Liberal para um Estado Social em busca da universalização equânime dos direitos das diversificadas formas de práticas familiares graças à ampliação da compreensão sobre o que seja família e a finalidade existencial das mesmas (DIAS, 2021, p.52).

Nesse ínterim, havendo intenções normativas por parte da Constituição Federal em regular os Direitos das Famílias, o que se percebe no decorrer da ação legislativa nos últimos anos é a promoção de lacunas legislativas que corroboram com a eversão dessa assistência estatal com fins de justiça social, seja por omissão, inépcia, inércia ou pela forte carga simbólica presente. Embora Jorge Miranda defina lacuna como sendo uma situação constitucionalmente relevante e imprevista pelo constituinte,

aludir omissão por parte do legislador é o mesmo que dizer que tal tinha a intenção direta da omissão, algo delicado de se afirmar, importando então, no mínimo, dizer que se houve omissão do legislador esta se deu num breve lapso não objetivando a exclusão da categoria (MIRANDA, *in* MENDES; BRANCO, 2012, p.131-132). Sendo assim, não afastando a possibilidade de omissão, esta intencional ou não, tal omissão por parte do legislador cria o que Mendes chama de “silêncio eloquente”. Sobre essa lacuna Mendes e Branco reiteram:

A lacuna às vezes ocorre porque o constituinte não chegou a atinar com a necessidade de dispor sobre o período de adaptação necessário, no plano da realidade, para que a norma que estatuiu possa produzir efeito (Mendes & BRANCO, 2012, p.131-132).

Conclui-se que, existindo ineficácia por parte do Poder Legislativo, seja por omissão, inépcia, inércia ou por forte carga simbólica nos textos constitucionais e legais, direitos como os da família fiam à mercê de decisões advindas do Poder Judiciário que, motivados por institutos próprios como ADI's, ADO's e ADPF's passam a legislar sobre o tema com fins de resolver casos concretos e, como efeito, criando jurisprudências que atuam como autoridade na forma de se interpretar o assunto.

3 Atuação do Poder Judiciário na promoção do Direito das Famílias

3.1 O Direito das Famílias pelas ADO's

Com a falta de legislação específica que regulem o que diz respeito ao Direito das Famílias, ações diretas de inconstitucionalidade e de inconstitucionalidade por omissão são ingressadas no intuito de resolver um problema em concreto. Um caso que gira em torno dessa realidade foi o da ADO nº20, que relata a omissão do Congresso em regulamentar a licença paternidade prevista no art. 7º, XIX, da CF e pede determinação de prazo para tal regulação. Tal ADO é fruto da não efetivação do PL 666/2007, que tratava apenas de licença paternidade, apensado no PL 3.935/2008 que tratava também de licença maternidade e licença para adoção. Até o momento não existe regulamentação prevista no Ordenamento Jurídico brasileiro tendo a norma provisória do art. 10º, §1º do ADCT como parâmetro insuficiente concedendo 5 dias de licença.

Apesar do questionamento da Presidência da República sobre ilegitimidade, inépcia e improcedência do pedido pelas partes, pela

afirmação de ausência de omissão uma vez que PL's tramitavam nas Câmaras, houve decisão proferida em 14 de dezembro de 2023 considerando parcial procedência dos pedidos e reconhecendo omissão inconstitucional do Congresso Nacional sendo fixado prazo de 18 meses para que o Poder Legislativo edite lei que verse sobre o assunto e, caso isso não ocorra, fica a cargo do Poder Judiciário, a saber, do STF, a fixação da solução normativa para a matéria, algo delicado e polêmico uma vez que envolver a função atípica deste Poder sugerindo atropelo da função típica do Legislativo soando como afronta e desrespeito entre as instituições.

De igual forma, na ADO nº 26, protocolada em 2014, discute-se a omissão por parte do Congresso Nacional sobre a transfobia e homofobia por não editar leis que versem sobre a criminalização destas práticas. Em um dos pedidos havia o de equiparar tais crimes ao crime de racismo, o que foi concedido em decisão proferida pelo STF em 13 de junho de 2019 reconhecendo nesta decisão a mora por parte do Congresso Nacional pela falta de legislação pertinente ao assunto.

Já em 2021, o então Procurador Geral da República, Augusto Aras, ajuizou no STF a ADO nº 62, na qual declara que há omissão por parte do Legislativo em editar lei que disponha sobre hipóteses e condições em que o Poder Público dará assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso. Tal medida se embasa no art. 245 da CF.

Por ser recente, esta ADO ainda passa pelos processos iniciais competentes para tal, tendo de Aras, a esperança da possibilidade de garantias de direitos básicos de dignidade e sobrevivência dos vitimados e familiares de vítimas se porventura tal legislação seja efetivada.

Em consequência da omissão do Poder Legislativo as ADO's supramencionadas provocam o Poder Judiciário a uma resposta e solução dos casos. Como bem aludiu a inicial da ADO nº 62 a própria Corte Americana é firme no sentido de determinar que "nos casos de graves violações de direitos humanos, familiares das vítimas também são considerados como vítimas" (PIOVESAN; FACHIN; MAZZUOLI, 2019, p.117).

Em tempo, há que se destacar que a inexistência de legislação que abrace a causa familiar provoca sérias lesões aos direitos dos tutelados pelo Estado bem como instabilidade nas relações entre os Poderes além de perda de credibilidade pelo Poder Público e a anunciação de uma tragédia silenciosa de desassistência social tornando-se relevante aqui destacar o que

dispõe o art. 2º da Lei 13.300/2016 que concede Mandado de Injunção “sempre que a falta de uma norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. De igual forma as ADO’s surgem de um caótico cenário de omissão do Estado principalmente às classes menos favorecidas como a das famílias homoafetivas (ADO nº 26) e de vítimas que perderam parentes por crimes hediondos, crimes estes que deviam ser evitados pelo próprio Estado (ADO nº 62). Dispõe em mesmo teor e linha Jones Alves:

Não há negar que essa advertência continua válida e permanente, devendo servir de escopo político para uma urgente crítica do Legislativo, autor da Carta Magna, no sentido de dar-lhe inteira eficácia, em proteção da cidadania, ainda não integral em seus direitos, devendo esta ser a pauta congressional mais imediata, a do direito dos vulneráveis e a dos direitos das famílias desprotegidas (Alves, 2021, n.p.).

Ao longo de 36 anos desde a promulgação da Constituição vigente a provisoriedade da ADCT está longe de ser exaurida como é o caso de licenças paternidade, algo por anos arrastado na reclamação registrada na ADO nº 20. O descaso para com as famílias caracterizado pela *inertia deliberandi* dos PL’s que versam na universalidade prática dos direitos das famílias é tangível e prejudicial ao Estado e tutelados, muito embora, bem destacado por Gilmar Mendes (2012, p.209), os direitos fundamentais jamais atingirão a homogeneidade no que tange ao alcance em seu sentido teleológico. De igual forma coaduna Marcelo Neves na sua explicação outrora mencionada sobre o que seja Constituição Simbólica.

3.2 O Direito das Famílias pelas ADI’s

Inicialmente protocolada como ADPF nº 132/RJ, em 2009 a ADI nº 4.277 foi ingressada em busca de reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo como sendo entidade familiar, ensejando reconhecimento dos direitos e deveres dos companheiros em uniões estáveis. A ADPF nº 132 questionava o não reconhecimento da união homoafetiva contrariando preceitos constitucionais como igualdade, liberdade e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Na referida ADI pede-se que o STF declare inconstitucionalidade dos dispositivos discriminatórios do Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro reconhecendo a união estável dos homoafetivos

como entidade familiar e aplicando o regime jurídico da união estável aos interessados. O STF reconheceu, em maio de 2011, a inconstitucionalidade dos dispositivos, a união estável homoafetiva como entidade familiar aplicando o regime jurídico da união estável às relações homoafetivas. Como fundamentação o STF salientou que a CF proíbe quaisquer discriminações em razão de orientações sexuais e que é passível de aceitação como união estável a união homoafetiva com fins de constituir família, conforme padroniza o art. 1.723 do CC embora, na redação, haja o termo “entre o homem e a mulher”.

Tal decisão, além de figurar como um marco na luta pela igualdade dos direitos pela classe LGBTQIA+ no Brasil, também afastou a preferência pela heteroafetividade como sendo a única digna dos efeitos da união estável bem como promoveu a justiça e inclusão de grupos minoritários contribuindo para uma construção de uma sociedade equânime.

Em novembro de 2015 foi protocolada a ADI nº 5.422 que discutia a inconstitucionalidade da incidência do Imposto de Renda (IR) sobre pensões alimentícias. A decisão sobre os pedidos veio do Plenário do STF, em definitivo no ano de 2022, em maioria de votos, decidindo sobre a inconstitucionalidade da referida cobrança tendo como fundamentos de que, pelo fato da pensão alimentícia não configurar renda ou provento para o credor, sendo tão somente transferência de recursos que suprem necessidades básicas, não há que se falar de acréscimos patrimoniais para o beneficiário da pensão, bem como que tal cobrança circunda a bitributação uma vez que o IR é tributado da renda do devedor.

Em março de 2021 foi protocolada a ADI nº 6.727 que declarava a inconstitucionalidade da Lei do Estado do Paraná nº 20.276/20 que proíbe a oferta e a celebração do contrato de empréstimo bancário com aposentados e pensionistas por meio de ligação telefônica. Em decisão unânime, em maio de 2021, o STF julgou improcedente a ADI nº 6.727 uma vez que a finalidade da norma é proteger um grupo de consumidores suscetível a golpes. Ingressada pela CONSIF (Confederação Nacional do Sistema Financeiro), esta sustentava que houve usurpação da competência legislativa da União que disciplina sobre propaganda comercial, direito civil e política de crédito, teve seus pedidos desconsiderados. A Relatora Ministra Cármen Lúcia afirmou que “a simples autorização dada ao telefone enseja a exposição a fraudes, abusos e até mesmo coação por terceiros”. Para o STF, a lei não conflita com os princípios e normas dispostos no Código de Defesa do Consumidor, muito pelo contrário, apenas suplementa suas disposições.

Fica perceptível, ante as decisões das três ADI's supramencionadas o papel do Direito de Família no que tange à defesa dos direitos das famílias promovendo igualdade e proteção aos mais vulneráveis. Tais decisões do STF representam marcos históricos na luta por uma sociedade mais justa e inclusiva.

4 Considerações finais

Embora não exaustivo, em síntese, o que aqui foi tratado revela a complexa e, claro, polêmica interação entre omissões inconstitucionais, lacunas legislativas e o Direito das Famílias, evidenciando não só a intrincada relação entre os Poderes Legislativo e Judiciário como a necessidade, diante de casos concretos, do Poder Judiciário, em sua atípica função de legislar, resolver questões que envolvam direitos das famílias criando, com isso, coisa julgada que por si infere efeitos *ex nunc* às compreensões legais sobre o tema.

Embora haja diversas lacunas legislativas resultando em efeitos nocivos à sociedade, em especial para grupos minoritários e vulneráveis, decisões resultantes das ADI's e ADO's aqui mencionadas destaca a relevância do Judiciário na luta pela promoção da igualdade e equidade na aplicação das leis e da própria Constituição Federal.

Por fim urge ressaltar que, embora a ação judiciária brasileira tenha que intervir na inércia legislativa não impede que se interprete que há uma urgente necessidade de uma abordagem colaborativa por parte dos Poderes no intuito de preservação e efetivação dos direitos sociais ainda que nascentes de casos em concreto por meio de ações específicas para tal. Ainda que polêmico e soando como atropelo de prerrogativas, leitura esta válida e pertinente para um artigo à parte, não se pode olvidar que a coletividade é o objeto central das intervenções legais e judiciais.

Referências

AGÊNCIA SENADO. Congresso Nacional celebra 35 anos da Constituição como marco da democracia. **Senado Notícias**. out, 2023. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/10/05/congresso-nacional-celebra-35-anos-da-constituicao-como-marco-da-democracia#:~:text=O%20presidente%20da%20Mesa%20do,promessas%20endere%C3%A7adas%-20%C3%A0%20popula%C3%A7%C3%A3o%20brasileira..> Acesso em:

30/03/2024.

ALVES, Jones Figueirêdo. Herdeiros carentes de vítimas de crimes são famílias desprotegidas. **Consultor Jurídico**. Processo Familiar. Mar/2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-07/processo-familiar-herdeiros-carentes-vitimas-crimes-sao-familias-desprotegidas/>. Acesso em: 29/03/2024.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1.151, de 1995**. Dispõe sobre a união civil entre pessoas do mesmo sexo e dá outras providências. Brasília, DF, 26 out. 1995. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16329>. Acesso em: 21/03/2024.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5.252, de 2001**. Cria e disciplina o Pacto de Solidariedade entre as pessoas e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=32823&fichaAmigavel=nao>. Acesso em: 23/05/2024

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 2.383, de 2003**. Altera a Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998, que “Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde”, na forma que especifica e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=139917>. Acesso em: 23/05/2024.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 6.297, de 2005**. Acresce um parágrafo ao art. 16 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e acresce uma alínea ao inciso I do art. 217 da Lei nº 8.112, de 11 de novembro de 1990, para incluir na situação jurídica de dependente, para fins previdenciários, o companheiro homossexual do segurado e a companheira homossexual da segurada do INSS e o companheiro homossexual do servidor e a companheira homossexual da servidora pública civil da União. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=308373>. Acesso em: 23/05/2024.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 2.285, de 2007**. Dispõe sobre o Estatuto das Famílias. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao/?idProposicao=373935>. Acesso em: 24/05/2024.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Projeto de**

Lei nº 4.914, de 2009. Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=427692>. Acesso em: 24/05/2024.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 66, de 2003.** Dá nova redação aos arts. 3º e 7º da Constituição Federal. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=117100>. Acesso em: 24/03/2024.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 5 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 20/03/2024.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.** Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legis-federal/constituicao>. Acesso em: 20/03/2024.

BRASIL. **Decreto nº 592 de 6 de julho de 1992. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 22/03/2024.

BRASIL. Lei nº 13.300, de 23 de junho de 20126. **Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 23 jun. 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13300.htm. Acesso em 30/03/2024.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 14.ed. rev., ampl., atual. Salvador: JusPodiVM, 2021.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 12.ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2020.

LIMA, Juliana Maggi. **Família Homoafetiva:** na jurisprudência do STF e do STJ. São Paulo: Editora Foco, 2022.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 7.ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica.** São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Natureza e Eficácia das Disposições Constitucionais Transitórias. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org). **Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). **Recurso Especial nº 820.475, do Rio de Janeiro**. Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Data de julgamento: 02/09/2008. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&processo=820475&operad>. Acesso em: 26/03/2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). **Recurso Especial nº 889.852, do Rio Grande do Sul**. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Data de julgamento: 27/04/2010. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28RESP8RESP+adj+%22889852%22%29.suce..> Acesso em: 26/03/2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 27/03/2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.422**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4893325>. Acesso em: 27/03/2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.727**. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6121194>. Acesso em: 30/03/2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 20**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 2012. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4288299>. Acesso em: 29/03/2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26**. Relator: Ministro

Celso de Mello. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>. Acesso em: 29/03/2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 62**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6120625>. Acesso em: 29/03/2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 2011. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/216/ril_v54_n216_p207.pdf. Acesso em: 28/03/2024.

A CONSTITUIÇÃO E A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: GARANTIAS E DESAFIOS

Cátia Aparecida de Oliveira Campos¹

1 Introdução

A violência contra a mulher é um problema persistente e complexo que permeia todas as sociedades, independentemente de suas características culturais, econômicas ou políticas. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 representa um marco fundamental na promoção e proteção dos direitos humanos, incluindo aqueles especificamente voltados para a igualdade de gênero e a segurança das mulheres. Contudo, apesar das garantias constitucionais, a violência de gênero continua sendo uma realidade alarmante, evidenciando um descompasso entre a teoria jurídica e a prática social.

Este capítulo examina as garantias previstas na Constituição brasileira em relação à proteção das mulheres contra a violência, bem como os desafios enfrentados na implementação dessas normas. A análise se concentra em como os dispositivos constitucionais podem ser interpretados e aplicados para efetivar os direitos das mulheres, abordando as barreiras jurídicas, institucionais e culturais que dificultam a realização plena dessas garantias.

Ao longo deste estudo, serão discutidos os avanços legislativos e judiciais, as políticas públicas desenvolvidas, e os obstáculos que ainda persistem na busca por uma sociedade mais justa e igualitária. O objetivo é proporcionar uma visão crítica sobre a eficácia das garantias constitucionais na proteção das mulheres, destacando tanto os sucessos quanto as áreas que demandam maior atenção e ação.

1 Cátia Aparecida de Oliveira Campos – Advogada. Pós-graduada em Segurança Pública e Atividade Policial pela Faculdade Arnaldo. Pós-graduada em Ciências Criminais pela Faculdade Supremo. Membro da Comissão de Defesa do Consumidor e da Comissão de Direito Digital, Proteção de Dados e Propriedade Intelectual da OAB/JF. catiacamposadv@gmail.com

2 Garantias constitucionais de proteção dos direitos das mulheres

No Brasil, a busca pela igualdade de gênero e pela garantia dos direitos das mulheres tem sido marcada por avanços, especialmente nas garantias constitucionais. Desde a promulgação da Constituição de 1988, o país tem trabalhado para estabelecer um arcabouço jurídico que proteja e promova os direitos das mulheres, reconhecendo-as como indivíduos plenos de direitos e dignidade.

A Constituição consagra dispositivos que visam garantir a igualdade de direitos e oportunidades para as mulheres. Essas disposições abrangem aspectos como igualdade perante a lei, proibição da discriminação por gênero, proteção contra violência doméstica, acesso à saúde reprodutiva, direitos trabalhistas e participação política.

As garantias constitucionais para as mulheres não apenas refletem os valores da sociedade brasileira, mas também representam um compromisso com a construção de uma sociedade mais justa e igualitária para todos. Entre as disposições mais significativas, destacam-se:

2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Dentro desse contexto, a dignidade da pessoa humana é um princípio central que garante às mulheres respeito, igualdade e liberdade, refletindo seu valor intrínseco. Consagrado no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, este princípio estabelece que a dignidade é um valor fundamental a ser respeitado e protegido em todas as situações.

2.2 Princípio da Igualdade

A igualdade perante a lei, estipulada no inciso I do artigo 5º da Constituição Federal, é fundamental para proteger os direitos das mulheres no Brasil. Esse princípio assegura tratamento igual para homens e mulheres em todos os aspectos da vida, combatendo a discriminação e promovendo a equidade de gênero. Ele garante que as mulheres tenham os mesmos direitos e oportunidades que os homens, essencial para construir uma sociedade justa e inclusiva, onde a dignidade de todos é respeitada.

2.3 Proibição da Discriminação por Gênero

A proibição da discriminação por gênero, conforme o artigo 5º, inciso XLI da Constituição Federal, é essencial para proteger os direitos das mulheres no Brasil. Esta disposição assegura que todas as pessoas sejam tratadas com igualdade perante a lei, sem discriminação de gênero. Ao combater estereótipos e preconceitos, a Constituição promove a igualdade de gênero, permitindo que as mulheres exerçam seus direitos de forma plena e colaborando para a construção de uma sociedade mais equitativa e abrangente.

2.4 Proteção Contra Violência de Gênero

A Lei Maria da Penha – Lei nº 11.340/2006, é crucial para a proteção contra a violência de gênero no Brasil. Ela estabelece medidas específicas para proteger mulheres em situação de violência doméstica e familiar, criando mecanismos para prevenir, punir e erradicar essa violência. A lei também prevê redes de apoio e atendimento especializado para garantir a segurança física, emocional e jurídica das vítimas. Esta legislação reafirma o compromisso do Estado brasileiro em combater a violência de gênero e proteger os direitos das mulheres.

2.5 Acesso à Saúde Reprodutiva

A Constituição em seu artigo 196, assegura o direito à saúde como um dever do Estado, incluindo a assistência integral à saúde da mulher, que abrange também a saúde reprodutiva. Além disso, o Sistema Único de Saúde (SUS) oferece serviços de saúde sexual e reprodutiva, incluindo acesso a contraceptivos e serviços de planejamento familiar.

2.6 Direitos Trabalhistas

O artigo 7º, incisos XVIII, XX e XXX da Constituição, estabelece a igualdade de direitos entre homens e mulheres no mercado de trabalho, proibindo a discriminação salarial e assegurando a licença-maternidade remunerada de 120 dias, entre outros direitos trabalhistas.

2.7 Participação Política

A Constituição garante a participação das mulheres na vida política, assegurando igualdade de direitos políticos e reservando, por lei, no mínimo 30% das candidaturas para cada sexo (Lei nº 9.504/1997).

Essas medidas são algumas das principais garantias constitucionais de proteção dos direitos das mulheres no Brasil, complementadas por diversas outras leis, políticas públicas e iniciativas que promovem a igualdade de gênero e combatem a discriminação e a violência contra a mulher.

3 Lei Maria da Penha e a proteção constitucional contra a violência doméstica

A violência doméstica e familiar é uma questão grave que afeta milhões de mulheres em todo o mundo, incluindo no Brasil. Nesse contexto, a Constituição Federal brasileira estabelece bases fundamentais para lidar com essa problemática, promovendo a proteção dos direitos das mulheres e o combate à violência de gênero.

O artigo 5º da Constituição, que trata dos direitos e garantias fundamentais, é central nesse aspecto. Ele estabelece o princípio da igualdade perante a lei, proibindo qualquer forma de discriminação, inclusive por motivo de gênero. Isso significa que todas as pessoas, independentemente de seu sexo, têm direito à igualdade de tratamento perante a lei, incluindo proteção contra a violência doméstica e familiar.

Nesse contexto, a Lei Maria da Penha, representa um marco na legislação brasileira ao estabelecer medidas específicas para prevenir e combater a violência doméstica e familiar contra as mulheres. A lei cria mecanismos de proteção, como a criação de medidas protetivas de urgência, a ampliação das punições para os agressores e a instituição de centros de atendimento especializados para as vítimas.

Quanto à sua constitucionalidade, a Lei Maria da Penha tem sido amplamente reconhecida como constitucional à luz dos princípios fundamentais da Constituição Federal. Ela está alinhada com os princípios constitucionais de dignidade da pessoa humana, igualdade de gênero, proteção à família e combate à violência. Além disso, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre a constitucionalidade da lei em diversas ocasiões, ratificando sua importância na proteção dos direitos das mulheres.

e no enfrentamento da violência doméstica e familiar.

A Constituição brasileira trata a violência doméstica e familiar contra as mulheres como uma questão de direitos humanos e igualdade de gênero, e a Lei Maria da Penha representa um instrumento fundamental para garantir a efetiva proteção desses direitos, respeitando os princípios constitucionais.

3.1 Desafios no acesso à justiça para mulheres vítimas de violência: revitimização e a importância da sensibilidade de gênero no sistema judicial

O acesso à justiça é um direito fundamental para todas as pessoas, incluindo as mulheres que são vítimas de violência doméstica e de gênero. No entanto, apesar dos avanços legais e das medidas de proteção existentes, as mulheres enfrentam diversos desafios ao buscar acesso aos mecanismos judiciais para denunciar e combater a violência.

Um dos principais desafios é a revitimização, que ocorre quando as mulheres são submetidas a processos judiciais ou administrativos que as expõem novamente à violência, trauma e discriminação que já sofreram. Isso pode acontecer devido à falta de sensibilidade por parte dos profissionais do sistema de justiça, que muitas vezes não estão preparados para lidar com casos de violência de gênero de forma adequada e empática.

Além disso, as mulheres podem enfrentar obstáculos práticos, como falta de recursos financeiros para contratar advogados, dificuldades de transporte para comparecer às audiências ou falta de informação sobre seus direitos e os serviços disponíveis.

Para superar esses desafios, é fundamental que o sistema de justiça adote uma abordagem sensível de gênero, que leve em consideração as especificidades e necessidades das mulheres vítimas de violência. Isso inclui capacitar os profissionais do sistema judiciário para lidar com casos de violência de gênero de maneira sensível, respeitosa e livre de preconceitos, garantindo que as mulheres se sintam seguras e apoiadas ao buscar ajuda.

Além disso, é importante disponibilizar recursos e serviços de apoio adequados, como centros de acolhimento, assistência jurídica gratuita, acompanhamento psicossocial e redes de apoio comunitário, para garantir que as mulheres tenham acesso a todas as ferramentas necessárias para buscar justiça e se recuperar do trauma da violência.

A aplicabilidade da Lei Maria da Penha enfrenta desafios devido ao despreparo dos agentes no âmbito criminal para lidar com mulheres em situação de violência. Esse problema é agravado pelo caráter seletivo do sistema de justiça, que determina tanto quem será considerado réu quanto quem será reconhecida como vítima. Essa seletividade prejudica a eficácia da lei e a proteção das mulheres, como ressalta Marília Montenegro (1993, p. 28).

A violência doméstica, exercida contra mulheres, é um fenômeno característico das sociedades patriarcais. Várias são as perguntas que permeiam esta temática, porém a mais frequente é: como combater esse tipo de violência? Punir o agressor é a resposta dada quase sempre a essa pergunta. Nesta situação, como em várias outras, a lei penal aparece como uma “fórmula mágica” para a resolução dos problemas sociais. Todavia, aqui, o agressor e a vítima se conhecem e podem ser mãe e filhos, irmã e irmão, e ainda marido e mulher.

Muitas mulheres resistem a procurar ajuda devido à falta de capacitação e ao despreparo dos agentes de atendimento, à burocracia e à antiga crença de que problemas conjugais devem ser resolvidos em casa. Quando decidem denunciar, enfrentam inúmeros obstáculos, o que leva algumas a desistirem. As que persistem encontram dificuldades em obter a ajuda e o acolhimento necessários. Dados da Central de Atendimento à Mulher – Ligue 180, em 2015, ilustram essa realidade.

[...] 75% das mulheres que relatam viver em situação de violência sofrem agressões semanal ou diariamente [...] em mais de 70% dos casos, a violência foi cometida por homens com quem as vítimas têm ou tiveram algum vínculo afetivo! (Central de Atendimento à Mulher – Ligue 180, 2015)

Ao discutirmos violência doméstica e familiar, estamos lidando com um contexto intrinsecamente relacional permeado por dinâmicas de poder de gênero, além de ser influenciado por perspectivas culturais e sociais enraizadas em estruturas patriarcais que perpetuam a hegemonia masculina. Conforme relatórios da Secretaria de Políticas para Mulheres (SPM, 2018).

[...] 98% da população brasileira já ouviu falar na Lei Maria da Penha e 70% consideram que a mulher sofre mais violência dentro de casa do que em espaços públicos. Segundo o Conselho Nacional de Justiça, mais de 212 mil novos processos registrando casos de violência doméstica e familiar foram abertos em 2016. E mais de 280 mil medidas protetivas foram proferidas para proteger as mulheres em situação de violência.

Garantir o acesso à justiça para as mulheres vítimas de violência doméstica e de gênero requer não apenas a existência de leis e políticas de

proteção, mas também uma abordagem sensível de gênero por parte do sistema de justiça, que reconheça e respeite as experiências e necessidades específicas das mulheres. Isso é fundamental para promover a justiça, a igualdade e o respeito pelos direitos humanos das mulheres em todas as esferas da sociedade.

3.2 Políticas públicas e a articulação contra a violência de gênero

As políticas públicas destinadas à prevenção e ao combate à violência contra as mulheres desempenham um papel crucial na construção de uma sociedade mais segura e igualitária. Essas políticas abrangem uma ampla gama de iniciativas, desde a criação de leis e programas de conscientização até a implementação de serviços de apoio às vítimas e capacitação de profissionais.

Um dos aspectos mais importantes dessas políticas é a necessidade de uma abordagem integrada e coordenada, envolvendo o Poder Público, a sociedade civil e outros atores relevantes. Isso porque a violência contra as mulheres é um problema complexo que requer uma resposta multifacetada e abrangente.

Segundo pesquisa do IPEA, publicada em 31/08/2018, há falha da Justiça no atendimento às mulheres vítimas,

Ausência de juízes em audiências judiciais de violência doméstica; vítimas que não entendem nem recebem esclarecimento sobre seu próprio caso; atendimento psicossocial em número insuficiente; culpabilização da vítima, por vezes, até monetária – esses são apenas alguns dos problemas percebidos pelos profissionais do Instituto de Pesquisa Aplicada – IPEA. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018).

Ainda nesse aspecto, a pesquisadora Luseni de Aquino do IPEA aduz:

Quando a mulher vítima de violência chega ao sistema de Justiça, ela já passou por muita coisa. Quase sempre há um histórico de abusos e crimes que ela aguentou. Infelizmente, encontramos várias mulheres que disseram não conseguir sequer contar suas histórias. Percebemos nos relatos que há falta de disponibilidade dos operadores jurídicos para ouvir as mulheres e suas histórias, que tampouco encontram escuta no atendimento psicossocial, não acionado em muitas unidades judiciais. (AQUINO, 2018).

Apesar do avanço gradual das políticas públicas para criar serviços de atendimento às mulheres em situação de violência, a falta de uma lei

específica que garanta prevenção e proteção abrangente ainda é evidente. Contudo, os atendimentos oferecidos pelos diversos serviços, especialmente nas delegacias, frequentemente são fragmentados e isolados, prejudicando a assistência integrada às mulheres. Conforme observado pela Professora Doutora Lilia Blima Schraiber:

O atendimento fragmentado dos diversos serviços, o ciclo de violência e também os mitos acerca da violência influenciam a qualidade do atendimento e a rota crítica percorrida pelas mulheres. A rota crítica diz respeito ao caminho percorrido pelas mulheres, a partir de um conjunto de decisões e ações para lidar com a situação de violência. Essa rota não é linear e vai se alterando em função das respostas recebidas das pessoas ou instituições. (SCHRAIBER, 2005).

O Poder Público desempenha um papel fundamental na formulação e implementação de políticas públicas, incluindo a elaboração de leis e regulamentos que punam os agressores, protejam os direitos das vítimas e promovam a igualdade de gênero. Além disso, os governos podem criar programas de conscientização e educação pública para prevenir a violência e promover relações saudáveis e respeitadas entre os gêneros.

No entanto, as políticas públicas também dependem da participação ativa da sociedade civil e de outros atores, como organizações não governamentais, grupos comunitários e instituições de ensino. Esses atores desempenham um papel importante na identificação das necessidades das comunidades locais, na prestação de apoio direto às vítimas e na pressão política para garantir que o Governo cumpra suas obrigações na área da prevenção da violência contra as mulheres.

A articulação entre a Administração Pública, a sociedade civil e outros atores é essencial para enfrentar eficazmente o problema da violência contra as mulheres. Somente por meio de uma abordagem colaborativa e coordenada podemos criar um ambiente seguro e inclusivo para todas as mulheres, onde seus direitos sejam respeitados e protegidos, e onde a violência de gênero seja uma realidade do passado, não do presente.

3.3 Desafios e perspectivas na efetivação dos direitos das mulheres: combatendo a violência com uma abordagem interseccional

A efetivação dos direitos das mulheres em relação à violência enfrenta uma série de desafios que são complexos e multifacetados. Entre esses desafios estão a persistência de normas sociais e culturais que perpetuam a desigualdade de gênero, a falta de recursos e serviços especializados para

atender às necessidades das mulheres vítimas de violência e a ineficácia do sistema judicial em garantir a responsabilização dos agressores.

Um dos principais desafios é a interseccionalidade das opressões que as mulheres enfrentam. Isso significa que as mulheres podem ser alvo de discriminação e violência não apenas por causa de seu gênero, mas também por causa de sua raça, etnia, classe social, orientação sexual, identidade de gênero, entre outros fatores. Portanto, é essencial adotar uma abordagem interseccional que leve em conta essas diferentes formas de opressão ao desenvolver políticas e programas de combate à violência contra as mulheres.

Outro desafio importante é a falta de recursos e serviços especializados para atender às necessidades das mulheres vítimas de violência. Isso inclui serviços de acolhimento, assistência jurídica, apoio psicossocial, acesso a abrigos seguros e programas de reintegração social. Muitas mulheres enfrentam dificuldades para acessar esses recursos devido à falta de financiamento, à localização geográfica dos serviços ou à falta de sensibilidade de gênero por parte dos profissionais que trabalham nesses serviços.

Além disso, a ineficácia do sistema judicial em garantir a responsabilização dos agressores é outro desafio significativo. Muitas vezes, as mulheres enfrentam obstáculos ao buscar justiça, incluindo a revitimização durante o processo judicial, a falta de investigação adequada por parte das autoridades e a impunidade dos agressores. Isso pode desencorajar as mulheres de denunciar a violência e perpetuar um ciclo de impunidade que permite que a violência continue.

Apesar dos desafios, há perspectivas de superá-los e garantir os direitos das mulheres contra a violência. Uma abordagem interseccional pode promover políticas mais inclusivas. É necessário aumentar o financiamento para serviços especializados e capacitar os profissionais. Mudanças culturais e educacionais são cruciais para combater a desigualdade de gênero e a violência.

Para a efetivação dos direitos das mulheres em relação à violência, há também expectativas para superar essas barreiras e construir um mundo mais justo e igualitário para todas as mulheres. Isso requer um compromisso contínuo e coordenado de governos, organizações da sociedade civil, instituições de ensino, profissionais de saúde e outras partes interessadas para garantir que todas as mulheres possam viver livres de violência e com dignidade.

3.4 O papel das convenções internacionais na proteção dos direitos das mulheres contra a violência: o caso da CEDAW e sua influência no Brasil

As convenções internacionais e tratados dos quais o Brasil é signatário desempenham um papel fundamental na proteção dos direitos das mulheres em relação à violência, fornecendo diretrizes e padrões internacionais que orientam a legislação e as políticas nacionais. Um dos instrumentos mais importantes nesse contexto é a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1979 e ratificada pelo Brasil em 1984.

A CEDAW é um Tratado Internacional que reconhece a igualdade de gênero como um princípio fundamental e proíbe a discriminação contra as mulheres em todas as áreas da vida. Ela estabelece uma série de obrigações para os Estados signatários, incluindo a implementação de medidas para prevenir e combater a violência contra as mulheres, garantir o acesso à justiça e aos recursos para as vítimas e promover a igualdade de gênero em todas as esferas da sociedade.

No contexto da violência contra as mulheres, a CEDAW tem sido fundamental na promoção da conscientização e na defesa dos direitos das mulheres em todo o mundo. Ela tem sido usada como uma ferramenta para pressionar os governos a adotarem políticas e legislações mais abrangentes para combater a violência de gênero, bem como para garantir que as vítimas tenham acesso a serviços de apoio e proteção.

Além da CEDAW, outros instrumentos internacionais, como a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará) e a Resolução 1325 do Conselho de Segurança da ONU sobre Mulheres, Paz e Segurança, também desempenham um papel importante na proteção dos direitos das mulheres em relação à violência.

No entanto, apesar dos avanços proporcionados por esses instrumentos internacionais, ainda há desafios significativos na efetiva implementação e monitoramento de suas disposições. Muitos países, incluindo o Brasil, enfrentam obstáculos na tradução das obrigações internacionais em políticas e práticas eficazes, e as mulheres continuam enfrentando altos índices de violência.

Portanto, é fundamental que os Estados signatários, incluindo o

Brasil, continuem comprometidos em cumprir suas obrigações nos termos desses tratados internacionais e em tomar medidas concretas para garantir a proteção dos direitos das mulheres em relação à violência. Isso inclui o fortalecimento das leis e políticas nacionais, o aumento do acesso das mulheres à justiça e aos recursos, a promoção de mudanças culturais e educacionais para combater a discriminação de gênero e a garantia de que todas as mulheres possam viver livres de violência e com dignidade.

4 Considerações finais

A proteção dos direitos das mulheres no Brasil, especialmente no contexto da violência de gênero, envolve uma complexa teia de desafios e iniciativas. Desde a promulgação da Constituição de 1988, o país tem feito avanços significativos na promoção da igualdade de gênero e na proteção das mulheres contra a violência.

Desde então, mais de 20 leis foram promulgadas com o objetivo de proteger as mulheres, sendo a Lei Maria da Penha considerada a mais completa e abrangente. Esta legislação exemplifica tal compromisso ao estabelecer mecanismos robustos para proteger as vítimas e punir os agressores.

Entretanto, a efetivação desses direitos enfrenta desafios significativos, como a revitimização das mulheres no sistema judicial, a falta de recursos e serviços especializados e a necessidade de uma abordagem sensível e interseccional. Superar esses desafios requer uma articulação eficaz entre as Autoridades, a sociedade civil e outros atores, além de um compromisso contínuo com a implementação de políticas inclusivas e sensíveis às diversas formas de opressão que as mulheres enfrentam.

A influência das convenções internacionais, como a CEDAW, é vital nesse processo, estabelecendo padrões e diretrizes que orientam a legislação e as políticas nacionais. Esses instrumentos internacionais pressionam os governos a adotar medidas concretas para combater a violência de gênero e promover a igualdade. No entanto, a tradução dessas obrigações em ações efetivas continua a ser um desafio que exige vigilância constante e ação coordenada.

Em última análise, a proteção dos direitos das mulheres no Brasil e no mundo é uma tarefa contínua que exige não apenas leis e políticas, mas também uma transformação cultural e social profunda. É necessário garantir que as mulheres tenham acesso real à justiça, a serviços de apoio

e a um ambiente livre de discriminação e violência. Somente assim será possível construir uma sociedade verdadeiramente igualitária e justa, onde todos os indivíduos possam viver com dignidade e respeito.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: DF, Senado, 1988.

BRASIL. Vade Mecum Saraiva OAB / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Lívia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha - 17. ed. atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. **Vade mecum administrativo e constitucional** - temático / obra coletiva de autoria da Saraiva Educação com a colaboração de Lívia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha - 5. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

BRASIL. **Ministério da Justiça**. Plano e política nacional de segurança pública e defesa social. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/plano-e-politica-nacional-de-seguranca-publica-e-defesa-social.pdf>. Acesso em: 20/05/2024.

CNJ. **Violência contra a Mulher** (Lei Maria da Penha). Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/lei-maria-da-penha>. Acesso em: 20/05/2024.

CNJ. Pesquisa do IPEA: **Justiça falha no atendimento às mulheres vítimas**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisa-do-ipea-justica-falha-no-atendimento-as-mulheres-vitimas/#:~:text=Percebemos%20nos%20relatos%20que%20h%C3%A1,Luseni%20de%20Aquino%2C%20do%20IPEA> . Acesso em: 20/05/2024.

COELHO, Elza Berger Salema; SILVA, Anne Caroline Luz Grüdtner da; LINDNER, Sheila Rubia. **Violência**: definições e tipologias. 2014.

DE CARVALHO, Pammella Lyenne Barbosa. ENTRAVES DA LEI MARIA DA PENHA NO COMBATE À VIOLÊNCIA CONTRA MULHER. Revista Gênero & Direito, v. 6, n. 2, 2017.

G1. **Mulher vítima de violência enfrenta medo e vergonha para denunciar agressor**. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/mulher-vitima-de-violencia-enfrenta-medo-e-vergonha-para-denunciar-agressor.ghtml>. Acesso em: 20/05/2024.

GONZAGA, Christiano. Manual de **Criminologia**. Editora Saraiva. 2018

GREGORI, M. F. **Cenas e Queixas**: Um estudo sobre mulheres, relações violentas e a prática feminista. Rio de Janeiro: Paz e Terra; São Paulo: ANPOCS, 1993.

INSTITUTO MARIA DA PENHA. **Ciclo da violência**. Disponível em: <http://www.institutomariadapenha.org.br/violencia-domestica/ciclo-da-violencia.html>. Acesso em: 20/05/2024.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MONTENEGRO, Marília. **Lei Maria da Penha**: uma análise criminológico-crítica. 1. ed. - Rio de Janeiro: Revan, 2015.

MPF. **Raquel Dodge fala sobre a importância de políticas públicas inclusivas para melhorar situação das mulheres**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/raquel-dodge-fala-sobre-a-importancia-de-politicas-publicas-inclusivas-para-melhorar-situacao-das-mulheres>. Acesso em: 20/05/2024.

MPF. **PRR2 recebe população para debate sobre violência contra a mulher**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/regiao2/sala-de-imprensa/noticias-r2/prr2-recebe-populacao-para-debate-sobre-violencia-contra-a-mulher>. Acesso em: 20/05/2024.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada**: e Legislação Constitucional. 3ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1995.

A PROTEÇÃO DO DIREITO DO CONSUMIDOR NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988 E O SEU DESRESPEITO PROPORCIONADO PELA RECENTE LEI Nº 14.833/24

Rômulo Brasil de Avelar Campos¹

1 Introdução

O direito do consumidor é um ramo essencial do direito que visa proteger os interesses e direitos dos consumidores nas relações de consumo. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 marcou um avanço significativo na proteção dos consumidores, ao consagrar diversos direitos e estabelecer diretrizes para a elaboração de leis infraconstitucionais que regulamentam essas relações. Neste conteúdo, discutiremos a proteção do direito do consumidor delineada na Constituição de 1988 e abordaremos como a recente Lei 14.833/24 representa um retrocesso nesta área.

2 O Direito do Consumidor na Constituição de 1988

A Constituição de 1988 foi um marco na história jurídica brasileira, trazendo importantes inovações e ampliando os direitos fundamentais. No que tange à proteção do consumidor, destacam-se os seguintes dispositivos:

¹ Rômulo Brasil de Avelar Campos. Advogado. Diretor Institucional da OAB/MG triênio 2022/2024. Conselheiro da OAB/MG triênio 2022/2024. Militante em diversas áreas do direito, sobretudo no direito do consumidor desde 2008. Presidente da Comissão de Participação e Cidadania da OAB/MG (junho de 2016). Presidente da Comissão de Direito à Educação, à Ciência e Tecnologia e à Comunicação e Informação – OAB/Unesco (fev. de 2015). Vice-presidente da Comissão de Defesa do Consumidor (nov. de 2014). Atualmente colunista do quadro Direito do Consumidor do programa “Itatiaia Agora” (Itatiaia). Entrevista em diversos meios de comunicação do Estado de Minas e do Brasil. Colunista do Alterosa Alerta (SBT/Alterosa)- Quadro de Direito do Consumidor – 1º semestre de 2016. Agraciado com a Comenda Direito e Cidadania em reconhecimento ao trabalho na defesa da cidadania e do Estado Democrático de Direito – Vereador de BH Joel Moreira Filho.

2.1 Artigo 5º, Inciso XXXII

O artigo 5º, inciso XXXII, dispõe que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Este dispositivo constitucional estabelece a proteção ao consumidor como um dever do Estado, impondo-lhe a obrigação de promover a defesa dos direitos dos consumidores por meio de políticas públicas e legislações específicas. Claudia Lima Marques destaca que “a constitucionalização do direito do consumidor impõe ao Estado um papel ativo na promoção e proteção dos interesses dos consumidores, garantindo um mercado mais equilibrado e justo” (MARQUES, 2019, p. 27).

Esse dispositivo é de suma importância, pois confere ao consumidor um direito subjetivo público a ser protegido pelo Estado, demandando que este crie e implemente políticas eficazes de defesa do consumidor. Além disso, o artigo 5º está inserido no Título II da Constituição, que trata dos direitos e garantias fundamentais, colocando a defesa do consumidor no mesmo patamar de outros direitos fundamentais, como a vida e a liberdade. Tal destaque constitucional foi um avanço significativo, refletindo a importância das relações de consumo na vida dos cidadãos e a necessidade de equilibrar essas relações, geralmente marcadas pela desigualdade entre consumidores e fornecedores.

2.2 Artigo 170, Inciso V

O artigo 170, que trata dos princípios gerais da atividade econômica, no inciso V, prevê a defesa do consumidor como um dos princípios que devem nortear a ordem econômica. Este princípio orientador reforça a importância da proteção ao consumidor no contexto das atividades econômicas e das relações de mercado. A inclusão deste princípio na ordem econômica constitucional demonstra a preocupação do legislador em garantir um mercado justo e equilibrado, onde os direitos dos consumidores sejam respeitados.

A defesa do consumidor no contexto econômico constitucional é crucial para assegurar que o mercado funcione de maneira justa e eficiente. Isso implica na necessidade de regulamentações que limitem práticas abusivas e promovam a concorrência leal. Dessa forma, a Constituição cria um ambiente favorável à proteção do consumidor, garantindo que as empresas se comportem de maneira ética e responsável. O respeito ao princípio da defesa do consumidor contribui para a confiança do consumidor

no mercado, essencial para o bom funcionamento da economia.

2.3 Artigo 48 das Disposições Transitórias

O artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) determina que o Congresso Nacional deve, no prazo de 120 dias da promulgação da Constituição, elaborar o Código de Defesa do Consumidor (CDC). Esta previsão culminou na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que instituiu o CDC. Nelson Nery Junior salienta que “o mandato constitucional para a criação do CDC reflete a necessidade urgente de um marco regulatório que assegure direitos e proteja os consumidores, garantindo a eficácia das normas constitucionais” (NERY JUNIOR, 2019, p. 89).

A criação do CDC em cumprimento ao artigo 48 das Disposições Transitórias representa um marco histórico e jurídico na defesa dos direitos dos consumidores no Brasil. O CDC consolidou diversas normas de proteção ao consumidor, criando um sistema robusto e eficaz para a resolução de conflitos de consumo. Ao impor prazos e diretrizes para a criação de um código específico, a Constituição de 1988 reafirmou seu compromisso com a proteção dos consumidores e a promoção de um mercado equilibrado.

3 O Código de Defesa do Consumidor (CDC)

O Código de Defesa do Consumidor é a principal legislação infraconstitucional que regula as relações de consumo no Brasil. Promulgado em 1990, o CDC trouxe importantes avanços e estabeleceu um robusto sistema de proteção aos consumidores. Entre seus principais dispositivos, destacam-se:

3.1 Princípios do CDC

O CDC é fundamentado em princípios que visam garantir a igualdade nas relações de consumo, tais como a vulnerabilidade do consumidor, a boa-fé, a transparência e a harmonia nas relações de consumo. Esses princípios são essenciais para assegurar que o consumidor, parte mais frágil na relação de consumo, tenha seus direitos protegidos.

A vulnerabilidade do consumidor é um princípio basilar do CDC,

reconhecendo que o consumidor, em geral, possui menos informações e poder de negociação em relação ao fornecedor. Este reconhecimento fundamenta a necessidade de proteção especial ao consumidor. A boa-fé objetiva, outro princípio fundamental, impõe a ambos os lados da relação de consumo um comportamento leal e honesto, prevenindo abusos e fraudes. A transparência é igualmente essencial, garantindo que o consumidor tenha acesso a informações claras e precisas sobre produtos e serviços.

3.2 Direitos Básicos do Consumidor

O artigo 6º do CDC lista os direitos básicos do consumidor, que incluem, entre outros:

- A proteção da vida, saúde e segurança contra riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços;
- A educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços;
- A informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços;
- A proteção contra publicidade enganosa e abusiva;
- A modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

Estes direitos básicos são garantias fundamentais que buscam equilibrar a relação de consumo, promovendo a segurança, a informação e a justiça. O CDC, ao listar esses direitos, estabelece um padrão mínimo de proteção que deve ser observado por todos os fornecedores de bens e serviços, garantindo que os consumidores possam fazer escolhas informadas e seguras.

4 Doutrina e Jurisprudência

A doutrina e a jurisprudência desempenham papéis fundamentais na interpretação e aplicação das normas de proteção ao consumidor. Especialistas no campo do direito do consumidor têm contribuído significativamente para o desenvolvimento desta área, oferecendo análises detalhadas e críticas construtivas sobre o Código de Defesa do Consumidor (CDC) e sua aplicação.

Estudos teóricos e práticos defendem uma interpretação do CDC que favoreça a proteção dos consumidores e critique as práticas abusivas dos fornecedores. As análises abrangem a aplicabilidade do CDC e a necessidade de um sistema jurídico que priorize a proteção dos consumidores, proporcionando uma compreensão aprofundada e fundamentada das normas estabelecidas pelo código.

No campo da jurisprudência, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem se consolidado como um importante baluarte na defesa dos direitos dos consumidores. O STJ, por meio de suas decisões, tem reafirmado a vulnerabilidade do consumidor e a necessidade de proteção eficaz contra práticas abusivas no mercado. As decisões do STJ têm sido fundamentais para a consolidação de uma interpretação pro consumidor das normas do CDC, garantindo que os direitos dos consumidores sejam respeitados e protegidos.

5 A Lei 14.833/24 e o Desprestígio ao Direito do Consumidor

Apesar do esforço constitucional em realizar a defesa do consumidor, determinando ao Estado a proteção do direito do consumidor, e apesar da instituição do CDC em obediência aos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, a promulgação da Lei 14.833/24 trouxe uma mudança significativa nas regras que regem as relações de consumo. Esta lei possibilita que o juiz abra vista ao réu para que ele cumpra a obrigação antes de fixar indenização. Tal mudança representa um desprestígio ao direito do consumidor por diversas razões.

5.1 Alteração na Dinâmica Processual

A nova lei altera a dinâmica processual das ações de consumo, prejudicando a celeridade e a efetividade na proteção dos direitos dos consumidores. A possibilidade de abertura de vista ao réu para cumprimento da obrigação antes da fixação de indenização pode resultar em atrasos na reparação dos danos sofridos pelos consumidores, prolongando o sofrimento e a espera por justiça. Alteração processual fere o princípio da celeridade e da efetividade da tutela jurisdicional, prejudicando o consumidor que já se encontra em situação de desvantagem. A dinâmica anterior, que priorizava a rápida reparação do dano, é substituída por uma abordagem que pode favorecer o protelamento por parte dos fornecedores.

Ao modificar a dinâmica processual, a Lei 14.833/24 introduz um mecanismo que pode ser explorado por fornecedores para evitar ou retardar a reparação devida ao consumidor. Isso fere o princípio da celeridade processual, fundamental para garantir que os direitos dos consumidores sejam protegidos de forma eficaz e tempestiva. A celeridade processual é um dos pilares da justiça, especialmente em casos onde a demora pode causar danos adicionais ao consumidor.

5.2 Fragilização do Consumidor

O direito do consumidor é baseado na premissa de que o consumidor é a parte mais vulnerável na relação de consumo. A Lei 14.833/24 ignora essa vulnerabilidade ao permitir que o fornecedor, muitas vezes mais poderoso economicamente, tenha uma segunda chance para corrigir seu erro antes de ser penalizado. Isso pode levar a uma sensação de impunidade e a práticas menos rigorosas no mercado.

A vulnerabilidade do consumidor é um conceito central no direito do consumidor, reconhecendo a assimetria de informações e poder entre consumidores e fornecedores. Ao permitir que os fornecedores corrijam erros antes de serem penalizados, a nova lei enfraquece a posição do consumidor e reduz o incentivo dos fornecedores para garantir a qualidade e segurança de seus produtos e serviços desde o início.

5.3 Contrariedade aos Princípios do CDC

A nova lei contraria princípios fundamentais do CDC, como a reparação integral dos danos e a imediatidade na proteção do consumidor. O CDC estabelece que o consumidor deve ser prontamente indenizado por danos causados por produtos ou serviços defeituosos, e qualquer medida que retarde essa reparação é um retrocesso. Nelson Nery Junior argumenta que “a contrariedade aos princípios do CDC enfraquece a proteção ao consumidor e favorece práticas comerciais desleais” (NERY JUNIOR, 2019, p. 276). A nova lei pode ser vista como uma medida que coloca em risco a eficiência das normas de proteção ao consumidor ao priorizar a solução amigável em detrimento da punição necessária para práticas prejudiciais.

A reparação integral e imediata dos danos é um princípio essencial do CDC, assegurando que o consumidor não fique desamparado enquanto

aguarda a resolução de um conflito de consumo. Qualquer atraso na indenização pode agravar a situação do consumidor, especialmente em casos que envolvem danos à saúde ou segurança.

5.4 Incentivo a Práticas Abusivas

A Lei 14.833/24 pode, inadvertidamente, incentivar práticas abusivas por parte dos fornecedores. Sabendo que terão a oportunidade de corrigir eventuais falhas antes de qualquer sanção financeira, os fornecedores podem ser menos diligentes na oferta de produtos e serviços de qualidade. Claudia Lima Marques observa que “a segurança jurídica e a previsibilidade são pilares do direito do consumidor, e qualquer flexibilização na responsabilização dos fornecedores pode minar a confiança do consumidor nas relações de consumo” (MARQUES, 2019, p. 194). A redução do temor de sanções imediatas pode levar a um relaxamento nos padrões de qualidade e segurança, prejudicando diretamente os consumidores.

O temor de sanções imediatas é um dos principais incentivos para que os fornecedores mantenham altos padrões de qualidade e segurança em seus produtos e serviços. Ao diminuir esse temor, a nova lei pode levar a um aumento nas práticas negligentes ou abusivas, colocando os consumidores em risco.

5.5 Desigualdade no Acesso à Justiça

A nova lei pode acentuar a desigualdade no acesso à justiça consagrado constitucionalmente como direito fundamental, pois os consumidores, muitas vezes, não possuem os recursos financeiros e jurídicos necessários para enfrentar um prolongado processo de cumprimento de obrigação. A possibilidade de prolongamento do processo beneficia os fornecedores, que geralmente possuem maior capacidade financeira para suportar longas disputas judiciais, enquanto os consumidores podem se ver desestimulados a buscar a reparação de seus direitos.

A desigualdade de condições entre consumidores e fornecedores é uma realidade que a legislação deve mitigar, e não exacerbar. Ao favorecer processos prolongados, a nova lei pode desencorajar os consumidores a buscar justiça, sabendo que enfrentarão uma batalha judicial longa e dispendiosa contra fornecedores mais poderosos.

6 Conclusão

A proteção do direito do consumidor é uma conquista constitucional essencial que garante a justiça e a equidade nas relações de consumo. A Constituição de 1988 e o Código de Defesa do Consumidor estabeleceram um sólido arcabouço para a defesa dos consumidores, reconhecendo sua vulnerabilidade e a necessidade de proteção estatal. No entanto, a recente Lei 14.833/24 representa um retrocesso significativo, desprestigiando os direitos dos consumidores e enfraquecendo as garantias conquistadas.

É imperativo que o Estado, o Judiciário e a sociedade civil trabalhem juntos para reverter os efeitos negativos dessa nova lei e reafirmar o compromisso com a proteção dos consumidores, garantindo que seus direitos sejam efetivamente respeitados e protegidos. Somente assim poderemos assegurar uma ordem econômica justa e equilibrada, onde os consumidores não sejam prejudicados por práticas abusivas e desleais.

A resistência das entidades de defesa do consumidor e a postura crítica do Judiciário serão cruciais para conter os impactos negativos dessa legislação, buscando alternativas que fortaleçam a proteção aos consumidores e assegurem a efetividade dos direitos consagrados pela Constituição de 1988 e pelo Código de Defesa do Consumidor.

Neste sentido, é necessário fomentar o debate público e a conscientização sobre os riscos trazidos pela Lei 14.833/24, promovendo uma mobilização social que pressione os legisladores a revisarem e aperfeiçoarem essa norma, garantindo que a defesa do consumidor continue a ser uma prioridade no ordenamento jurídico brasileiro.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

BRASIL. Lei nº **14.833**, de 27 de março de 2024.

BRASIL. Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990. Institui o Código de Defesa do Consumidor.

MARQUES, Claudia Lima. et. al. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Defesa do Consumidor Comentado.** 13ª ed. São Paulo: Editora Revista

dos Tribunais, 2019.

TARTUCE, Flávio. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito do Consumidor: Direito Material e Processual. 7. Ed. Editora Método, 2018.

ABUSOS DA IMUNIDADE PARLAMENTAR: SUAS CONSEQUÊNCIAS E O REFLEXO NA SOCIEDADE

Bruno Brandão Santiago Nascimento¹

Diego Miana Siefar²

Diogo Ferreira Paraloni³

Lara Souza Pereira⁴

Mariana Amaral Mateus⁵

1 Introdução

Segundo o artigo 53 da Constituição Federal, deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por suas opiniões e votos. A matéria tratada no dispositivo legal diz respeito a imunidade parlamentar. Tal prerrogativa possui duas modalidades, sendo elas material e formal. Nesse sentido, o autor Dirley da Cunha Júnior (2012), aponta que em termos materiais, a imunidade protege os membros do Congresso Nacional no que concerne suas falas em relação as suas funções parlamentares. Já em termos formais, a imunidade salvaguarda membros das Casas Legislativas de serem presos, salvo se for em flagrante de crime inafiançável. Nesse viés, ambas as imunidades asseguram liberdade ampla para parlamentares.

1 Graduando em Direito – Faculdades Integradas Vianna Júnior; Estágio na Delegacia Especializada de Atendimento às Mulheres – DEAM – Polícia Civil do Estado de Minas Gerais, 2022/2024. Estagiário no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – 2ª Vara Cível da Comarca de Juiz de Fora. Coautor de diversas obras jurídicas. E-mail: brunobrandao0306@gmail.com

2 Graduando em Direito – Faculdades Integradas Vianna Júnior; diego.sefair@viannasempre.com.br

3 Graduando em Direito – Faculdades Integradas Vianna Júnior; diogo.palaroni@viannasempre.com.br

4 Graduanda em Direito - Faculdades Integradas Vianna Júnior; Estágio na Delegacia Especializada de Atendimento às Mulheres - DEAM - Polícia Civil do Estado de Minas Gerais, 2023/2024; Estagiária na Prefeitura de Juiz de Fora. E-mail: lara.pereira@viannasempre.com.br

5 Graduanda em Direito – Faculdades Integradas Vianna Júnior; mariana.mateus@viannasempre.com.br

Entretanto, a conferência das imunidades aos membros do Poder Legislativo gera uma insegurança jurídica. Isso porque, deputados e senadores, durante seu mandato, são altamente beneficiados com visibilidade e poder, porém não são responsabilizados por eventuais manifestações que possam exceder a liberdade de expressão que por vezes ultrapassam os limites de seu exercício parlamentar. Todavia, devido a comoções de magnitudes significantes nas Casas legislativas, as imunidades, juntamente com o decoro parlamentar, tem sofrido violações dos quem usufruem do direito que lhes é garantido, ou seja, os próprios parlamentares.

Diante da exposta problemática, levanta-se a seguinte questão: até que ponto é possível traçar limites para a liberdade de expressão de deputados e senadores, levando em conta o uso indevido da imunidade parlamentar e desconsiderando as limitações previamente determinadas no Regimento Interno das Casas Legislativas?

O primeiro capítulo aborda as imunidades parlamentares apresentando e conceituando tais garantias. O segundo, por outro lado, trata das violações das imunidades com base na visão jurisprudencial sobre o tema. Já o terceiro capítulo discorre sobre a liberdade de expressão e como tal fator dialoga com os limites da imunidade parlamentar.

2 As imunidades parlamentares

O que hoje é conhecido como imunidade parlamentar teve sua origem na Constituição de 1824, a qual garantia em seu art. 26 que os membros da Câmara eram invioláveis por suas opiniões durante o exercício de suas funções, com o termo inviolável tendo o sentido de não estar sujeito a nenhuma responsabilidade. A partir disso, todas as Constituições posteriores mantiveram tal conceito, a não ser a Carta Constitucional de 1937, que tirou do parlamentar as garantias quanto às opiniões e aos votos emitidos no exercício de suas funções. A Constituição de 1946, porém, restabeleceu a tradição democrática e trouxe de volta a isenção de responsabilidade de deputados e senadores, no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos, e a imunidade processual. (ALEIXO 2020).

Isto posto, segundo a atual Constituição Federal (BRASIL, 1988), artigo 53, caput: “Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos”. Diante disso, descreve-se a imunidade como a impossibilidade de punir o parlamentar por certos fatos e livrá-lo de certos constrangimentos previstos

no ordenamento processual penal. (BRANCO; MENDES, 2022)

De acordo com Dirley da Cunha Junior (2012), as imunidades parlamentares designam-se para garantir independência e autonomia aos parlamentares a fim de que os mesmos possam exercer suas devidas funções. Nesse sentido, as imunidades englobam a isenção do serviço militar, o privilégio de foro por prerrogativa da função e a manutenção das prerrogativas ainda que em Estados de Exceção. A doutrina aponta dois tipos de imunidades, a material e a formal.

Na perspectiva de Paulo Gustavo Branco e Gilmar Mendes (2022), as imunidades, que fazem parte do Estatuto do Congressista, têm por escopo assegurar o livre desempenho do mandato e prevenir ameaças ao funcionamento normal do Legislativo. Nesse viés, há a imunidade material e a formal, sendo a inviolabilidade civil e penal dos deputados por suas opiniões, palavras e votos, e a garantia do parlamentar não ser preso, ou não permanecer preso, bem como a possibilidade de suspender o processo penal em curso contra ele, respectivamente.

A imunidade material conferida aos parlamentares diz respeito à inviolabilidade, tanto penal quanto civil, dos senadores e deputados por quaisquer sejam suas palavras e opiniões. Diante disso, a imunidade material suspende a responsabilidade do agente, só alcançando as manifestações que condizem com as respectivas funções parlamentares, independente do local em que forem proferidas (CUNHA JÚNIOR, 2012).

O referido autor ainda afirma que tal prerrogativa não é absoluta, uma vez que estaria somente relacionado a práticas condizentes ao exercício do ofício parlamentar, isto é, a imunidade em termos materiais protege os membros das Casas Legislativas de quaisquer manifestações relacionadas ao exercício das funções configuradas aos parlamentares.

Dirley da Cunha Júnior (2012) ainda ressalta que a imunidade em termos formais concerne à proteção dos membros do Congresso Nacional quanto à prisão, isto é, não podem ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Ainda salienta que no caso de flagrante, ocorre a resolução da prisão do parlamentar mediante votação da maioria da respectiva Casa Legislativa do senador ou deputado em pauta, tendo seus autos remetidos dentro do período de vinte e quatro horas. Ademais destaca que:

[...] conforme dispõe o § 3 do art.53, recebida a denúncia contra o parlamentar, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação.

Conclui também o autor que a imunidade parlamentar em sua modalidade formal relativa ao processo penal, prevê a possibilidade de sustação do processo iniciado contra o parlamentar por crime cometido após sua diplomação. Logo, assim que recebida a denúncia do ato ilícito, o Supremo Tribunal Federal notificara a respectiva Casa Legislativa, que o partido político mediante iniciativa e pelo voto da maioria de seus membros, poderá sustar o andamento da ação.

3 Os limites das imunidades parlamentares

Conforme o discutido anteriormente, é possível ter em mente que a imunidade parlamentar se trata de um instrumento que assegura aos parlamentares uma maior garantia ao cumprimento de seus deveres, conforme se expressa Pedro Aleixo (2020), e que quanto à

Constituição e demais Leis que tratam de tal assunto, esta deve “garantir o exercício independente das funções de representante do povo e também revestir seus votos e suas opiniões de respeitável insuspeição.”.

Não obstante a isso, não se pode deixar de apontar as violações e abusos que ocorrem quanto às imunidades, pois deve-se observar que as imunidades parlamentares pressupõem nexo de causalidade em relação ao exercício do mandato, e declarações proferidas em contexto desvinculado das funções parlamentares não serão beneficiadas com o instituto da imunidade parlamentar.

Tal afirmação pode ter como base o seguinte entendimento jurisprudencial decidido pelo STF:

Agravo. Penal e processo penal. Queixa-crime por difamação e injúria. Liberdade de expressão e imunidade parlamentar. Necessidade de vinculação com o exercício do mandato. Intuito manifestamente difamatório e injurioso às declarações do querelado. Doutrina e Precedentes. Teoria funcional da imunidade parlamentar. Manifestações proferidas nas redes sociais. Provimento do recurso, com o recebimento da queixa-crime. (BRASIL, 03/05/2022)

Mormente, é possível observar que a doutrina não possui um entendimento comum em relação à imunidade parlamentar, tendo em vista que enquanto alguns doutrinadores defendem que tal instrumento deve ser absoluto durante o exercício da função do parlamentar e seguir à risca o disposto no art. 53 da Constituição Federal, outros defendem que deve haver um limite na imunidade que garanta a proteção da moral e da honra daqueles aos quais o discurso do parlamentar for dirigido, para

uma maior garantia da proteção da dignidade da pessoa humana, mesmo durante o exercício da função.

Já em relação ao entendimento jurisprudencial, é notório que para o Supremo Tribunal Federal (STF), a imunidade parlamentar material possui caráter absoluto no que diz respeito ao exercício da função, como é previsto no art. 53, *caput*, da Constituição Federal, *in verbis*, “Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001).

§ 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001).

Dessa forma, observa-se que o art. 53 tem como preceito garantir aos parlamentares maior plenitude no exercício de suas funções. Desta forma, destaca o Ministro Marco Aurélio (2010):

O objetivo maior do preceito [art. 53 da Constituição Federal] é viabilizar a atuação equidistante, independente, sem peias, no exercício do mandato [...]. De modo algum, tem-se preceito a viabilizar atuação que se faça, de início, estranha ao exercício do mandato, vindo o Deputado ou Senador a adentrar, sem consequências jurídicas, o campo da ofensa pessoal, talvez mesmo diante de descompasso na convivência própria à vida gregária. A não se entender assim, estarão eles acima do bem e do mal, blindados, a mais não poder, como se o mandato fosse um escudo polivalente, um escudo intransponível. Cumpre ao Supremo, caso a caso, perquirir a existência de algum elo entre o que se espera no desempenho do mandato parlamentar e o que veiculado, principalmente quando isso aconteça fora da casa legislativa, em entrevista dada à imprensa. (BRASIL, 2010)

Além disso, a Ministra Cármen Lúcia, em seu voto proferido no Inq 2.813/DF, defende tal ideia ao dizer a seguinte afirmação: “Como a Constituição é sistema, se lê no conjunto, o artigo 53 usa a expressão “são invioláveis”. Entretanto, usa rigorosamente a mesma expressão na espinha dorsal da Constituição, que é o art. 5º, ao afirmar que: Art. 5º, X – São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas [...]”.

Complementando sua ideia, a ilustre Ministra Carmen Lúcia asseverou:

Não seria possível admitir que ela [a Constituição Federal de 1988]

tivesse inoculado alguns com a intangibilidade da mão da Justiça e com a inaplicação total do Direito, de tal modo que ficassem alguns intocáveis para a observância do próprio sistema jurídico. Nem os princípios nem os fins a que se destina a norma de direito prestam-se a tal interpretação e aplicação. (BRASIL, 2006)

Assim, nota-se que o STF possui razão ao considerar a imunidade material absoluta, pela circunstância de as manifestações de pensamento parlamentar terem sido externadas na sede da Casa Legislativa a que ele pertence, ou seja, durante o exercício de seu mandato.

Nesse caso, em decorrência da imunidade material, não cabe responsabilização penal, civil ou administrativa do congressista por delitos contra a honra, isto é, das manifestações do congressista – opiniões, palavras e votos – não poderá resultar nenhuma responsabilidade, seja na esfera penal, civil, administrativa ou política.

É possível citar dois casos onde a imunidade parlamentar não foi observado. Primeiramente, quanto ao entendimento da segunda turma do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2022) em razão do processo de queixa-crime contra o senador Jorge Kajuru, a imunidade parlamentar não foi observada, por conter em seu discurso conteúdo difamatório, ou seja, o direito resguardado pela Constituição em nosso sistema não apresenta caráter absoluto quanto ao conteúdo expressado. Desse modo, mesmo esta sendo uma garantia à liberdade de expressão dos congressistas no decorrer de suas opiniões e votos, não podem acarretar discursos difamatórios e necessitam ter uma ligação ao seu mandato político.

Dessa maneira, os parlamentares só podem utilizar da imunidade parlamentar quando suas opiniões e votos estiverem ligadas aos seus mandatos, mesmo esta proteção sendo ampla devido à imunidade dos parlamentares para com seus representados, não podendo utilizá-la de maneira a terem como base de suas declarações conteúdos criminosos, como a difamação ou as ofensas.

De acordo com o ministro do Supremo Gilmar Mendes relator da ação da 2º turma do supremo:

Ainda que se garanta ampla liberdade de expressão, nos casos de abusos ou usos criminosos, fraudulentos ou ardilosos dessa prerrogativa para a ofensa a terceiros ou para incitar a prática de delitos, pode se concluir pela não incidência da cláusula de imunidade. (BRASIL, 2022)

Outro exemplo em que o Supremo Tribunal Federal não reconheceu a imunidade parlamentar foi no caso do ex-deputado federal Daniel Silveira (AP 1044). Neste caso, o congressista também utilizou de

maneira indevida a proteção da sua imunidade material, ao apresentar em sua declaração ameaças contra os ministros, além de ir contra o estado democrático de direito, estando longe do Congresso Nacional, ou seja, fora de seu mandato. Dessa forma, a prerrogativa não pôde ser alcançada, tendo em vista que o ex-deputado estaria utilizando-a de maneira indevida para propagar suas declarações. Com isso, seguindo a fala do Ministro Gilmar Mendes, o ex-deputado federal utilizou dessa prerrogativa para propagar sua opinião, a qual apresenta conteúdos em sua natureza criminosos, já que estes vão contra a honra, dignidade e segurança dos ministros do Supremo além de ir contra o Estado Democrático de Direito, assim sendo contrária a finalidade da imunidade parlamentar presente na nossa Constituição. Além disso, apenas o fato de tais declarações terem sido proferidas fora do exercício do mandato do ex-deputado basta para que a imunidade parlamentar não seja deferida.

4 Liberdade de expressão e os limites da imunidade

Conforme visto anteriormente, é possível concluir que a imunidade parlamentar se trata de um instrumento que visa garantir aos parlamentares uma maior independência no exercício de suas funções, tornando seus votos, opiniões e palavras invioláveis, não se tratando, entretanto, de um privilégio pessoal dos congressistas que lhes dão o direito de violar os direitos fundamentais alheios, pois deve ser utilizada apenas em ações que ocorram durante o exercício de seu mandato.

De acordo com a previsão legal da imunidade parlamentar presente em nosso ordenamento jurídico, é garantido aos congressistas uma maior liberdade ao expressar seus discursos e votos, já que estes de acordo com André Mendonça, Ministro do Supremo Tribunal Federal no processo criminal contra Daniel Silveira (BRASIL, 23/06/2022), entendeu que essa prerrogativa é uma forma de proteção contra as repressões dos outros poderes. Dessa maneira, o artigo 53 da Constituição Federal garantiria essa liberdade ao criticar atos de outros atores políticos.

Sendo de entendimento que em nosso ordenamento jurídico não existe nenhum direito absoluto, podemos dizer que a liberdade de expressão presente na imunidade parlamentar também não é absoluta, podendo esta apresentar limites. De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, essa restrição acontece de maneira excepcional, na medida em que é afetado o direito à honra e à reputação, evitando assim um exercício abusivo da liberdade de expressão, um exemplo em que ocorre esse limite

é no caso do deputado federal Daniel Silveira (BRASIL, 23/06/2022).

Levando em consideração o processo criminal do ex-deputado federal Daniel Silveira, o qual de acordo com a decisão da maioria do plenário em não considerar seus discursos protegidos pela liberdade de expressão (BRASIL, 23/06/2022), entende-se que o parlamentar utilizou de forma indevida a sua liberdade ao criticar os ministros do Supremo, já que suas manifestações apresentavam conteúdos criminosos (crimes contra honra). Porém, se levarmos em conta a ampla liberdade concedida na manifestação do Poder Legislativo ele não estaria errado ao criticar os ministros do Supremo, devido à proteção dada pela prerrogativa do artigo 53. Entretanto, além de seu discurso necessitar de um vínculo direto com seu mandato para adentrar no campo da imunidade parlamentar, este também não pode conter caráter criminoso em sua formação para adentrar na proteção do direito à liberdade de expressão.

Uma maneira da Câmara dos Deputados tentar evitar o uso abusivo da prerrogativa do art. 53 da Constituição Federal é com seu código de ética, o qual:

Além deste em seu capítulo II, artigo 3º, apontar os deveres fundamentais do deputado, mais especificamente o inciso VII, em que fala sobre como o parlamentar deve tratar não só seus colegas políticos mas também as autoridades, ao exercer sua função como congressista. Também , apresenta condutas que se praticadas, ferem o decoro parlamentar, a qual estão dispostas em seu art.5, capítulo IV.

Se analisarmos o inciso III deste artigo mais o inciso VII do art. 3º com o caso do Daniel Silveira, citado acima, entende-se que houve a violação desses incisos já que o deputado não tratou seus colegas políticos com o devido respeito ao manifestar sua atividade parlamentar (art.3º, inciso VII, do Código de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados), já que este praticou crimes contra a honra dos ministro do Supremo, com isso violando o inciso III do artigo 5º do Código de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados.

Portanto, observa-se que embora a imunidade parlamentar seja garantida aos congressistas pelo art. 53 da Constituição Federal, é de suma importância que a Câmara e o Senado que regulam os atos dos parlamentares não deixem que esses limites sejam violados. Para que isso seja feito, estas devem manter o equilíbrio entre a garantia à imunidade parlamentar, assegurada a todos os parlamentares, e a garantia à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais como os expressos no art. 5º da Constituição Federal, assegurada a todos os cidadãos, de modo que os

deputados e senadores tenham seus votos e opiniões protegidos, desde que não ultrapassem os limites de suas funções.

5 Considerações finais

Como é possível observar no disposto, nota-se que desde tempos antigos (1824), já se tinha uma visão em relação à imunidade parlamentar, em que os membros da Câmara eram invioláveis; com a atual Constituição Federal, não é diferente, já que no exercício do mandato, são isentos de responsabilidade os deputados e senadores. Ademais, é notório que como foi retratado pelo doutrinador Dirley da Cunha Junior, as imunidades parlamentares garantem a independência e autonomia a todos os parlamentares, para que estes possam exercer suas funções livremente. Portanto, conclui-se que a imunidade parlamentar em sua modalidade formal, prevê a possibilidade de sustação do processo iniciado contra o parlamentar por crime que foi cometido após sua diplomação, assim, o STF após receber a denúncia do ato ilícito notificaria a Casa Legislativa e que assim, por voto da maioria dos membros poderia sustentar o andamento de tal ação.

Quanto ao disposto no capítulo 2 “Os limites das Imunidades Parlamentares”, é possível observar que não existe uma consolidação quanto ao caráter absoluto da imunidade parlamentar. Conforme o exposto no capítulo supracitado percebe-se que há uma divergência de pensamentos entre alguns doutrinadores, podendo notar que existem aqueles que acreditam que o art. 53 da CF possui caráter absoluto, e também existem aqueles que acreditam na inviolabilidade dos direitos de qualquer cidadão ao qual o discurso do parlamentar for dirigido, mesmo que durante o exercício de suas funções. Referido capítulo trabalha com dois exemplos em que é possível observar esse abuso do instrumento parlamentar.

Por conseguinte, é possível compreender que a prerrogativa da imunidade parlamentar presente em nosso ordenamento jurídico, tem por finalidade garantir uma ampla liberdade e proteção aos congressistas no exercício de suas funções, evitando assim uma possível repressão do Poder Legislativo. Porém, deve-se observar que a liberdade de expressão presente na imunidade parlamentar, por mais que esta seja ampla, ainda pode apresentar limites excepcionais, os quais são necessários para evitar o uso abusivo do disposto no art. 53 da Constituição Federal, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, estes ocorrem quando há a violação do direito à honra e à reputação.

Referências

ALEIXO, Pedro. **Imunidades parlamentares**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2020.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. Capítulo 9.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF: Senado, 1988.

BRASIL. Relatora ministra CÁRMEN LÚCIA. Julgamento 31/08/2006. Publicação 08/09/2006. Decisões monocráticas HC 89549. REPETIÇÃO DE HABEAS CORPUS JULGADO PELA PRIMEIRA TURMA DO STF. TENTATIVA DE SE BURLAR A VEDAÇÃO ENUNCIADA NA SÚMULA 606 DO STF. IMPOSSIBILIDADE. EXAURIMENTO DO EXAME DOS ARGUMENTOS. SEGUIMENTO NEGADO.

Trata-se de habeas corpus impetrado por BRUNO RODRIGUES em favor de JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2403040>. Acesso em: 30 de maio de 2023

BRASIL. SEGUNDA TURMA (DF-DISTRITO FEDERAL). Acórdão Pet 8267 AgR.

Relator ministro CELSO DE MELLO. Agravo. Penal e processo penal. Queixa-crime por difamação e injúria. Liberdade de expressão e imunidade parlamentar. Necessidade de vinculação com o exercício do mandato. Intuito manifestamente difamatório e injurioso das declarações do querelado. Doutrina e precedentes. Teoria funcional da imunidade parlamentar. Manifestações proferidas nas redes sociais. Provimento do recurso, com o recebimento da queixa-crime. Julgamento 03/05/2022. Publicação 20/06/2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5730939>. Acesso em: 30 de maio de 2023

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2012.

HORTA, Raul Machado. Imunidades parlamentares. Universidade Federal de Minas Gerais, São Paulo: **Open Journal Systems**, 7 ed. capítulos I e IV.

O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO NA VISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Dandy Jesus Leite Borges¹

1 Introdução

O foro por prerrogativa de função como critério definidor de competência dos Tribunais sempre esteve presente no ordenamento jurídico brasileiro, quer em norma de envergadura constitucional, quer em normas infraconstitucionais.

Rememorando a história, depois de dissolver a constituinte em 1823, Dom Pedro I formou um conselho provisório e, na sequência, outorgou a Constituição do Brasil em 25 de março de 1824, já trazendo em seu art. 164 a competência do Supremo Tribunal de Justiça para: “Conhecer dos delictos, e erros do ofício, que commetterem os seus Ministros, os das Relações, os Empregados no Corpo Diplomatico, e os Presidentes das Províncias”².

A primeira constituição da república também já trazia em seu artigo 59 a competência originária do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar o Presidente da República, Ministros de Estado e Ministros Diplomáticos.³

Em pesquisa ao acervo do Supremo Tribunal Federal, notadamente ao laureado livro em memória à jurisprudência do Ministro Evandro Lins e Silva, logo se verifica que o foro especial sempre foi tema de encontros

1 Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado de Rondônia. Membro Auxiliar da Presidência do Conselho Nacional do Ministério Público (2016-2017). Secretário-Geral do Ministério Público de Rondônia (2021-2024). Professor titular de Direito Processual Penal da Universidade São Lucas|AFYA. Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal (Uni-Leonardo Davinci) e Combate a Corrupção (Estácio).

2 BRASIL. Constituição Federal, de 25 de março de 1824. Registrada na Secretaria de Estado dos Negocios do Imperio do Brazil a fls. 17 do Liv. 4º de Leis, Alvarás e Cartas Imperiaes. Rio de Janeiro em 22 de abril de 1824. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 06 de maio de 2024.

3 BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 1891. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 06 de maio de 2024.

e desencontros jurisprudenciais, destacando-se o julgamento de dois casos que geraram grande discussão social e que bem revelaram a mutação de entendimento diante de determinados sobressaltos históricos. (Alves Júnior, 2019).

No julgamento do Inquérito nº 2, no caso do ex-presidente João Goulart, o Supremo Tribunal Federal enfrentou o tema do foro por prerrogativa de função e a competência da corte constitucional para processar e julgar o referido ex-presidente, então com os direitos políticos cassados. O Ministro Gonçalves de Oliveira encaminhou o voto mantendo a competência originária do STF para julgar o ex-presidente João Goulart, independentemente da condição de cassado e com os direitos políticos suspensos. A divergência vencedora, conduzida pelo e. Ministro Djaci Falcão, acabou assentando a competência da Justiça Federal do Estado da Guanabara, à vista da perda dos seus direitos políticos.

No entanto, em memorável voto, o Ministro Evandro Lins e Silva também se posicionou pela competência do STF:

A regra sobre competência incide imediatamente. Se assim é nas leis processuais comuns, com muito maior razão há de ser em decorrência de preceito constitucional. Uma regra transitória, de direito excepcional, fez cessar o foro privativo dos que tiveram suspensos os seus direitos políticos (art. 16, I, do Ato Institucional 2). A norma, apesar do seu caráter de exceção, foi aplicada de pronto e incontinentemente aos processos em curso. Sobreveio a Constituição de 1967, que não repetiu a regra excepcional. Ao contrário, manteve o foro privativo de certas autoridades, restabelecendo, dessa forma, a situação preexistente, que vinha desde a Constituição de 1891. Tem-se argumentado que a disposição do ato institucional se projetou no tempo, com caráter de ultratividade, por força do art. 173, I, da atual Constituição, que excluiu da apreciação judicial os atos praticados pelo Governo Federal com base nos Atos Institucionais 1 e 2. Não me parece procedente o argumento. Um exemplo mostrará, com a maior simplicidade, que a regra excepcional só teve vigência e eficácia até a promulgação da Carta de 1967. O Ato Institucional 2 deslocou a competência do foro comum para o militar, no julgamento dos crimes políticos. Se a disposição relativa a esse problema não houvesse sido repetida na Constituição, impunha-se a volta do julgamento dessas infrações à justiça ordinária. Mas o constituinte quis que a competência da Justiça Militar fosse mantida e o fez de modo expresso no art. 122, § 1º. Se o não tivesse feito, o ato institucional se projetaria no tempo, impondo-se além do prazo de sua vigência? Penso que não. O direito excepcional há de ser interpretado restritivamente. Não me parece possível alargar a incidência 120 Memória Jurisprudencial dos atos institucionais a situações que a Constituição não reproduziu, de modo taxativo. Os

pareceres dos ilustres juristas Afonso Arinos de Melo Franco e Pontes de Miranda, que me foram enviados juntamente com o memorial do advogado, examinam com proficiência o tema jurídico em foco e demonstram, a meu ver, que se restabeleceu o foro privativo dos ex-Presidentes da República que tiveram os seus direitos políticos suspensos, com base nos Atos Institucionais 1 e 2.⁴

No segundo caso aqui trazido a título de pesquisa realizada por Luiz Carlos Martins Alves Júnior, refere-se ao julgamento do HC nº 42.108, impetrado por Sobral Pinto em favor do preso Miguel Arraes, ex-governador do Pernambuco cassado em 1964, em julgamento realizado em 19 de abril de 1965. Na oportunidade, o relator Ministro Evandro Lins evocou a súmula 394 e os inúmeros precedentes da Corte para fixar a competência do Tribunal de Justiça de Pernambuco em razão da competência *ratione personae* e o foro por prerrogativa de função (2009, p. 122):

Competência. Crime de responsabilidade e crime comum. Prerrogativa de função. O Governador de Estado será julgado em foro privativo, nos termos da Constituição, da Lei 1.079, de 10-4-1950, e do Código de Processo Penal. Não há que distinguir entre crime comum e crime militar para definir a competência *ratione personae* e não *ratione materiae*, quando se trata de julgamento de titulares que têm direito a foro especial em decorrência da eminência da função que desempenham. A expressão crime comum é usada na Constituição em contraposição a crime de responsabilidade. Jurisprudência predominante do STF. Habeas corpus concedido de acordo com a Súmula 394.

A repercussão do julgamento se deveu ao fato de que o paciente foi um dos primeiros Governadores cassados e presos em face do Golpe de 1964 e era um representativo líder das “esquerdas”, aliado de João Goulart. O paciente encontrava-se preso desde 1º de abril de 1964. Era um símbolo tanto das esquerdas quanto dos militares, com significações distintas. A decisão concessiva do habeas corpus desagradou os setores militares, mas foi cumprida, e Miguel Arraes foi posto em liberdade, para que respondesse a eventuais processos criminais perante o Tribunal de Justiça de Pernambuco. O Relator, Ministro Evandro Lins, evocou em sua manifestação a Súmula 394 (“Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”) e os inúmeros precedentes da Corte que envolviam, inclusive, ex-Governadores e outras autoridades cassadas pela Revolução de 1964. Vez mais, o Supremo colocava obstáculos ante a “ação revolucionária” e com isso se tornava um “incômodo” para o governo autoritário. Entre servir ao “Poder” ou à “Constituição”, sempre

4 ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. *Memória Jurisprudencial: Ministro Evandro Lins*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2009, p. 119.

que pôde escolher com autonomia, a Corte optou pela Constituição, decidindo os Ministros no livre exercício de suas consciências jurídicas e morais.

O foro por prerrogativa de função, portanto, não é novidade no ordenamento jurídico. A evolução jurídico-normativa e mutação jurisprudencial quanto a sua compreensão ao longo das composições das cortes superiores demonstram a importância do tema e a primaz necessidade de observância ao princípio do juiz natural, corolário da imparcialidade do Poder Judiciário e do devido processo legal substantivo, com regras claras e preteritamente bem definidas.

2 Conceito, digressão histórica e mutação jurisprudencial dos Tribunais

Como sabido, o Decreto-lei nº 3.689 (CPP), de 03 de outubro de 1941, em seu art. 69, inciso VII, traz como um dos critérios para a definição da competência o foro por prerrogativa de função, com fixação do juiz natural em face da relevância das funções desempenhadas por certos agentes a determinados Tribunais. (Brasil, 1941).

Renato Brasileiro de Lima, ao abordar o tema da competência *ratione functionae*, discorre (2020, p. 563):

Essa jurisdição especial assegurada a certas funções públicas tem como matriz o interesse maior da sociedade de que aqueles que ocupam certos cargos possam exercê-los em sua plenitude, com alto grau de autonomia e independência, a partir da convicção de que seus atos, se eventualmente questionados, serão julgados de forma imparcial por um Tribunal. Como se percebe, a competência por prerrogativa de função é estabelecida não em virtude da pessoa que exerce determinada função, mas sim como instrumento que visa resguardar a função exercida pelo agente. Daí o motivo pelo qual preferimos utilizar a expressão *ratione functionae* em detrimento de *ratione personae*. Essa excepcionalidade do foro por prerrogativa de função em face de preceitos sensíveis da Constituição Federal, como o da isonomia e o do juiz natural, possui uma razão de ser própria, específica, justificável, que transmuda sua conotação de privilégio, no sentido pejorativo da palavra, para prerrogativa essencial ao bom exercício da função. Por tal motivo, em uma Constituição Federal que pretende tratar igualmente os cidadãos comuns, as hipóteses de prerrogativa de foro, pelo privilégio que de certa forma conferem, devem ser interpretadas restritivamente. Como esse *foro por prerrogativa de função* é estabelecido em decorrência das funções desempenhadas pelo agente, e não em razão da pessoa, predomina na doutrina o entendimento de que não há qualquer ofensa

ao princípio da isonomia.

Eugênio Pacelli ensina que “tendo em vista a relevância de determinados cargos ou funções públicas, cuidou o constituinte brasileiro de fixar foros privativos para o processo e julgamento de infrações praticadas pelos seus ocupantes, atentando-se para as graves implicações políticas que poderiam resultar das respectivas decisões judiciais”. Segundo o autor, “optou-se, então, pela eleição de órgãos colegiados do Poder Judiciário, mais afastados, em tese, do alcance de pressões externas que frequentemente ocorrem em tais situações, e em atenção também à formação profissional de seus integrantes, quase sempre portadores de mais alargada experiência judicante, adquirida ao longo do tempo de exercício na carreira [...]” (2020, p. 209-210).

Não obstante a crítica social reverberada em relação ao foro por prerrogativa de função, muitas vezes justificada pelo sentimento de morosidade nos julgamentos por parte dos Tribunais ou, ainda, diante das tentativas injustificadas de ampliação para determinados agentes, o fato é que a definição de um tribunal como juízo natural acaba por garantir – em muitas situações - maior independência e imparcialidade no julgamento, evitando-se, portanto, eventuais interferências e pressões por parte de acusados, notadamente aos Magistrados e Membros do Ministério Público no início da carreira.

Ocorre que a extensão e limites ao foro por prerrogativa de função vêm sofrendo fortes mudanças na jurisprudência dos Tribunais, notadamente do Supremo Tribunal Federal, isso porque, a par de estimar-se a existência de mais de 37 mil agentes com foro especial no país, abrangência essa que não guarda similitude em nenhum país no mundo, a quantidade excessiva de autoridades com foro especial acabou por gerar uma grande disfuncionalidade nos Tribunais (Dizer o Direito, 2018).

O código de processo penal, ainda na sua redação original de 1941, já não trazia os contornos processuais e definições dos casos em que deveria ser reconhecido o foro por prerrogativa de função, talvez pela desnecessidade, à época, da racionalização da atuação dos Tribunais, dado o menor volume de ações que por lá tramitavam. O cenário mudou completamente desde então.

Assim, quando os referidos agentes praticavam crimes comuns, ainda que fora da função, ou mesmo em situação de perda superveniente da *ratione personae*, a prerrogativa de julgamento perante os Tribunais persistia, ou seja, reconhecia-se a *perpetuatio jurisdictionis*.

No entanto, foi somente na década de 60 que os contornos e limites do foro por prerrogativa de função começaram a ser discutidos com maior densidade no Supremo Tribunal Federal. Mais precisamente em 1964, pouco tempo depois da instituição do regime militar e deposição do presidente João Goulart, um momento histórico, significativo e que levou o STF a analisar inúmeros *habeas corpus* (HC 40382, HC 40398 e HC 40400), muitos dos quais impetrados pelo memorável Advogado Sobral Pinto, o que acabou por resultar na edição de três súmulas.

A primeira súmula, nº 394, reconhecia a *perpetuatio jurisdictionis* para julgamento de agentes que, tendo cometido crime no exercício do cargo, mantinham o foro especial ainda que perdessem tal condição funcional: “Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”⁵

Em abril de 1964, editou-se a súmula nº 398, com o seguinte enunciado: “O Supremo Tribunal Federal não é competente para processar e julgar, originariamente, deputado ou senador acusado de crime.”⁶

Ainda no mesmo ano, o STF editou a súmula nº 451, não reconhecendo o foro por prerrogativa de função aos crimes praticados após o exercício funcional: “A competência especial por prerrogativa de função não se estende ao crime cometido após a cessação definitiva do exercício funcional.”⁷

Vejamos que, pela leitura das súmulas referidas, o Supremo Tribunal Federal fez um movimento inicial de restrição do foro por prerrogativa de função, o que acabou por gerar reflexos, por simetria — e não poderia ser diferente —, tanto no Superior Tribunal de Justiça, quanto nos tribunais regionais e dos estados.

Guilherme de Souza Nucci, em sua obra Código de Processo

5 Brasil. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 394. Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício. (Cancelada). Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula394/false>. Acesso em: 11 de maio de 2024.

6 Brasil. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 398. O Supremo Tribunal Federal não é competente para processar e julgar, originariamente, deputado ou senador acusado de crime. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula398/false>. Acesso em: 11 de maio de 2024.

7 Brasil. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 451. A competência especial por prerrogativa de função não se estende ao crime cometido após a cessação definitiva do exercício funcional. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula451/false>. Acesso em: 11 de maio de 2024.

Penal Comentado, registrou que o STF, por decisão do pleno, acabou por cancelar a súmula nº 394 no dia 25 de agosto de 1999, pondo fim à hipótese de *perpetuatio jurisdictionis* em caso de perda do cargo, ou seja, o Supremo remetia ao primeiro grau as ações penais que tramitavam contra agentes que perdessem o cargo no curso da ação (Nucci, 2009, p. 252).

Inconformada com o afastamento do privilégio, a classe política providenciou a ressurreição da súmula 394, através da Lei 10.628/2002, que acrescentou o §1º a este artigo. Como bem assinala Hugo Nigro Mazzilli, “revogada a Súmula 394, o presidente da república, os parlamentares se sentiram como na história do rei que fica nu... Antes protegidos por uma regra de foro por prerrogativa de função, que concentrava o poder de investiga-los e processá-los nas mãos do Procurador-Geral da República e dos altos Tribunais (cujos os integrantes são nomeados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado, podendo o Procurador-Geral da República ser reconduzido indefinidamente), de uma hora para outra essas autoridades passaram a tornar-se, de forma inédita, meros cidadãos comuns... Que acinte! O foro especial por prerrogativa de função deixaria de existir, só porque tinham deixado de existir as funções... Então, por que não buscar por vias jurisprudenciais ou até por alteração legislativa aquilo que o STF lhes tinha dado por meio da súmula, e depois, infelizmente, negado quando revogada a referida súmula?

O cancelamento da Súmula nº 394 ocorrera no julgamento da Questão de Ordem no Inquérito nº 687, em julgamento do dia 25 de agosto de 1999, em que figurava como investigado o então ex-deputado federal Jabes Pinto Rabelo, de Rondônia. Naquela oportunidade, Jabes Rabelo buscava a manutenção do foro por prerrogativa de função em razão de sua condição de ex-deputado, nos termos da súmula 394.

Em voto analítico e com profundo estudo do tema em relação as circunstâncias da edição da Súmula 394, que remontava ao ano de 1964, o eminente Ministro Sydney Sanches foi categórico em assentar que a manutenção de foro, ou seja, a *perpetuatio jurisdictionis* para ex-detentores de cargos seria incompatível com o art. 102, I, “b”, da CR/88. Disse ele: “A tese consubstanciada nessa Súmula não se refletiu na Constituição de 1988, ao menos às expressas, pois, no art.102, I, “b”, estabeleceu competência originária do Supremo Tribunal Federal, para processar e julgar “os membros do Congresso Nacional”, nos crimes comuns. Continua a norma constitucional não contemplando os ex-membros do Congresso Nacional, assim como não contempla o ex-presidente, o ex-Vice-Presidente, o ex-Procurador-Geral da República, nem os ex-Ministros de Estado (art. 102,

I, “b” e “c”)⁸.

O cancelamento da Súmula 394 sem dúvida alguma foi um passo importante para a racionalização da atuação do Tribunal e delimitação do foro por prerrogativa de função. Ocorre que o Congresso Nacional, em votação do PL 6295/2002, de autoria do Deputado Federal Bonifácio de Andrada, posteriormente convertida na Lei 10.628/2002 com a correspondente sanção presidencial, tentou resgatar o benefício da manutenção de foro para ex-detentores de cargos públicos. Disse o referido Deputado Federal em sua justificativa⁹:

Na prática o que se procura, é promover a quantos que exercem cargos e funções de especial relevância para o Estado, uma vez processados após o término do mandato ou do exercício funcional, a garantia de ter o foro especial que lhe era proporcionado ao tempo da titularidade.

Quer dizer, se o Presidente da República ou ex-governador de Estado, ou ex-secretário de Estado outra autoridade, depois de terminado o prazo da função, for processado por atos ou manifestações havidos ao tempo em que exerciam as suas atividades públicas, o Tribunal há de ser aquele que julgaria naquela época os respectivos atos ou manifestações que promovera no período. Na hipótese, esta determinação processual é um desdobramento lógico e de bom senso em favor do cidadão que atuou na função pública e que precisa garantir-se de tudo que fez durante o exercício dela, tratado e julgado como se nela estivesse. Se isso não ocorrer, os riscos de qualquer cidadão serão enormes, colocando-os numa situação de desigualdade e de dificuldades o que prejudicará aqueles que por dever disputarem mandatos populares ou exercerem cargos governamentais. As providências do Projeto acima constituem, portanto, garantias e não privilégios, pois a capacidade que se espera das autoridades amparadas pelo foro especial por prerrogativa de função ficará comprometida se houver receio de que, cessado o mandato ou à investidura, o seu julgamento não será mais realizado pela autoridade judiciária que a própria Constituição considerou mais isenta, e sim por outra que, presumidamente, não teria o mesmo grau de independência. Não se pode olvidar que o título de cargo público angaria ao longo de seu exercício inúmeros adversários, e que estes podem exercer pressões como vindita contra aquele, que no exercício do cargo, contrariou interesses, e agora ostenta apenas a condições de ex-autoridade e adversário da corrente dominante.

Não obstante a tentativa da classe política em revigorar a cancelada

8 Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1540800>. Acesso em: 12 de maio de 2024.

9 Disponível em: <https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD05ABR2002.pdf#page=392>. Acesso em: 12 de maio de 2024.

súmula nº 394 com a edição da Lei Federal nº 10.628/2002, que dava nova redação ao art. 84, §§ 1º e 2º, o STF acabou julgando procedente duas Ações Diretas e Inconstitucionalidades ajuizadas pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP (ADI nº 2.797/D) e pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB (ADI nº 2.860/DF), fortalecendo o movimento de restrição ao foro por prerrogativa de função.

Inúmeros casos aportaram ao Supremo Tribunal Federal ao longo dos anos, no entanto, somente no ano de 2018, por proposição do eminente Ministro Luís Roberto Barroso, foi quando o Tribunal, em decisão paradigmática na Ação Penal nº 937, passou a refletir duas grandes questões que mudariam o entendimento da Corte no sentido de restringir ainda mais os casos de foro por prerrogativa de função.

3 Sentido e o alcance do foro por prerrogativa de função fixados na Questão de Ordem na Ação Penal (AP) nº 937 (2018) pelo STF

A questão de ordem na ação penal nº 937, de relatoria do e. Ministro Roberto Barroso, foi a oportunidade em que o STF pôde fixar regras mais claras e contornos mais objetivos de definição de competência em razão do foro por prerrogativa de função, prestigiando, sobremaneira, o princípio juiz natural e, para além disso, reconhecendo a importância do foro especial com mais fidelidade à sua gênese. (Supremo Tribunal Federal, 2018).

Por ocasião do julgamento, o STF debateu duas questões fundamentais, que resultaram em duas teses fixadas. A primeira delas refere-se ao sentido e ao alcance do foro por prerrogativa de função para alcançar somente os crimes praticados no cargo e em razão do cargo.

A segunda tese fixada diz respeito ao momento da fixação definitiva da competência do STF, ou seja, visou impedir a indesejada manipulação da competência por parte dos agentes que astuciosamente deixavam o cargo para forçar a declinação da competência, evitando-se, desta feita, o julgamento. Assim, a Corte constitucional definiu que, ainda que o agente possa ocupar outro cargo ou mesmo perca o cargo ensejador do foro especial, prorrogar-se-á a competência do Tribunal quando publicado o despacho de intimação das partes para a apresentação das alegações finais.

Em síntese, o STF, ao resolver a referida questão de ordem, fixou as seguintes teses: (i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas

aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (ii) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada, qualquer que seja o motivo.

Ainda destacando o julgamento da questão de ordem na AP nº 937, o Ministro Luís Roberto Barroso, na condição de relator, teceu duras críticas à amplitude que tomou o foro especial em *terrae brasilis*, não encontrando em nenhum outro país do mundo um modelo equiparável ao brasileiro. Disse ele: “Boa parte das democracias sequer tem foro privilegiado; Reino Unido, Alemanha, Estados Unidos e Canadá sequer preveem essa possibilidade. E em outros países, como França, Portugal, o foro é limitado constitucionalmente ao Presidente da República, ao chefe de governo e, em alguns casos, ao gabinete de ministros” (Supremo Tribunal Federal, 2018).

Não há dúvidas de que as duas teses fixadas pelo STF, uma restringindo o foro especial aos crimes cometidos durante o cargo e relacionados a este, outra para fixar definitivamente a competência a partir da publicação do despacho que intima as partes para a apresentação das alegações finais, foram um passo muito importante para dar maior racionalidade aos julgamentos nos Tribunais e garantir a redução dos casos que até então atraíam a competência do foro por *ratione personae*.

As regras mudaram! Os limites agora fixados ditaram – por simetria – a jurisprudência dos demais Tribunais ao longo dos anos. Já em 2019, o STF, ao julgar o Ag. Reg. no Inquérito Policial nº 4.739, Relator Ministro Alexandre de Moraes, em que figurava como investigado o ex-Deputado Federal Lúcio Quadro Vieira Lima, não reeleito nas eleições de 2018, decidiu por encaminhar os autos ao juízo da 10ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Distrito Federal – DF, afastando-se, desta feita, o foro especial.¹⁰

Em junho de 2020, por ocasião do julgamento do Ag. Reg. no RE 1.240.599, proveniente do Ceará, o STF, Relator Min. Marco Aurélio, para além de reforçar o que decidido na paradigmática AP nº 937 (03 de maio de 2018), consignou que, pela *ratio decidendi*, o precedente firmado na referida ação penal haveria de ser aplicado a toda e qualquer autoridade, ou seja, em qualquer tribunal e, no caso concreto, manteve a competência

10 Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5569484>. Acesso em 13.05.2024.

no Tribunal de Justiça em caso de Prefeito reeleito e acusado criminalmente em razão de conduta praticada no primeiro mandato, ao argumento de que não houve solução de descontinuidade entre mandatos.¹¹

Em fevereiro de 2021, o STF, por seu pleno, Relator Ministro Alexandre de Moraes, no esteio do que vinha sendo decidido nas duas turmas, por ocasião do julgamento do segundo Ag. Reg. na Petição nº 7.990 – DF, ao analisar o pedido de homologação de acordo de não persecução penal entre o, à época, Ministro Chefe da Casa Civil Onyx Dornelles Lorenzoni e a Procuradoria-Geral da República, entendeu ser competente para deliberar pela homologação, portanto, mantendo sua competência.¹²

A primeira turma do STF, no julgamento do Ag. Reg. no RE nº 1.322.140 / RR¹³, em sessão do dia 28 de junho de 2021, Relator Ministro Alexandre de Moraes, negou a manutenção de prerrogativa de foro especial ao Deputado Estadual que respondia a uma ação penal em razão de crime praticado ao tempo em que ocupava o cargo de Secretário de Estado. O recorrente buscava a manutenção do foro especial no e. Tribunal de Justiça, no entanto, a Corte constitucional entendeu que houve quebra de solução de continuidade entre cargos, para além de não reconhecer tratar-se de mandatos cruzados entre membros do congresso nacional, hipótese de manutenção de foro, conforme decidido na PET nº 9189/STF¹⁴:

Brasil. Supremo Tribunal Federal. O Tribunal, por maioria, deu provimento ao agravo regimental, para assentar a manutenção da competência criminal originária do Supremo Tribunal Federal em hipóteses como a dos presentes autos, em que verificada a existência de “mandatos cruzados” exclusivamente de parlamentar federal, ou seja, de parlamentar investido, sem solução de continuidade, em mandato em casa legislativa diversa daquela que originalmente deu causa à fixação da competência originária (art. 102, I, “b”, da Constituição Federal), nos termos do voto do Ministro Edson Fachin, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Rosa Weber (Relatora), Roberto Barroso e Marco Aurélio. Plenário, Sessão Virtual de 30.4.2021 a 11.5.2021.¹⁵

11 Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5794825>. Acesso em 13.05.2024.

12 Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755305727>. Acesso em 13.05.2024.

13 Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6156020>. Acesso em: 15.05.2024.

14 Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346984274&text=.pdf>. Acesso em: 15 de maio de 2024.

15 Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6016473>. Acesso em: 15 de maio de 2024.

A mesma postura do STF resultou no reconhecimento de inexistência de foro por prerrogativa de função no Superior Tribunal de Justiça em favor de Conselheiro do Tribunal de Contas do Distrito Federal – DF que, ao tempo do crime, ocupava o cargo de Deputado Distrital – DF.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Constitucional e Processual Penal. Deputado distrital. Foro por prerrogativa de função. Afastamento do cargo. Posse como conselheiro do Tribunal de Contas do Distrito Federal (TCDF). Fato delituoso supostamente cometido na condição de membro do Poder Legislativo Distrital e que não guarda relação de pertinência com o cargo de conselheiro do TCDF. Incompetência do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Remessa dos autos a juízo criminal de primeiro grau competente para prosseguimento da ação penal. Aplicação do entendimento firmado na Questão de Ordem na AP nº 937. Agravo regimental não provido.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sessão realizada em 3 de maio de 2018, ao julgar Questão de Ordem na AP nº 937, Rel. Min. Roberto Barroso, assentou a tese de que “o foro por prerrogativa de função se aplica apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas”. Naquela oportunidade, definiu-se também que, no caso de inaplicabilidade da regra constitucional de foro, os processos devem ser remetidos ao juízo de primeira instância competente.

2. Atualmente, o recorrente é conselheiro do Tribunal de Contas do Distrito Federal e há muito tempo não ocupa o cargo de deputado. Agravo Regimental no RE nº 1.316.564. Márcio Michel Alves de Oliveira e Ministério Público Federal. Relator Min. Alexandre de Moraes. Sessão virtual de 4 de março de 2022 a 11 de março de 2022.

O Supremo Tribunal Federal, mais recentemente, na esteira do que já vinha sinalizando, também declarou inconstitucionais dispositivos de Constituições Estaduais que conferiam foro por prerrogativa de função nos respectivos Tribunais de Justiça para agentes públicos não listados na Constituição Federal, como, v.g, (i) Defensores Públicos (ADIs 6.501, Rondônia e 6.501, Pará)¹⁶, (ii) Procuradores de Estado (ADI 6.516, Alagoas)¹⁷ e (iii) Delegados de Polícia (ADI 2.553)¹⁸.

16 Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15347810658&ext=.pdf> e <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15347810939&ext=.pdf> Acesso em: 15 de maio de 2024.

17 Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5971794> Acesso em: 15 de maio de 2024.

18 Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344023646&ext=.pdf>. Acesso em: 15 de maio de 2024.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade. Direito processual penal. Competência por prerrogativa de função. Constituição estadual que estende foro criminal por prerrogativa de função a procuradores de estado, procuradores da assembleia legislativa, defensores públicos e delegados de polícia. Impossibilidade de extensão das hipóteses defendidas pelo legislador constituinte federal. Ação direta procedente. 1. A Constituição Federal estabelece, como regra, com base no princípio do juiz natural e no princípio da igualdade, que todos devem ser processados e julgados pelos mesmos órgãos jurisdicionais. 2. Em caráter excepcional, o texto constitucional estabelece o chamado foro por prerrogativa de função com diferenciações em nível federal, estadual e municipal. 3. Impossibilidade de a Constituição Estadual, de forma discricionária, estender o chamado foro por prerrogativa de função àqueles que não abarcados pelo legislador federal. 4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 81, IV, da Constituição do Estado do Maranhão. ADI nº 2.553. Partidos dos Trabalhadores e Assembleia Legislativa do Estado do Maranhão. Relator Min. Gilmar Mendes. Dj. 17 de agosto de 2020.

É inegável que nos últimos anos o Supremo Tribunal Federal vem proferindo decisões a conferir maior restrição de agentes públicos com ações originárias nos Tribunais, tratando o foro especial como situação excepcional, prestigiando o princípio da igualdade e do juiz natural.

O amadurecimento do tema levou, inclusive, o Ministro Dias Toffoli a propor duas Súmulas Vinculantes, ainda pendentes de julgamento, com o seguinte teor (Conjur, 2018):

Súmula Vinculante nº (x): A competência por prerrogativa de foro, prevista na Constituição Federal para agentes públicos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e do Ministério Público, compreende exclusivamente os crimes praticados no exercício e em razão do cargo ou da função pública.

Súmula Vinculante nº (xx): São inconstitucionais normas de Constituições Estaduais e da Lei Orgânica do Distrito Federal que contemplem hipóteses de prerrogativa de foro não previstas expressamente na Constituição Federal, vedada a invocação de simetria.

No entanto, as balizas e limites ao foro especial substanciadas desde a Questão de Ordem na AP nº 937 em 2018, reafirmadas em diversos julgados posteriores, com extensão para todos os cargos e Tribunais, merecem vigilância. Isso porque, recentemente, no caso do homicídio da Vereadora do Rio de Janeiro Marielle Franco, o Supremo Tribunal Federal decretou medidas cautelares criminais em desfavor de investigado e apontado, *in tese*, como um dos mandantes do crime, o Deputado Federal

Chiquinho Brazão, que à época do crime era vereador municipal, portanto, sem foro especial no Supremo, e seu irmão Domingos Brazão, Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, com foro no Superior Tribunal de Justiça.

4 Rediscussão do tema em 2024 pelo STF no Inquérito nº 4954, HC nº 232627 e Inquérito nº 4787

O ano de 2024 vem sendo marcado pela rediscussão do tema no Supremo Tribunal Federal, com possibilidade concreta de revisão da *quaestio juris* em pelo menos duas ações e/ou investigações que por lá tramitam.

O Inquérito nº 4.954/RJ¹⁹ certamente é o mais emblemático deles, uma vez que nenhum dos dois principais suspeitos, o Deputado Federal Chiquinho Brazão, mas à época Vereador no Rio de Janeiro, e o Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, teriam, *in tese*, foro por prerrogativa de função no STF.

O Deputado Federal Chiquinho Brazão foi preso em razão de decretação de prisão preventiva de lavra do Ministro Alexandre de Moraes. No entanto, a decisão que segregou a liberdade dos envolvidos não enfrentou a questão da competência do STF para processar e julgar os crimes de homicídios e organização criminosa. Vejamos que a turma, em plenário virtual, acabou por homologar a decisão do Ministro relator e, de igual forma, não ingressou propriamente na definição da competência.

Cabe registrar que o Ministério Público Federal, através da Procuradoria-Geral da República, apresentou denúncia criminal²⁰ no caso em questão, insistindo na competência do Supremo Tribunal Federal, o que levará a corte constitucional a, dentre em breve, se debruçar sobre o tema por ocasião do recebimento ou não da denúncia, fixando sua competência e revisando o entendimento firmado desde 2018 ou declinando a competência para o Superior Tribunal de Justiça, à vista de envolvimento de Conselheiro de Tribunal de Contas, cargo que já ocupava à época do crime.

O segundo caso refere-se à Questão de Ordem (QO) no Inquérito nº

19 Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6880353>. Acesso em: 16 de maio de 2024.

20 Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/DenunciaMarielle.pdf>. Acesso em: 16 de maio de 2024.

4787²¹, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, com julgamento virtual em andamento, no entanto, com maioria já formada para acompanhar o relator.

Ao final de seu voto, o Ministro Gilmar Mendes propõe a ampliação do entendimento do Supremo Tribunal Federal fixado em 2018 (AP 937), com definição da seguinte tese: “a prerrogativa de foro para julgamento de crimes praticados no cargo e em razão das funções subsiste mesmo após o afastamento do cargo, ainda que inquérito ou a ação penal sejam iniciados depois de cessado seu exercício.”

Considerando que o voto já vem sendo acompanhado pela maioria dos Ministros, avizinha-se uma efetiva mudança no entendimento da Corte Constitucional para uma nova hipótese de ampliação do foro por prerrogativa de função. Mantendo-se as teses fixadas na questão de ordem na AP nº 937, agora admite-se, também, a *perpetuatio jurisdictionis* para a manutenção do foro especial no Supremo aos casos de afastamento e/ou perda do cargo, ou mesmo quando iniciada a investigação ou a ação penal posteriormente a saída deste.

Um terceiro caso em julgamento pelo Supremo Tribunal Federal é o HC nº 232627, em que figura como impetrante o ex-parlamentar federal da legislatura 2011 — 2015, Sr. José da Cruz Marinho, que renunciou ao mandato para assumir o cargo de Vice-Governador do Estado do Pará.

Ainda em 2015, o STF entendeu que, em razão de renúncia do cargo de Deputado Federal, não mais subsistia a competência do Supremo, resultando na declinação de competência para o Tribunal Regional Federal da 1ª Região.²²

Ocorre que o mesmo caso agora está sendo revisitado no HC nº 232627, oportunidade em que o Ministro Gilmar Mendes, também relator, propôs a mesma solução ampliativa e já esboçada em linhas acima. O Julgamento encontra-se em andamento pelo plenário virtual.²³

Portanto, a revisão das teses pelo Supremo Tribunal Federal em 2024, relativa ao foro por prerrogativa de função é tida como certa, posto que os votos que estão sendo coletados nos julgamentos virtuais em andamento estão acompanhando a proposição da solução encaminhada

21 Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5696197>. Acesso em: 17 de maio de 2024.

22 Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=297586791&ext=.pdf>. Acesso em: 17 de maio de 2024.

23 Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6742436>. Acesso em: 17 de maio de 2024.

pelo Ministro Gilmar Mendes.

5 Conclusão

Não se desconhece que o Supremo Tribunal Federal vem calibrando, ao longo dos anos, os contornos do foro por prerrogativa de função, ora usando a regra da atualidade, prevalecendo o exercício atual das funções públicas, ora adotando a regra da contemporaneidade, em que prevalece a natureza do crime atribuído ao detentor de função pública.

A crítica que se reverbera, e com razão, é que a mutação jurisprudencial do STF em relação a esse tema vem trazendo um ambiente de profunda insegurança, tanto para os órgãos de investigação e controle, quanto para os próprios órgãos do Poder Judiciário.

A observância ao princípio do juiz natural pressupõe a definição clara e objetiva da regra de competência mesmo antes da ocorrência do crime. A competência judicial não pode ser definida a partir de acontecimentos históricos, muito menos ter sua definição modificada com pontos de inflexão provocados por clamor social e/ou como instrumento de freios e contrapesos entre poderes.

Em 2018 o STF consolidou jurisprudência com visão restritiva do foro especial, e o que se espera, em prestígio à segurança jurídica, aos princípios do juiz natural e isonomia, posto que o foro especial deve ser tratado com exceção, é que a Corte não consuma um movimento reverso, ampliativo de hipóteses de agentes julgados diretamente nos Tribunais, conforme anuncia-se em diversos julgados em andamento neste ano de 2024.

Referências

ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. **Memória Jurisprudencial: Ministro Evandro Lins**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2009.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**. Outorgada em 25 de março de 1824. Registrada na Secretaria de Estado dos Negócios do Império do Brasil a fls. 17 do Liv. 4º de Leis, Alvarás e Cartas Imperiais. Rio de Janeiro em 22 de abril de 1824. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 06 de maio de 2024.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.**

Promulgada em 24 de fevereiro de 1891. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 1891. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm . Acesso em: 06 de maio de 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, 24 out. 1941. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 out. 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 06 de maio de 2024.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Ação Penal (AP) 937.** Direito Constitucional e Processual Penal. Quanto ao sentido e alcance do foro por prerrogativa. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília-DF. 11 de dezembro de 2018. Diário da Justiça Eletrônico. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4776682>. Acesso em: 13 de maio de 2024.

Foro por prerrogativa de função: Panorama atual. **Dizer o Direito**, 2018. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2018/06/foro-por-prerrogativa-de-funcao.html>. Acesso em: 07 de maio de 2024

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado.** 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas.** 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 2012.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**, 21ª edição, Atlas, São Paulo, 2017, p. 209-210.

TOFFOLI propõe súmulas vinculantes para restringir prerrogativas de foro. **Conjur**, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-09/toffoli-propoe-sumulas-vinculantes-restringir-foro-especial/>. Acesso em: 15 de maio de 2024.

CASO SALES PIMENTA VS. BRASIL E O INSTRUMENTO DA PRESCRIÇÃO: UM PASSO PARA COMBATER A IMPUNIDADE NOS DELITOS CONTRA OS DIREITOS HUMANOS SUSCITADA PELA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO

Fernanda Arruda Leda Leite¹

Juan Tállyson Lima Moraes²

Felipe Nascimento Fontes³

1 Introdução

O caso “Gabriel Sales Pimenta” foi submetido à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) em 4 de dezembro de 2020. O litígio envolveu a República Federativa do Brasil, na qualidade de ré, e destacou a alegada responsabilidade internacional do Estado em relação à suposta situação de impunidade associada à morte do advogado Gabriel Sales Pimenta, membro do Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Marabá.

O advogado recebeu várias ameaças de morte devido ao seu trabalho e solicitou proteção estatal em múltiplas ocasiões, porém, sem sucesso. Sua morte, em 18 de julho de 1982, ocorreu em um contexto de violência relacionada às demandas por terra e reforma agrária no

1 Doutoranda em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Goiás (PPGIDH/UFG). Mestra em Direito e Instituições do Sistema de Justiça (PPGDIR/UFMA). Professora da Universidade CEUMA. Diretora de Curso de Direito – CCANL/UEMASUL. Pesquisadora no grupo Dialogus - Estudos Interdisciplinares em Gênero, Cultura e Trabalho (UFCAT). Advogada. Email: fernandaarrudaledal@gmail.com

2 Acadêmico do 9º período do Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Ceuma (UNICEUMA), campus Imperatriz/MA. E-mail: tallyson.juan@hotmail.com

3 Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes (UCAM), em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio de Jesus. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Servidor do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão (TJMA). Professor do curso de Direito da Faculdade Pitágoras – Campus Bacabal/MA. E-mail: fontes.jus@gmail.com.

Brasil. As investigações sobre o caso foram encerradas em 2006 por uma decisão judicial que reconheceu a prescrição e a consequente extinção da punibilidade pelo decurso de prazo superior a 10 anos.

A sentença proferida pela Corte Internacional reconheceu que houve diversas omissões por parte do Estado na apuração do caso. A falta de diligência das autoridades competentes e a violação do direito à integridade pessoal dos familiares de Gabriel Sales Pimenta foram apontadas como violações dos direitos humanos estabelecidos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH). Assim, a Corte declarou que houve uma situação de impunidade ocasionada pela morosidade das autoridades judiciais na determinação das respectivas responsabilidades penais em prazo razoável, o que acabou resultando na declaração da prescrição no processo penal.

Devido a essa morosidade, o Estado brasileiro foi condenado a criar um “mecanismo para reabertura de processos judiciais” quando houver indícios de falhas do poder público na investigação e/ou processamento de casos envolvendo violações de direitos humanos, inclusive aqueles já prescritos. Com base na Sentença de 30 de junho de 2022, proferida pela Corte Interamericana, e no Relatório de Mérito nº 144/19, este artigo apresenta uma breve exposição do caso Sales Pimenta vs. Brasil e analisa suas implicações, especialmente a determinação do “mecanismo para reabertura de processos judiciais” (mesmo os já prescritos), visto que representa uma inovação significativa no combate à impunidade dos crimes contra os direitos humanos, que frequentemente se beneficiam da morosidade dos processos judiciais.

Para tanto, é necessário destacar aspectos essenciais no estudo dos direitos humanos, compreender o controle de convencionalidade como mecanismo de efetivação dos direitos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos e analisar o instituto da prescrição no ordenamento jurídico nacional.

1.1 Óbices à garantia dos Direitos Humanos

A universalidade dos direitos fundamentais decorre da ideia de que todos os seres humanos possuem certos direitos inerentes da sua condição humana. O direito à vida, moradia, lazer, ao trabalho, dentre outros, são exemplos desses direitos. Assim, interligado com essa característica, os direitos humanos surgem como núcleo essencial a proteção de valores

essenciais ao desenvolvimento de uma vida digna.

A partir dessa ideia, cabe ressaltar os ensinamentos de Hanna Arendt sobre o “direito a ter direitos”. A filósofa defende que para a existência de direitos humanos é necessário pertencer a uma comunidade política que assegure os direitos inerentes a uma vida digna (ARENDT, 1989). Entretanto, a autora ressalta que somente após a violação em grande escala é que a humanidade toma consciência da inalienabilidade dos direitos humanos, que torna necessário uma compreensão desses direitos a partir de um processo de construtivo, sem olvidar a luta e ação necessária à garantia desses direitos.

Os direitos humanos enfrentaram, ao longo da história, obstáculos que comprometem a sua efetivação. Estes desafios são estruturais e multifacetários, e têm persistido desde a conceituação do termo “direitos humanos”.

A historiadora e escritora Lynn Hunt, em sua obra *“A Invenção dos Direitos Humanos: Uma história”*, já enfatizou a persistência da violação dos direitos humanos no cenário internacional:

Desnecessário dizer que ainda é mais fácil endossar os direitos humanos do que os impor. O fluxo constante de conferências e convenções internacionais contra o genocídio, a escravidão, o uso da tortura e o racismo e a favor da proteção das mulheres, crianças e minorias mostra que os direitos humanos ainda precisam ser resgatados. [...] Em vez de ser empregada num cenário legalmente sancionado, a tortura passou aos quartos dos fundos da polícia e das forças militares secretas, e nem tão secretas, dos Estados modernos. Os nazistas autorizaram explicitamente o uso do “aperto” contra os comunistas, as testemunhas de Jeová, os sabotadores, os terroristas, os dissidentes, os “elementos antissociais” e os “vagabundos poloneses ou soviéticos”. As categorias já não são exatamente as mesmas, mas a prática resiste. A África do Sul, os franceses na Argélia, o Chile, a Grécia, a Argentina, o Iraque, os americanos em Abu Ghraib—a lista jamais termina. A esperança de acabar com os “atos bárbaros” ainda não se tornou realidade”. (HUNT, 2009, p. 210).

Desse modo, é evidente que as violações aos direitos humanos ainda persistem atualmente. Contudo, diferentemente do passado, em que o Estado cometia essas violações de forma explícita, como nos espetáculos punitivos descritos por Michel Foucault (1987) — em que o próprio Estado era o agente torturador —, hoje essas violações ocorrem de forma encoberta, através da omissão do poder público e das autoridades judiciais.

Nos termos da sentença proferida no caso Sales Pimenta vs. Brasil, verifica-se que a morosidade dos sistemas de justiça, desde a investigação

ao julgamento dos casos, reflete na ausência de responsabilização penal pelas violações aos direitos humanos. Essa conduta, tem impactado os processos judiciais, resultando na declaração de prescrição no processo penal pelo decurso do tempo, o que, por sua vez, gera impunidade. Assim, um dos obstáculos à efetivação dos direitos humanos é, certamente, a ausência de eficiência no conhecimento e resolução dos casos levados ao Poder Judiciário.

1.1.1 A inércia estatal como obstáculo a efetivação dos Direitos Humanos

A omissão do poder público na proteção e promoção dos direitos humanos se manifesta em diferentes formas de negligência e falta de ação por parte das instituições estatais, especialmente quando se trata de casos que demandam intervenção urgente para garantir direitos básicos da população.

A negligência do Estado brasileiro na garantia dos direitos humanos tem sido evidenciada em inúmeros casos em que o poder público mostrou-se excessivamente lento em atender demandas essenciais para a preservação de direitos fundamentais. A intervenção do Judiciário em questões de efetivação de direitos fundamentais tornou-se uma prática recorrente no Brasil. No entanto, surge uma questão crítica: o que ocorre quando a ineficiência do Poder Judiciário se assemelha à da administração pública? E, mais grave ainda, como proceder quando a inação do Poder Judiciário resulta na prescrição das penas?

É justamente a essas indagações que a sentença proferida pela Corte Internacional, no caso *Sales Pimenta Vs. Brasil*, busca resolver, na medida em que declarou a omissão das autoridades judiciais como uma relevante violação dos direitos humanos.

Ainda, a influência política também representa um sério obstáculo à garantia dos direitos humanos. Decisões e ações governamentais muitas vezes são moldadas por interesses políticos e econômicos, resultando em políticas públicas inadequadas ou até mesmo contrárias aos direitos humanos.

A política tem impacto nas interpretações jurídicas, o que pode prejudicar a punição de agentes por violações de direitos humanos. Isso foi visto na decisão do Supremo Tribunal Federal que recepcionou a Lei de Anistia (Lei nº 6.683/79), na ADPF nº 153, que dificultou a

responsabilização por crimes contra a humanidade durante o regime ditatorial. Esse caso mostra como a política pode afetar a justiça e a proteção dos direitos fundamentais.

EMENTA: LEI N. 6.683/79, A CHAMADA “LEI DE ANISTIA”. ARTIGO 5º, CAPUT, III E XXXIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL; PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E PRINCÍPIO REPUBLICANO: NÃO VIOLAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS HISTÓRICAS. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E TIRANIA DOS VALORES. CARÁTER BILATERAL DA ANISTIA, AMPLA E GERAL. CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES E LEI N. 9.455, DE 7 DE ABRIL DE 1997, QUE DEFINE O CRIME DE TORTURA. ACESSO A DOCUMENTOS HISTÓRICOS COMO FORMA DE EXERCÍCIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VERDADE. [...]

2. O argumento descolado da dignidade da pessoa humana para afirmar a invalidade da conexão criminal que aproveitaria aos agentes políticos que praticaram crimes comuns contra opositores políticos, presos ou não, durante o regime militar, não prospera. [...] 4. A lei estendeu a conexão aos crimes praticados pelos agentes do Estado contra os que lutavam contra o Estado de exceção; daí o caráter bilateral da anistia, ampla e geral, que somente não foi irrestrita porque não abrangia os já condenados --- e com sentença transitada em julgado, qual o Supremo assentou --- pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal. [...] 9. A anistia da lei de 1979 foi reafirmada, no texto da EC 26/85, pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988. Daí não ter sentido questionar-se se a anistia, tal como definida pela lei, foi ou não recebida pela Constituição de 1988; a nova Constituição a [re]instaurou em seu ato originário. A Emenda Constitucional n. 26/85 inaugura uma nova ordem constitucional, consubstanciando a ruptura da ordem constitucional que decaiu plenamente no advento da Constituição de 5 de outubro de 1988; consubstancia, nesse sentido, a revolução branca que a esta confere legitimidade. O debate a esse respeito seria, todavia, despiciendo. A uma por que foi mera lei-medida, dotada de efeitos concretos, já exauridos; é lei apenas em sentido formal, não o sendo, contudo, em sentido material. A duas por que o texto de hierarquia constitucional prevalece sobre o infraconstitucional quando ambos coexistam.. Não se pode divisar antinomia de qualquer grandeza entre o preceito veiculado pelo § 1º do artigo 4º da EC 26/85 e a Constituição de 1988. 10. Impõe-se o desembaraço dos mecanismos que ainda dificultam o conhecimento do quanto ocorreu no Brasil durante as décadas sombrias da ditadura.

(ADPF 153, Relator(a): EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 29-04-2010, DJe-145 DIVULG 05-08-2010 PUBLIC 06-08-2010 EMENT VOL-02409-01 PP-00001 RTJ VOL-00216-01 PP-00011)

Segundo Lindomar T. Rodrigues (2012, p. 71), a partir da análise das opiniões dos ministros vencedores na ADPF nº 153, é possível perceber que, apesar das diferentes justificativas jurídicas, a decisão de negar o pedido de não recepção constitucional da Lei nº 6.683/79 (Lei de Anistia) foi principalmente baseada na ideia de que essa lei foi resultado de um acordo político histórico. Por essa razão, o Poder Judiciário não teria autoridade para revisá-la, mesmo reconhecendo que houve abusos por parte dos agentes do Estado contra os direitos fundamentais dos opositores do regime.

Portanto, verifica-se que a falta de atuação do Poder Judiciário e a interferência política são obstáculos significativos para garantir os direitos humanos no Brasil. É fundamental que as autoridades responsáveis tomem medidas concretas e se comprometam de maneira eficaz para lidar com essa questão, cumprindo, assim, direitos fundamentais prescritos na Constituição Federal brasileira, como, por exemplo, o da eficiência da Administração Pública, sob pena de se tornar agente violador desses direitos.

1.2 Da prescrição

Para Damásio E. de Jesus, “a prescrição penal é a perda do poder-dever de punir do Estado pelo não-exercício da pretensão punitiva ou da pretensão executória durante certo tempo” (JESUS, 2008, p. 17). Cezar Roberto Bitencourt define a prescrição da seguinte forma:

Com a ocorrência do fato delituoso nasce para o Estado o *ius puniendi*. Esse direito, que se denomina pretensão punitiva, não pode eternizar-se como uma espada de Dâmoçles pairando sobre a cabeça do indivíduo. Por isso, o estado estabelece critérios limitadores para o exercício do direito de punir, e, levando em consideração a gravidade da conduta delituosa e da sanção correspondente, fixa lapso temporal dentro do qual o Estado estará legitimado a aplicar a sanção penal adequada. Escoado o prazo que a própria lei estabelece, observadas suas causas modificadoras, prescreve o direito estatal à punição do infrator. (BITENCOURT, 2000, p. 671).

Assim, o instituto da prescrição, na seara penal, é caracterizado pela perda do poder estatal em punir o agente infrator em razão do decurso do tempo entre a conduta praticada e a pena aplicada ao delito. Esse instituto, ao tempo que se revela como garantia processual em favor do indivíduo que pratica conduta delituosa tipificada em lei, demonstra a perda do poder de punir em razão da ineficiência estatal em cumprir com o dever de

investigar, processar e julgar o agente infrator.

Em última análise, a prescrição pode ser vista como uma forma de punir o Estado por sua negligência em exercer o *ius puniend* (direito de punir). Conclui-se, portanto, que a prescrição penal serve não apenas como uma proteção ao indivíduo contra a indefinida ameaça de punição, mas também como um mecanismo de responsabilização do próprio Estado. A inobservância dos prazos prescricionais reflete a falha das instituições em garantir a eficiência e celeridade necessárias no processamento penal.

2 Do Controle de Convencionalidade

O controle de convencionalidade é utilizado para verificar se o ordenamento jurídico interno de um Estado-membro (constituição, leis, atos administrativos, jurisprudência etc.) viola algum preceito da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos ou de tratados internacionais sobre direitos humanos aos quais o Estado tenha aderido. Esse controle pode ocorrer de forma interna, realizado por juízes e tribunais do próprio Estado, ou na ordem internacional, por meio de Tribunais Internacionais de Direitos Humanos.

Em 1992, o Brasil aderiu à Convenção Americana sobre Direitos Humanos através do Decreto n. 678/1992 e, posteriormente, reconheceu a competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos para casos ocorridos após 10 de dezembro de 1998, conforme o Decreto n. 4.463/2002.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos faz parte de um grupo de três tribunais regionais responsáveis pela proteção dos direitos humanos, juntamente com o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos. Ela é independente e tem como objetivo aplicar e interpretar a Convenção Americana. A Corte Interamericana tem três funções: a função contenciosa, que inclui a resolução de casos contenciosos e o mecanismo de supervisão de sentenças; a função consultiva; e a função de emitir medidas provisórias.

Assim, caso seja verificada alguma irregularidade no direito interno, a Corte Interamericana de Direitos Humanos poderá emitir uma sentença judicial, em controle concentrado de convencionalidade, determinando que as normas internas sejam modificadas, revogadas ou reformadas para garantir a eficácia da Convenção Americana. (Cantor, 2008, p. 42)

Nesse sentido, tendo em vista o caso *Sales Pimenta Vs. Brasil*, resta

evidenciado na prática o controle de convencionalidade pela sentença da Corte Interamericana que condenou a República Federativa do Brasil a pagar indenização e declarou que houve uma situação de impunidade ocasionada pela morosidade do Poder Judiciário na determinação das respectivas responsabilidades penais em prazo razoável, o que resultou na declaração da prescrição no processo penal.

Outro julgado importante da Corte Interamericana foi o caso *Gomes Lund e outros Vs. Brasil*. Nesse julgado, o Estado brasileiro foi responsabilizado pelo desaparecimento forçado de cerca de 70 pessoas durante o período de 1972 a 1975. Isso ocorreu como uma tentativa de acabar com a resistência conhecida como “Guerrilha do Araguaia”. Este emblemático caso marca a primeira vez em que a Corte se manifestou acerca do controle de convencionalidade.

Frise-se que, além da condenação do Estado brasileiro em relação às violações dos direitos humanos, no caso *Gomes Lund e outros Vs. Brasil*, a Corte também deliberou que “as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana” e, portanto, “carecem de efeitos jurídicos”. Assim, essa decisão enfrentou diretamente a ADPF nº 153, foi quando finalmente restou superada a Lei nº 6.683/79 (Lei de Anistia).

177. No presente caso, o Tribunal observa que não foi exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades jurisdicionais do Estado e que, pelo contrário, a decisão do Supremo Tribunal Federal confirmou a validade da interpretação da Lei de Anistia, sem considerar as obrigações internacionais do Brasil derivadas do Direito Internacional, particularmente aquelas estabelecidas nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento. O Tribunal estima oportuno recordar que a obrigação de cumprir as obrigações internacionais voluntariamente contraídas corresponde a um princípio básico do direito sobre a responsabilidade internacional dos Estados, respaldado pela jurisprudência internacional e nacional, segundo o qual aqueles devem acatar suas obrigações convencionais internacionais de boa-fé (*pacta sunt servanda*). Como já salientou esta Corte e conforme dispõe o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, os Estados não podem, por razões de ordem interna, descumprir obrigações internacionais. As obrigações convencionais dos Estados Parte vinculam todos sus poderes e órgãos, os quais devem garantir o cumprimento das disposições convencionais e seus efeitos próprios (*effet utile*) no plano de seu direito interno. (CORTE IDH, 2010, p.65)

Em suma, quando um Estado se torna signatário de tratados

internacionais de direitos humanos, ele deve adequar o seu direito interno para que esteja em conformidade com as normas do tratado ao qual se aderiu, bem como deve respeitar as decisões da Corte Internacional a qual decidiu se submeter. O Brasil aderiu à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), logo, deve adequar o seu ordenamento jurídico em respeito a ela. Nesse cenário, o controle de convencionalidade é exercido pela Corte Interamericana e garante que as leis internas estejam em conformidade com as normas de direito internacional.

3 Caso Sales Pimenta vs. Brasil

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) submeteu o caso “Gabriel Sales Pimenta” à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos em dezembro de 2020. O caso envolveu o Brasil como réu e destacou a suposta responsabilidade internacional do Estado em relação à morte do advogado Gabriel Sales Pimenta, membro do Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Marabá, em meio a ameaças de morte e falta de proteção estatal. Sua morte ocorreu em 1982, em meio à violência relacionada às demandas por terra e reforma agrária no Brasil, porém, as investigações foram encerradas somente em 2006.

A Corte Internacional reconheceu que o Estado não cumpriu seu dever de investigar adequadamente o caso. Em sua sentença, determinou que medidas de reparação fossem cumpridas, incluindo:

investigação, identificação, julgamento e, se necessário, punição dos responsáveis pelo crime; b) criação de um grupo de trabalho para identificar as causas e circunstâncias da impunidade estrutural relacionada à violência contra defensores dos direitos humanos de trabalhadores rurais, apontando soluções para o problema; c) medidas de reabilitação para a saúde física e mental dos familiares de Gabriel Sales Pimenta; d) medidas de satisfação que levem em conta os danos materiais e imateriais causados, incluindo a publicação da sentença, um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional, atos de preservação da memória (como a nomeação de duas praças públicas com o nome de Gabriel Sales Pimenta e a criação de um espaço público de memória para valorizar, proteger e preservar o ativismo dos defensores dos direitos humanos no Brasil); e) garantias de não repetição, com o fortalecimento do Programa de Proteção de Defensores de Direitos Humanos e um diagnóstico independente, sério e efetivo da situação dos defensores dos direitos humanos em conflitos agrários, além de criar e implementar um protocolo nacional de devida diligência para investigações de crimes contra defensores dos direitos humanos. (NETI USP, 2024)

Ainda, destaca-se a importância dos direitos humanos e a necessidade de criar um mecanismo que garanta o cumprimento das sentenças da Corte Interamericana em casos de responsabilidade internacional do Estado pela falta de investigação imparcial e diligente de violações dos direitos humanos. Esse mecanismo interno deve permitir que investigações e processos judiciais sejam reabertos, mesmo que tenham sido prescritos. Além disso, é necessário que haja indenizações compensatórias, que incluem pagamento por danos materiais (US\$ 100 mil), danos imateriais (US\$ 280 mil) e custos e despesas (US\$ 32).

A República Federativa do Brasil foi obrigada a estabelecer um sistema para reabrir processos judiciais quando houver evidências de que as autoridades não cumpriram adequadamente suas obrigações de investigar e processar casos envolvendo violações de direitos humanos, incluindo aqueles que já estão prescritos.

180. Em virtude do anterior, sem prejuízo da obrigação das autoridades estatais de cumprir as sentenças deste Tribunal²⁶¹ e de realizar o respectivo controle de convencionalidade no âmbito de sua competência, o Tribunal considera pertinente ordenar ao Estado que crie, à luz das melhores práticas existentes na matéria, ²⁶² no prazo de três anos, um mecanismo que permita a reabertura de investigações e processos judiciais, inclusive naqueles em que tenha ocorrido a prescrição, quando, em uma sentença da Corte Interamericana, se determine a responsabilidade internacional do Estado pelo descumprimento da obrigação de investigar violações de direitos humanos de forma diligente e imparcial. (CORTE IDH, 2022, p.28)

Conforme Luiz F. Emediano (1993, p.120), a prescrição é uma evidência da incapacidade do Estado de exercer sua função punitiva. Embora não existam estatísticas precisas, o número de prescrições nos Juízos Criminais é alarmante. Cada prescrição é um indicativo da falha estatal na aplicação da pena ou no processamento das demandas judiciais.

Essa é uma crítica contundente à eficiência do sistema de justiça penal. Ele destaca a prescrição como um sintoma claro da incapacidade do Estado de exercer seu papel punitivo de forma eficaz. A ausência de estatísticas precisas sobre a quantidade de prescrições torna difícil mensurar a real extensão do problema. Cada caso de prescrição não só reflete a falha do Estado em aplicar a pena devida, mas também evidencia lacunas no processamento judicial, sugerindo um sistema sobrecarregado e ineficiente. Essa perspectiva reforça a necessidade de reformas no judiciário para assegurar que o direito penal cumpra sua função de maneira justa e dentro dos prazos estabelecidos.

A prescrição penal, como instrumento de contenção do poder de punir do Estado, revela-se prejudicial quando ocorre em razão da ineficiência estatal em investigar, processar e julgar o fato. Assim, torna-se subsídio para a impunidade, haja vista o reconhecimento da CIDH no julgamento do caso *Sales Pimenta Vs. Brasil*.

Assim, o “mecanismo para a reabertura de processos judiciais” (até mesmo os já prescritos) pode ser um passo significativo para garantir os direitos humanos, já que flexibiliza a prescrição a fim de evitar impunidade nos casos em que a prescrição ocorreu por ineficiência do Estado, em especial, pela morosidade do Poder Judiciário.

Cabe destacar, que a determinação da criação desse instituto se deu em razão dos limites de interferência da CIDH no estado brasileiro, pois deve haver o respeito ao direito interno, razão pela qual a Corte não pode determinar a reabertura das investigações.

4 Considerações finais

A sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Gabriel Sales Pimenta Vs. Brasil* representa um marco significativo na luta contra a impunidade e a promoção dos direitos humanos no Brasil. A criação de um mecanismo para a reabertura de processos judiciais prescritos é uma medida inovadora e necessária para garantir que violações de direitos humanos não permaneçam impunes devido à inação ou negligência do poder público e das autoridades judiciais.

A implementação dessa medida requer um esforço conjunto das instituições estatais, sociedade civil e comunidade internacional para assegurar que os direitos humanos sejam efetivamente protegidos e promovidos no Brasil.

Além disso, destaca-se a importância do controle de convencionalidade como ferramenta essencial para alinhar as normas internas aos padrões internacionais de direitos humanos, fortalecendo a justiça e a proteção dos direitos humanos.

Referências

ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva. 2000, v.1,p.671.

CANTOR, Ernesto Rey. **Control de conveniconalidad de las leys y derechos humanos**. México, D.F.: Porruá, 2008.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Sales Pimenta vs. Brasil**. Sentença de 30 de junho de 2022 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Disponível em: Acesso em: 22 abril 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil**: Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em: 29 jun. 2024.

EMEDIANO, Luiz Fernando. **Um projeto para o Brasil – A proposta da força sindical**. 2 ed. São Paulo: Geração editorial, 1993, p. 120.

FLORES, Joaquim Herrera. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Trad. Lígia M. Ponde Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1987.

HENKIN, Louis, PUGH, Richard, SCHACHTER, Oscar, SMIT, Hans. **International law: cases and materials**. 3. ed. Minnesota: West Publishing, 1993.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos: uma história**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

MANRIQUE, R. et al. [s.l: s.n.]. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/atualizacao-internacional/sentencas-da-corte-interamericana/Sentenca_Corte_IDH.pdf. Acesso em: 1 abr. 2024.

NETI USP. **O caso Sales Pimenta vs. Brasil e os conflitos pelo direito à terra no país**. Disponível em: <https://sites.usp.br/netiusp/pt/o-caso-sales-pimenta-vs-brasil-e-os-conflitos-pelo-direito-a-terra-no-pais/>. Acesso em: 29 jun. 2024.

RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

RODRIGUES, Lindomar Tiago. **A condenação do estado brasileiro pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso da**

Guerrilha do Araguaia e a interpretação do Supremo Tribunal Federal sobre a lei de anistia. 2012.

A SUB-REPRESENTAÇÃO FEMININA NA POLÍTICA E SEUS IMPACTOS EM POLÍTICAS PÚBLICAS DE GÊNERO: ESTUDO DE CASO DA CIDADE DE IMPERATRIZ - MA

Evellyn Dias de Souza Lima¹

Denisson Gonçalves Chaves²

Ellen Patrícia Braga Pantoja³

1 Introdução

A representação política das mulheres foi historicamente condicionada aos papéis de gêneros impostos pelas construções sociais. Os estereótipos que recaem sobre o feminino é um dos inúmeros desafios da participação política paritária. O espaço público enquanto arena privilegiada de disputa de poder é predominantemente masculino (BIROLI, 2010).

Sob uma primeira análise, é possível inferir que a dominação dos homens sobre as mulheres é um traço que esteve presente ao longo da existência da humanidade. As vozes femininas careciam de poder, assim

- 1 Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Servidora do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão (TJMA). Pesquisadora voluntária do Núcleo de Pesquisas Jurídicas de Imperatriz – Democracia e Direitos Fundamentais (NUPEJI).
- 2 Doutor em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA), na modalidade sanduíche no Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra (CES). Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça (UFMA); Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA); Professor de magistério superior na Universidade Federal do Maranhão (UFMA); Pesquisador no Grupo de Pesquisa Cultura, Direito e Sociedade (UFMA); Pesquisador no Grupo de Estudos e Pesquisa Filosofia Social e Teoria Crítica (UFMA); Pesquisador do Núcleo de Estudos e Pesquisas em Estado, Políticas Públicas Educacionais e Democracia (UEMASUL); Pesquisador no Grupo de Pesquisa Teorias Normativas do Direito (UFPA). Vice-Coordenador do Núcleo de Pesquisas Jurídicas de Imperatriz - Democracia e Direitos Fundamentais (NUPEJI).
- 3 Doutora em Educação pela Universidade Federal Fluminense - UFF. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Maranhão - UFMA e mestrado em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão - UFMA. Professora no Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Atua na área de Direito Público, Educação e Políticas Públicas. Professora coordenadora do Núcleo de Pesquisas Jurídicas de Imperatriz (NUPEJI), vinculado à UFMA.

foram obrigadas a ocupar uma posição secundária na política, alimentados por um sistema de subordinação que é perpetuado pela marginalização das mulheres (BEARD, 2018).

Na vigência do regime democrático temos a igualdade de representação como um dos pilares principais. Porém, apesar de tal igualdade ser consagrada em nossa Constituição Federal de 1988, não existe a concretização material desse preceito. A discrepância da participação pública entre homens e mulheres permanece como realidade. A participação institucional é uma ferramenta de ampliação dos debates e recursos para o combate dos problemas sociais. Nesse sentido, a representação de todos os grupos sociais mostra-se relevante e necessária, uma vez que é nesse espaço de debate que são definidas as necessidades prioritárias e os meios eficazes para sua convalidação (BIROLI, 2016).

Hodiernamente, a dinâmica cultural sexista imposta no meio político é uma barreira ao ingresso e à permanência da mulher na política. A vida pública é considerada como coisa de homem, o que inibe a presença das mulheres nos espaços decisórios. Aquelas mulheres que obtêm sucesso e conseguem ingressar no legislativo enfrentam outras barreiras ligadas ao capital político, como a credibilidade, além de serem, em vários casos, vítimas de violência política.

Tais barreiras transformadas em discursos que confirmam a hierarquia existente no seio da política. Conforme aponta Biroli (2010, p. 5), “o desinteresse pela política, a falta de habilidade para o exercício de cargos públicos e o não pertencimento à esfera política são, assim, conectados em um conjunto de discursos que atendem a uma regularidade sem que se apresentem de forma homogênea”. Tais concepções, segundo a autora, acabam por representar preconceitos que estão no imaginário social e desacreditam o exercício democrático das mulheres.

Dessa forma, o presente artigo tem por objetivo analisar como o mandato das vereadoras do município de Imperatriz, Estado do Maranhão, impactaram as políticas públicas voltadas para as mulheres, a partir da reflexão da realidade da mulher no espaço público municipal. Compreender de que maneira ocorre esse processo de marginalização das mulheres na vida pública é essencial, pois impacta diretamente na promoção de políticas públicas.

Refletir o papel ocupado pela mulher na estrutura política é primordial, uma vez que a articulação feminina nos espaços públicos é o meio pelo qual temos um diálogo efetivo das mulheres para com o Estado.

A participação das mulheres permite um processo eficaz de democratização contribuindo para uma intervenção na agenda política nacional e local, fomentando o alargamento dos direitos humanos e construindo uma igualdade material.

O procedimento metodológico que fundamentou a pesquisa tem caráter qualitativo e foi dividido em três etapas. Na primeira etapa ocorreu a revisão de literatura sobre a temática de gênero e democracia, centralizada em representatividade política das mulheres nos Estados contemporâneos. Em seguida, procedeu-se à pesquisa documental, a partir das atas das audiências realizadas na Câmara Municipal de Imperatriz-MA, coletadas na página eletrônica daquela casa legislativa na internet.

Ademais, foi feito cruzamento entre a participação das mulheres e as leis e políticas públicas produzidas dentro do espaço temporal de 2019. A última etapa metodológica foi pautada na análise e interpretação das informações, contextualizando os dados levantados e o referencial teórico de abordagem, bem como identificando, categorias de análises como representatividade, democracia e participação política.

O presente trabalho está dividido em três tópicos principais, o primeiro analisa o papel da mulher na política do Município de Imperatriz, a partir dos dados de ocupação da Câmara Legislativa e exame das pautas legislativas. O segundo aborda a relação da mulher com a esfera privada e como tal relação reflete na vida pública, alimentando a disparidade entre homens e mulheres. O último tópico é dedicado a uma breve análise histórica da vida política da mulher, com ênfase no silêncio que imperou por séculos.

2 A realidade da mulher na política imperatrizense

O município de Imperatriz atualmente é o segundo maior do Estado, com um eleitorado significativo. As mulheres representam mais da metade dos votos imperatrizenses. Conforme dados divulgados pelo Tribunal Regional Eleitoral, no ano de 2016 as mulheres representavam 82,5 mil (54%) dos votos, enquanto os homens apenas totalizam 69,2 mil (46%).

A análise desses dados induz a uma problemática recorrente na política: o fato de as mulheres serem maioria do eleitorado no país e em Imperatriz, mas são minoria nos espaços de poder, sobretudo no âmbito legislativo. De acordo com Iris Young (2006, p.169), “na maior parte

dos sistemas políticos, as mulheres ocupam uma pequena proporção dos cargos públicos eleitos, bem como estão relativamente pouco presentes nas posições de poder e influência na vida pública e privada de modo geral”. A marginalização da mulher frente ao mundo político frustra o ideal democrático de representação e alimenta a opressão política da mulher.

No ano de 2019, de um total de 21 vereadores na Câmara Legislativa de Imperatriz, apenas 03 eram mulheres (14,28%). Essa disparidade entre o número de eleitoras e o número de eleitos influi na representatividade da mulher frente ao espaço de poder, fazendo com que as decisões sobre políticas que afetam diretamente as mulheres sejam tomadas por homens, tal celeuma é um tema prioritário para a teoria feminista (BIROLI, 2014).

A disparidade constatada entre homens e mulheres eleitos para a Câmara Legislativa de Imperatriz, quando comparada à quantidade de mulheres votantes é o retrato da relação da figura feminina com o espaço público; tal relação é fundada na dominação do poder político masculino e subordinação feminina. O confinamento das mulheres no âmbito privado as afasta da esfera pública, de modo que os espaços de debate e deliberação política tornaram-se um reduto masculino (BIROLI, 2014).

O exame das pautas legislativas do ano de 2019 na câmara legislativa de Imperatriz demonstrou que os temas de gênero são insignificantes quando comparados à quantidade de sessões. Foram lidos e analisados 92 documentos referentes à pauta das sessões ordinárias. Dos 92 documentos examinados, somente em 06 sessões foi debatido algo relacionado às mulheres, como aumento do número de creches, saúde feminina e debates vinculados às temáticas de gênero. Depreende-se que debates voltados para a mulher perfazem apenas 6,5% do total de sessões realizadas em 2019, o que leva à constatação de que os temas relacionados à vida das mulheres são marginalizados, sendo tratados em poucas sessões quando comparados aos temas tratados durante o ano analisado.

Das 06 medidas propostas no ano de 2019 nas sessões ordinárias, apenas uma tornou-se lei ordinária: a Lei Municipal nº 1.802/2019, projetada pela vereadora Fátima Avelino, que “autoriza o Poder Executivo Municipal a reservar vagas em creches para crianças em idade compatível, filhos (as) de mulheres vítimas de violência doméstica, de natureza física e/ou sexual”.

A propositura desta lei demonstra a importância da representação de minorias, como as mulheres, que apesar de serem maioria do eleitorado em Imperatriz, não estão em condições de igualdade material, uma vez que

as vereadoras ocupavam apenas três cadeiras na Câmara. Romper o silêncio feminino no espaço público é fundamental para concretizar políticas públicas como a supracitada, representa um meio de acesso a recursos públicos, onde as mulheres enquanto grupo político, podem alcançar o empoderamento coletivo e atender a seus interesses (YOUNG, 2006).

A performance da mulher na Câmara Legislativa de Imperatriz segue os padrões de secundarizarão a nível nacional e mundial. A política historicamente é estruturada com um espaço que dispõe de hierarquia própria, enquanto um campo que impõe um padrão de ações para aqueles que nela ingressam. O espaço público detém regras que são voltadas para o grupo masculino. A não aceitação dessas imposições marginalizam os grupos menos favorecidos, em especial as mulheres. A construção desse espaço ocorreu de maneira que o reduto público fosse uma extensão do poder masculino e sujeição feminina, impondo-se, dessa forma, uma série de regramentos que subordinam as mulheres e as secundarizam. O espaço político é seletivo. Nele, o poder é concentrado entre grupos tradicionais e impulsionado a partir de relações desvantajosas, principalmente entre homens e mulheres.

Acerca do poder, Judith Butler (2017, p.10) afirma que: “o poder se impõe sobre nós; enfraquecidos pela sua força, nós interiorizamos ou aceitamos seus termos”. As interiorizações desses termos, impostos pelo poder, criam uma dependência entre os indivíduos que estão à mercê desse poder. As mulheres foram obrigadas a aceitar o poder dos homens e foram enfraquecidas pelas forças dessa imposição.

A partir da análise dos dados de ocupação do cargo de vereadores por mulher em Imperatriz, percebe-se que o debate de políticas é majoritariamente masculino. A prova disso é a ínfima quantidade de vezes que os temas relacionados ao gênero foram pautas das sessões ordinárias. Conforme mencionado anteriormente, de um total de 92 sessões, apenas 06 tiveram algum debate relacionado às mulheres. Os direitos políticos são concretizados mediante a ocupação do espaço público, de modo que o acesso de diferentes atores permite uma maior notoriedade a temas variados. A presença feminina faz com que as vozes sejam ouvidas e suas necessidades atendidas.

O afastamento da presença feminina no espaço público é alimentado por um padrão de socialização, com a construção social do poder público e político como sendo um ambiente masculino. A relação da mulher com o espaço público é secundária, quando comparada ao predomínio masculino.

A conquista feminina do ambiente de poder é marcada pelo preconceito, pelo estigma de inferioridade e carência de vocação política.

Quando a mulher tem êxito no ingresso da vida pública tem que conviver com a violência política e outras barreiras de permanência. A baixa representação feminina é reflexo das desigualdades presentes no atual sistema político. Os homens, enquanto maioria absoluta no campo público, acabam por dominar as decisões. Conforme aduz Miguel (2009, p. 105), “os grupos dominantes dispõem de mais bens materiais, que lhes permitem agir de forma mais eficaz na arena política”. De acordo com este autor, essa dominância perpetua o afastamento da voz feminina do espaço de poder.

Segundo Biroli (2016, p. 578), “a forma como as mulheres são marcadas como diferentes na política conduz como elas são marcadas como vulneráveis na vida social”. Por serem tidas como mais fracas, as mulheres tornam-se um alvo fácil da violência política. Parte dessa construção que deslegitima a participação política da mulher é fruto da violência simbólica. Tal violência discrimina as mulheres de maneira que as habilidades políticas do sexo feminino sejam questionadas a todo o momento. Com isso, a sociedade nega a participação e rotula o gênero feminino como inapto. Os efeitos dessa dominação são exercidos “através de esquemas de percepção, da avaliação e de ação que são construídos nos *habitus* e que fundamentam aquém das decisões da consciência e os controles da vontade”, são sinais sutis e indiretos que perpetuam a segregação da mulher (BORDIEU, 1989, p.49).

3 A sub-representação feminina na política imperatrizense e os impactos nas políticas públicas

A ação das mulheres na vida pública é maculada pelos estereótipos relacionados ao gênero. Nesse sentido, Miguel e Biroli (2009) afirmam que há uma divisão sexual do trabalho do campo político, sendo as pautas de gênero, consequentemente, desprestigiadas. Para os autores, “a diferença é que a ação esperada dos homens é aquela que melhor promove a carreira política, ao passo que o comportamento ‘feminino’ contribui para reter as mulheres nas posições mais periféricas do campo.” (MIGUEL e BIROLI, 2009, p.73).

Existe uma marginalização do gênero feminino na política e isso se reflete na realidade da Câmara Legislativa de Imperatriz. Além

do baixo número de vereadoras, tem-se a negligência com as temáticas relacionadas à mulher. Um exemplo disso é a constituição da mesa da Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos e de Gênero, no ano de 2019, que contou apenas com a participação de uma vereadora, que figurava como uma das suplentes.

A grande problemática que se extrai dessa situação é o tratamento desprivilegiado que a pauta de gênero recebe, uma vez que a comissão é ligada a dois outros eixos temáticos e possui apenas uma mulher como integrante da comissão. A dedicação aos debates que envolvam a vida das mulheres é fundamental “para que os processos parlamentares sejam efetivamente representativos” (YOUNG, 2006, p.153). O cuidado com tais temas rompe com a imposição da supremacia masculina em ditar os rumos das políticas públicas que afetem diretamente as mulheres.

No biênio 2019-2020 as vereadoras figuraram com maior destaque na Comissão Permanente de Educação, Cultura, Lazer e Turismo, onde a presidente e a primeira vice eram mulheres. A participação das vereadoras em comissões e projetos dessas temáticas, demonstram a ligação da mulher ao estigma de cuidado. Quando ingressam na vida pública essas agentes políticas são associadas ao discurso de cuidado e amparo social.

A relação convencional entre a política feminina e o cuidado é algo forte, presente no espaço público. A presença da mulher na política é restrita a um campo reduzido de temáticas, que são consideradas menos importantes. Essa reclusão a certos tipos de temas retiram a importância da ação feminina em pautas consideradas mais importantes (MIGUEL, 2009).

Sobre a política do cuidado Luís Felipe Miguel (2001, p. 262) pontua que:

A mulher é vista como agente de uma “política do desvelo” oposta à “política de interesses” porque é característica sua preocupar-se mais com aqueles que a cercam do que consigo própria. Está subjacente, neste argumento, a negação do direito da mulher a possuir interesses próprios uma negação imposta pela sociedade patriarcal, emblematicamente na figura da mãe que se sacrifica pelos filhos, e que esta corrente da teoria política feminista incorpora e exalta. Desta forma, a subalternidade é mantida e mascarada por um véu de “superioridade moral”.

Há uma concepção maternal da política, que isola as mulheres em temas secundários e prestigia os homens com trabalhos socialmente valorizados. Tais questões possuem menos capital político e consequentemente menor destaque. A sub-representação feminina na

câmara imperatrizense importa em uma ausência de tratamento dos temas relacionados ao gênero. Percebe-se um ciclo vicioso de silêncio: não há leis sobre mulheres, o que consequentemente impacta nas políticas públicas.

Segundo os dados do site da Prefeitura Municipal de Imperatriz-MA, no ano de 2017, a Secretaria de Política Pública para as Mulheres classificou as dez principais ações realizadas anualmente por aquela pasta. Do total de ações indicadas, 80% foram direcionadas ao atendimento de vítimas de violência doméstica e orientação da população acerca da violência contra a mulher. As demais ações, que perfazem um percentual de 20%, estavam ligadas à participação no planejamento estadual e comemoração da semana da mulher imperatrizense.

Apesar do trabalho constante de combate à violência doméstica e atendimentos prestados às vítimas da violência, que são de suma importância para o enfrentamento da opressão feminina, é necessário o enfrentamento de outros temas que estão ligados à subordinação da mulher, tais como: igualdade de gênero, acesso à educação, ingresso no mercado de trabalho, incentivo à participação política.

Existe uma urgência da aplicação da transversalidade de gênero no âmbito municipal, a partir de debates do Poder Legislativo e das secretarias municipais a fim de mobilizar diferentes setores para instituição de política públicas.

Para Farah (2004, p.139) “a incorporação da questão de gênero por governos locais tem se dado tanto por programas dirigidos à mulher como pela incorporação da dimensão gênero em programas de diversos setores, que não têm a mulher como foco específico”. Nesse sentido, é crucial a abertura das ações públicas para demandas difusas, que sejam orientadas pelas diretrizes nacionais, cujas linhas de atuação são: autonomia, igualdade e fortalecimento da participação das mulheres nos espaços de poder.

A presença de mulheres na Câmara Municipal implica em uma representação substantiva, fazendo com que temas prioritários para igualdade de gênero sejam debatidos e transformados em políticas públicas. O recorte de gênero voltado para implementação de políticas públicas pressupõe o reconhecimento da diferença entre homens e mulheres. Isso inclui “ações específicas para mulheres em iniciativas voltadas para um público mais abrangente” (FARAH, 2004, p.138).

2.2 Mulheres, Esfera privada e o Impacto na vida pública

A análise da vida pública das mulheres é pauta do feminismo e da teoria política. Logo, é essencial refletirmos de que modo as relações sociais são constituídas na esfera privada e quais são seus impactos na vida política das mulheres. O silêncio sobre os aspectos do mundo doméstico e do trabalho corroboram para a reprodução das desigualdades atualmente.

Segundo Luís Felipe Miguel (2014), a desvantagem na disputa política que as mulheres sofrem é fruto de papéis atribuídos a elas, como dedicação prioritária à vida doméstica e aos familiares, o que colabora para que a domesticidade feminina seja vista como algo natural.

A dedicação à vida doméstica influi no tempo disponível das mulheres. No âmbito da participação política, a disponibilidade de tempo constitui uma das principais ferramentas a que essa participação se dê de forma efetiva. Quando se atenta para a realidade das mulheres, observa-se que a exposição a duplas jornadas e o tempo dedicado ao cuidado limitam a possibilidade de envolvimento com atividades públicas. A forma como a mulher ocupa o espaço público é fruto da constituição do vínculo entre homens e mulheres, vínculo esse que é ligado à história do contrato social e sexual. Tais contratos foram os meios pelos quais as mulheres foram inferiorizadas e condicionadas a submeterem-se à tutela masculina.

De acordo com Carole Patman (1993, p.18), “a história do contrato social é tratada como um relato de constituição da esfera pública da liberdade civil. A outra esfera, a privada, não é encarada como politicamente relevante”. Segundo a autora, o domínio público só pode ser compreendido à luz da esfera privada e da subordinação feminina, a partir do que se estabeleceu essa dicotomia entre espaço público e privado, homem e mulher. Portanto, tendo a base natural do direito masculino fortalecido a condição da mulher como inferior, observa-se que esse direito patriarcal alienou as mulheres de participarem da sociedade civil.

A dominação masculina dividiu a vida secular em duas esferas: pública e privada. A primeira concentra o ambiente de decisões e é majoritariamente ocupada por homens; a segunda é ligada ao âmbito do lar e das relações individuais e ocupada pela figura feminina. Outro fator relevante que determina a diferença entre homens e mulheres na esfera privada é a divisão sexual do trabalho. O estudo dessa problemática perpassa pela crítica do exercício da autonomia das mulheres quando comparada com a dos homens. De acordo com Flávia Biroli (2014),

as experiências distintas às quais os gêneros masculino e feminino são submetidos determinam as atividades e aptidões que serão desenvolvidas.

Conforme Kergoat e Hirata (2008, p. 266), a divisão sexual do trabalho se dá pela relação social que ocorre entre os sexos, marcada prioritariamente pela designação “dos homens à esfera produtiva e das mulheres à esfera reprodutiva e, simultaneamente, a apropriação pelos homens das funções com maior valor social adicionado (políticos, religiosos, militares etc.)”.

Bila Sorj (2004) reitera esse entendimento ao afirmar que há um destino natural dos sexos onde os homens exercem atividades remuneradas, cabendo às mulheres o papel de reproduzir e trabalhar sem remuneração. Mesmo quando se dedicam a atividade remunerada, as mulheres arcam com as atividades domésticas e submetem-se a uma dupla jornada.

Acerca da divisão sexual do trabalho Flávia Biroli (2016, p. 722) coloca que:

A cidadania das mulheres é, portanto, comprometida pela divisão sexual do trabalho, que em suas formas correntes converge em obstáculos ao acesso a ocupações e recursos, à participação política autônoma e, numa frente menos discutida neste estudo, à autonomia decisória na vida doméstica e íntima.

O trabalho não remunerado, exercido pelas mulheres e o cuidado despendido no seio da família, libera os homens para dedicar-se ao trabalho remunerado e outras atividades, como a política. A divisão do trabalho é um privilégio para os homens e interfere nas condições de atuação feminina na política institucional. As mulheres, ao ocuparem o papel principal na vida doméstica, veem a autonomia feminina restringida na democracia. Dessa forma, dinâmica de desvantagens e responsabilização pelos cuidados na esfera privada gera vulnerabilidade que implica em precarização do trabalho e atuação política restrita.

Na perspectiva de Pierre Bordieu (1989, p. 60):

A divisão sexual está inscrita, por um lado, na divisão das atividades produtivas a que nós associamos a ideia de trabalho, assim como, mais amplamente, na divisão do trabalho de manutenção do capital social e do capital simbólico, que atribui aos homens o monopólio de todas as atividades oficiais.

O sexismo leva as mulheres a uma participação limitada no ambiente público. A violência simbólica retira o direito de participação paritária entre os gêneros. Desestimuladas e sem acesso a capital político, econômico e simbólico, as vozes femininas são silenciadas.

2.3 O feminismo e suas contribuições para a política feminina

As reivindicações produzidas pela luta feminista representam um marco na história da mulher. A inconformidade com a submissão imposta por séculos, levou inúmeras mulheres às ruas para protestarem e mudar a realidade social. Uma das searas mais impactadas pelo feminismo foi a política. Desde a conquista do direito ao voto até os dias atuais as buscas por igualdade nos espaços públicos é uma façanha muito almejada.

No Brasil, desde a década de 60, temos o aperfeiçoamento da democracia pelo movimento feminista. Na América Latina, ocorreu um fenômeno denominado transversalização do feminismo. Em diversas áreas dos governos, as arenas políticas foram mobilizadas em todas as classes e houve um alargamento da concepção dos direitos humanos, bem como ressignificação dos movimentos sociais a partir da ótica feminista. O feminismo latino-americano discutiu a autonomia sobre três aspectos: o primeiro foi o reconhecimento do patriarcalismo e da opressão da mulher; o segundo, a determinação das mulheres como sujeito coletivo; e o último, a emancipação humana como base do ser político feminista. Os debates sobre a autonomia levaram ao reconhecimento de variadas opressões vivenciadas pelas mulheres e do ponto em comum de subordinação que permitiu a construção de uma identidade coletiva (CISNE, 2009).

A discussões sobre a dominação masculina e o questionamento da configuração de gênero presente na sociedade abriram portas para que a teoria feminista questionasse as categorias centrais do universo político (MIGUEL, 2014).

Dentro do movimento feminista, as indagações acerca do gênero são utilizadas para “enfocar a luta pela igualdade de oportunidades entre homens e mulheres e tem como finalidade neutralizar, ou ainda, ultrapassar as barreiras visíveis e invisíveis que existem” (SANTOS, 2011, p. 90). O objetivo principal é romper com os papéis sociais culturalmente atribuídos às mulheres.

A relação da teoria feminista com a política é compreendida por Flávia Biroli (2014, p. 204) da seguinte forma:

Nas teorias feministas, as experiências das mulheres é que permitiram redefinir as fronteiras entre público e privado. É a partir delas que a divisão sexual do trabalho, a violência na vida familiar, a incidência diferenciada do controle do Estado sobre os corpos, assim como a acomodação entre noções abstratas de liberdade e condições socialmente toleradas de subordinação das mulheres, entre outras questões, vieram

à tona como problemas políticos de primeira ordem.

O feminismo ocupou-se em repensar a participação política e lançou luz a problemas velados que impactavam o acesso das mulheres à esfera pública. O direito ao voto representou apenas o primeiro degrau de uma escada que as mulheres ainda estão subindo. Mesmo com o direito a ocupar cargos públicos, ficou claro que a presença das mulheres era desproporcional, tendo sido necessária uma análise dos fatores que representam empecilho a essa ascensão.

O movimento feminista atua na construção de uma agenda política e institui o debate acerca de temas relevantes tais como: direitos reprodutivos, acesso à política, direito a saúde, creches e mercado de trabalho. A busca pela igualdade de gênero reconfigurou a justiça de gênero com um problema de três dimensões: redistribuição, representação e reconhecimento. A representação da mulher não está apenas relacionada com assegurar que suas vozes sejam ouvidas, mas “enquadrar as disputas sobre justiça que não podem ser propriamente contidas nos regimes estabelecidos” (FRASER, 2005, p. 305).

O foco da crítica feminista são as desigualdades de gênero, pois a crítica dessas disparidades conduz a uma reconfiguração da democracia, onde se busca uma promoção da autonomia dos indivíduos. A teoria política feminista repensa a democracia a partir de um olhar crítico das instituições vigentes e das relações que elas geram (MIGUEL, 2014).

Na dinâmica de desenvolvimento da luta feminista, o movimento “foi capaz de transformar sua agenda e sua reflexão sobre o mundo social” (MIGUEL e BIROLI, 2014, p. 08). A incorporação das mulheres à ordem social tornou-se prioridade para que houvesse uma transformação da sociedade.

O feminismo enquanto movimento social tem a função de negociar com o Estado e assumir papel estratégico nas arenas participativas para transformar o espaço público em um ambiente de militância, investindo em ações dentro das instituições do próprio governo.

A interlocução com o Estado fez com que o feminismo fosse um dos movimentos que mais obteve resultado de políticas públicas. Em termos de igualdade e construção da autonomia, é imprescindível “a inclusão da questão de gênero na agenda pública como uma das desigualdades a serem superadas por um regime democrático” (FARAH, 2004, p. 51). Para isso, é fundamental que as mulheres tenham vez e voz nos espaços decisórios.

A história do silêncio feminino na política

A vida política é marcada pela predominância da participação masculina. Desde a Idade Antiga o papel feminino é o silêncio. A tradição ocidental sempre considerou a mulher como parte da vida privada, e, portanto, inapta para vida pública. As representações criadas entre os gêneros produziram uma divisão racional dos papéis (PERROT, 1998).

No período medieval, a dependência das mulheres tornou-se mais forte. Qualquer sinal de independência da figura feminina era tido como rebeldia e heresia. Acerca da vida feminina, Silvia Federici (2017, p. 64) afirmou que: “[...] à medida que as mulheres ganhavam mais autonomia, sua presença na vida social passou a ser mais constante nos sermões dos padres que repreendiam sua indisciplina”.

Durante a Idade das Trevas era comum a demonização da mulher. O controle sobre seus corpos continuou a silenciar as vozes femininas. Por vezes, os homens foram ensinados a evitar as mulheres e o sexo.

Expulsar as mulheres de qualquer momento da liturgia e do ministério dos sacramentos; tentar roubar os poderes mágicos das mulheres de dar vida ao adotar trajes femininos; e fazer da sexualidade um objeto de vergonha — esses foram os meios pelos quais uma casta patriarcal tentou quebrar o poder das mulheres (FEDERICI, 2017, p. 80).

O rompimento da ordem feudal impactou as relações sociais. As mulheres sofreram desvalorização, foram domesticadas. O imaginário social foi profundamente marcado pelas definições da figura feminina como “ser demoníaco e de práticas atrozes” (FEDERICI, 2017, p. 63).

A opressão masculina ganhou força no período Moderno, com o surgimento do contrato social, a partir do direito político dos homens sobre as mulheres. Concomitante ao contrato social, tem-se o surgimento do contrato sexual, que representa uma forma velada do domínio masculino.

Sobre o contrato sexual Carole Pateman (1993, p.16) afirma que:

O contrato original é um pacto sexual-social, mas a história do contrato sexual tem sido sufocada. As versões tradicionais da teoria do contrato social não examinaram toda a história e os teóricos contemporâneos do contrato não dão nenhuma indicação de que metade do acordo está faltando. A história do contrato sexual trata também da gênese do direito político e explica por que o exercício desse direito é legitimado; porém, essa história trata o direito político enquanto direito patriarcal ou instância do sexual — o poder que os homens exercem sobre as mulheres.

À medida que ocorre a liberdade masculina, tem-se também a

sujeição da mulher. Pateman (1993) coloca esses dois fenômenos como interligados. Segundo a autora, a crescente dominação masculina dividiu a vida em esferas opostas. Logo, as mulheres não foram incorporadas à esfera pública devido à concepção de superioridade do sexo masculino.

Na virada do século XVIII para o século XIX, os debates da revolução francesa influenciaram o surgimento do feminismo e dos debates políticos. A quebra do silêncio imposto às mulheres representou uma inovação. Os primeiros debates eram centrados no direito à educação e ao voto.

No século XX, os ideais feministas espalharam-se pelo mundo (PERROT, 2005). No Brasil, a reivindicação feminista ganha força com a luta pelo voto. No ano de 1910, Bertha Lutz liderou um grupo de mulheres que deu início à Federação Brasileira pelo Progresso Feminino. O principal objetivo desse movimento era assegurar os direitos políticos às mulheres (PINTO, 2010).

Após as eleições de 1933, a deputada Carlota Queiroz participou da elaboração do primeiro texto constitucional da Era Vargas, no ano de 1934. Representando o estado de São Paulo foi a única mulher eleita para uma das 214 cadeiras de deputados federais. Porém, esse progresso da participação feminina na política sofreu um retrocesso, em 1937 com a instauração do Estado Novo. Somente em 1970, tem-se uma segunda onda do movimento de maneira vigorosa, em resposta ao período da ditadura militar (COSTA, 1996).

As mulheres que lideravam esse movimento foram perseguidas e exiladas. Porém, não se furtaram aos debates, fundando grupos de estudos feministas no exterior, o que permitiu um fortalecimento dessa corrente de pensamento (PINTO, 2010). O desencadeamento dessa segunda onda feminista no Brasil contribuiu para o processo de redemocratização e redação da Constituição Federal de 1988. As 25 representantes eleitas no pleito de novembro de 1986 representavam apenas 5% do total de parlamentares para o Congresso Nacional. Os debates da bancada feminina foram responsáveis por suscitar debates relacionados à igualdade entre homens e mulheres e à necessidade de institucionalização de medidas de proteção por parte do Estado em casos de violência.

A Constituição de 1988 foi o despertar da participação feminina na política brasileira. Apesar de não comungarem do mesmo ponto de vista ideológico, as mulheres se uniram em prol de uma causa maior, redigindo emendas que amparam a figura feminina frente à sociedade brasileira.

3 Considerações finais

O ideal democrático de participação paritária entre homens e mulheres apesar de consagrado em nosso ordenamento ainda está longe de ser uma realidade. Supor que a conquista e do direito ao voto e a disputar eleições são mecanismos suficientes para garantir a participação política das mulheres é um equívoco. É justamente esse o foco da teoria política feminista: entender quais as regras sociais que conduzem a construção desse cenário de ingresso seletivo na esfera pública.

Diante de todo o exposto, quando a vida política das mulheres é objeto de análise, deve-se ponderar sobre o impacto das relações de gênero na vivência social das mulheres como um obstáculo que se põe entre elas e o poder político. Tais empecilhos são produtos de desvantagens históricas ligadas à própria existência da humanidade. A partir da separação das esferas públicas e privada, o gênero feminino foi deslocado para o ambiente doméstico, tendo como sua principal atividade o trabalho não remunerado e o cuidado.

Assim, tem-se um início de ciclo que se reproduz durante séculos. As mulheres são submetidas à reclusão na vida doméstica e, portanto, carecem de tempo para se dedicar à atividade política. O fato de as mulheres não terem uma presença marcante na esfera pública endossa o estigma já estabelecido de que elas não têm aptidão para vida política ou que até mesmo não têm interesse em participar dessas atividades. Infere-se que a divisão sexual do trabalho é um dos principais fatores que determinou qual lugar a mulher deveria ocupar e quais atividades eram de suas competências. Tal fator compromete o pleno exercício democrático da mulher.

Os entraves enfrentados pelas mulheres estão coligados com as relações sociais desvantajosas, impulsionados pela reprodução de papéis sociais, simbólicos e materiais. Durante muito tempo, foi comum que os homens ocupassem a maioria absoluta dos espaços no Poder Legislativo, no Brasil e no mundo. A visão do homem como legítimo ocupante do cargo político faz com que as mulheres sofram com uma baixa oportunidade de integração, levando a uma ausência de capital simbólico das mulheres.

O incômodo gerado pela presença do gênero feminino nesse espaço predominante masculino não é algo novo. Reiteradas vezes são obtidos relatos de como as mulheres são vítimas de intimidações, assédios, ameaças e outros tipos de condutas como essas.

No cenário municipal é possível constatar que a disparidade entre

homens mulheres é algo recorrente na Câmara Legislativa. O gênero feminino representa mais da metade dos votos válidos em Imperatriz-MA, porém tem ocupado apenas 14% das cadeiras no Poder Legislativo. A sub-representação das mulheres na política imperatrizense é reflexo dos problemas enfrentados por elas. Tradicionalmente, os homens é que dominam a elite política, sendo possuidores de um privilégio estrutural fundado nas relações de dominação.

Constatou-se que a sub-representação feminina impacta negativamente as discussões acerca das questões de gênero. A baixa presença de mulheres no âmbito legislativo incide nos debates na Câmara. De um total de 92 documentos do ano de 2019, referente às pautas das sessões legislativas, apenas em 05 sessões foram discutidos temas referentes à vida das mulheres.

Infere-se que o tratamento dado às temáticas de gênero é insuficiente. No ano de 2019, a comissão competente pelo gênero só contava com a participação de uma vereadora e essa figurava como suplente. Tal situação nos leva a refletir sobre como as questões pertinentes à vida das mulheres está nas mãos dos homens. Quando não temos uma participação igualitária entre os sexos, incorremos na manutenção da submissão das mulheres. Consequentemente, o poder de decisões e direcionamento das políticas públicas voltadas às mulheres são feitas pelos homens.

A representação legislativa é o meio pelo qual os projetos de leis são criados e posteriormente são traduzidos em ações do poder executivo para implementação de políticas públicas. Reduzir o papel da mulher na Câmara de Vereadores importa em um menor número de políticas públicas voltadas para a classe feminina. Em Imperatriz-MA, as principais ações da Secretária de Política para as Mulheres são direcionadas para o combate à violência e comemoração da semana da mulher imperatrizense.

Vale ressaltar que é louvável o empenho da secretaria no combate à violência contra mulher. Porém, faz-se fundamental a ampliação do amparo social dado às mulheres, para que sejam incluídos outros problemas que precisam ser enfrentados. Garantir o ingresso e permanência da mulher na esfera pública é um dos principais compromissos para com a democracia. Quando as vozes femininas são ouvidas em ambientes públicos, elas trazem à tona problemáticas sociais que requerem uma ação positiva do Estado. É justo que por representarem mais da metade do eleitorado municipal, as mulheres tenham condições dignas de ingresso na vida política.

Referências

- TRIBUNAL REGIONAL DO MARANHÃO. **54% dos eleitores de Imperatriz são mulheres**. Tribunal Regional do Maranhão, Imperatriz, 05 de ago.de 2016. Disponível em:<https://www.tre-ma.jus.br/imprensa/noticias-tre-ma/2016/Agosto/54-dos-eleitores-de-imperatriz-sao-mulheres>. Acesso em: 07 de fev. de 2022.
- BEARD, Mary. **Mulheres e poder**: um manifesto. Tradução de Celina Portocarrero. São Paulo: Planeta do Brasil, 2018.
- BIROLI, Flávia. Gênero e política no noticiário das revistas semanais brasileiras: ausências e estereótipos. **Cadernos Pagu**, nº 34, janeiro-junho de 2010, p. 269-299. Acesso em 17 de fev. de 2022. DOI: https://doi.org/10.1590/S0104_83332010000100011.
- BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe. **Feminismo e Política**. São Paulo:Boitempo, 2014. Paginação Irregular.
- BIROLI, Flávia. Violência política contra as mulheres no Brasil: manifestações e definições. **Revista Direito e Práxis**, [S.l.], v. 7, n. 3, p. 557-589, set. 2016. ISSN 2179-8966. Acesso em: 14 fev. 2022. DOI: <https://doi.org/10.12957/dep.2016.25164>.
- BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. Lisboa: Difel, 1989.
- BUTLER, Judith. **Vida psíquica do poder**: Teorias da sujeição. Tradução Rogério Betoni. Belo Horizonte. Editora Autêntica, 2017.
- CISNE, M.; GURGEL, T. Feminismo, Estado e políticas públicas: desafios em tempos neoliberais para a autonomia das mulheres. **SER Social**, [S. l.], v. 10, n. 22, p. 69–96, 2009. Acesso em 17 de fev. de 2022, DOI: https://doi.org/10.26512/ser_social.v10i22.12960.
- COSTA, Albertina de Oliveira. Protagonistas ou coadjuvantes: Carlota e os estudos feministas. São Paulo: **Cadernos de Pesquisa**, n. 96, fev. 1996, p. 66-70. Disponível emhttp://educa.fcc.org.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010015741996000100007&lng=en&nrm=iso. Acesso em 17 de fev de 2022.
- FARAH, Marta Ferreira Santos. Gênero e políticas públicas. **Rev. Estud. Fem.**, Florianópolis, v. 12, n. 1, p. 47-71, Abr. 2004.
- FEDERICI, Silvia. **Calibá e a bruxa**: mulheres, corpo e acumulação

primitiva. São Paulo: Editora Elefante, 2017.

FRASER, Nancy. Mapeando a imaginação feminista: da redistribuição ao reconhecimento e à representação. **Estudos Feministas**, Florianópolis, n. 15, p. 291-308, maio/ago. 2007. Traduzido de Constellations, Oxford: Blackwell Publishing, v. 12, n. 3, p. 295-307, 2005. Acesso em 17 de fev. de 2022. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2007000200002>.

HIRATA, Helena; KERGOAT, Danièle. Novas configurações da divisão sexual do trabalho. **Cadernos de Pesquisa**. 2007, v. 37, n. 132. Acesso 17 de fev. 2022, pp. 595-609. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0100-15742007000300005>.

IMPERATRIZ, **Lei Municipal 1.802/2019**. Autoriza o Poder Executivo Municipal a reservar vagas em creches para crianças em idade compatível, filhos (as) de mulheres vítimas de violência domésticas, de natureza física e/ou sexual. Disponível em <http://www.camaraimperatriz.ma.gov.br/upload/leis/d531562d64a9f88612b63a383ad883f0.pdf>. Acesso em 08 de fev. de 2022.

MIGUEL, Luís Felipe. Política de interesses, política do desvelo: representação e “singularidade feminina”. **Rev. Estud. Fem.**, Florianópolis, v. 9, n. 1, p. 253- 267, 2001. Acesso em 17 de fev. de 2022. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2001000100015>.

MIGUEL, L. F.; BIROLI, F. Mídia e representação política feminina: hipóteses de pesquisa. **Opinião Pública**, Campinas, SP, v. 15, n. 1, p. 55–81, 2009. Acesso em: 15 fev. 2021. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-62762009000100003>.

PATEMAN, Carole. **O contrato sexual**. Tradução de Marta Avancini. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1993.

PERROT, Michelle. **Mulheres públicas**. São Paulo: UNESP, 1998.

PERROT, Michelle. **As mulheres e os silêncios da história**. Bauru, SP: EDUSC, 2005.

PINTO, Céli Regina Jardim. Feminismo, história e poder. *Rev. Sociol. Polit.*, Curitiba, v. 18, n. 36, p. 15-23, June 2010. Disponível em Acesso em 26 de jan. de 2022. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-44782010000200003>.

SANTOS, Eurico A.G.C. dos; BRANDÃO, Paulo H.; AGUIAR, Marcos M. de. Um toque feminino: recepção e formas de tratamento das proposições sobre questões femininas no Parlamento Brasileiro,

1826-2004. In: SENADO FEDERAL. **Proposições legislativas sobre questões femininas no Parlamento Brasileiro**, 1826-2004. Brasília: Senado Federal, Comissão Temporária do Ano da Mulher/Subsecretaria de Arquivo, 2004.

SORJ, B. **Trabalho remunerado e trabalho não remunerado**. In: OLIVEIRA, S.; RECAMÁN, M.; VENTURI, G. (Org.) A mulher brasileira nos espaços público e privado. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

YOUNG, Iris Marion. Representação política, identidade e minorias. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política** [online]. 2006, n. 67, pp. 139-190 Acesso em: 14 de fev.2022. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-64452006000200006>.

ACESSO À JUSTIÇA: DESAFIOS E SOLUÇÕES CONTEMPORÂNEAS

Pedro Paulo Oliveira Penha¹

1 Introdução

O direito de acesso à justiça é um pilar essencial de qualquer sociedade democrática, assegurando que todos os cidadãos possam reivindicar seus direitos e buscar reparação para injustiças. No entanto, apesar das garantias constitucionais, muitos indivíduos ainda enfrentam obstáculos significativos ao tentar acessar o sistema judiciário. Entre esses desafios estão os custos elevados dos processos, a complexidade burocrática e a falta de informação adequada.

A implementação de políticas públicas inclusivas e o aproveitamento das tecnologias emergentes são destacados como caminhos promissores para tornar o acesso à justiça mais eficiente e equitativo. Ao abordar essas questões, espera-se contribuir para um sistema judicial que verdadeiramente sirva a todos os membros da sociedade, independentemente de sua condição socioeconômica.

Desde a reforma processual com a introdução da lei dos ajuizados especiais de 1995, passando pela adoção do Código de Processo Civil de 2015, e a lei de Mediação de dezembro de 2015, que a crise da morosidade do Poder Judiciário abriga críticas ao acesso à Justiça. E atualmente, a questão continua a ser tema de grande relevância nas esferas social, jurídica e política, e é necessário que as pessoas estejam cientes dos diferentes aspectos envolvidos para tomar decisões informadas e promover mudanças significativas.

O presente estudo aborda a interseção intrincada entre os indivíduos e o sistema de justiça, revelando desafios que transcendem a simples busca por resolução legal e tocam na essência do reconhecimento da

1 Bacharel em Direito pela Universidade CEUMA. Pós-graduando em Processo Civil (PUC-MG). Estagiário de Pós-graduação junto à Defensoria Pública do Estado do Maranhão. Membro do Grupo de Pesquisa Cultura, Direito e Sociedade (DGP/CNPq/UFMA). E-mail: pedropenhajuridico@gmail.com

dignidade e visibilidade social. Na sociedade contemporânea, o acesso à justiça ultrapassa os limites formais dos tribunais, exigindo que pessoas de todos os estratos sociais possam exercer seus direitos e obter jurisdição em situações de conflito. O princípio da igualdade de direitos, consagrado pela Constituição em seu artigo 5º, que assegura a apreciação judicial de qualquer lesão ou ameaça a direitos, exige um rigoroso exame da acessibilidade à justiça para compreender a dinâmica social envolvida.

A desigualdade no acesso à justiça constitui um dos maiores desafios da sociedade atual. A incapacidade de cidadãos acessarem igualmente os mecanismos legais para resolver conflitos e garantir seus direitos compromete a própria essência da justiça. Para uma abordagem efetiva desse tema, impõe-se o uso de metodologia que examine as barreiras ao acesso à justiça, vá além do senso comum, avalie o sistema legal e considere as distintas perspectivas sobre o tema. É essencial explorar alternativas à litigação tradicional, como mediação, arbitragem e conciliação, buscando soluções viáveis para as questões emergentes. Não obstante, este trabalho monográfico se detém particularmente na mediação e na conciliação judicial institucional.

Em derradeira análise, a busca por respostas que tornem o acesso à justiça uma realidade para todos revela-se não apenas um desafio complexo, mas uma imperatividade para a construção de uma sociedade equânime. Este estudo, de um lado, procura dissecar a extensão do problema e suas causas subjacentes; de outro, propõe abordagens viáveis para fomentar um acesso à justiça que se mostre eficaz e universal. Tal empreitada constitui um passo crucial na promoção da igualdade de direitos, assegurando que todos os cidadãos possam recorrer ao aparato judicial, em busca de justiça e reparação, isentos das barreiras que sua posição social possa impor.

A pesquisa e a contínua discussão sobre o acesso à justiça são imprescindíveis para o aprimoramento dos sistemas legais e das políticas públicas. Somente através de um compromisso ininterrupto com a igualdade de acesso à justiça, estatuído no artigo 5º da Constituição de 1988, pode-se aspirar a uma sociedade em que todos se sintam não só protegidos pela lei, mas também capazes de exercer plenamente seus direitos, caminhando rumo a uma sociedade mais justa e igualitária (Brasil, 1988).

2 O conceito de acesso a justiça

A análise sobre “Acesso à Justiça” baseia-se no alicerce teórico de

Mauro Cappelletti e Brian Garth (1988), cujas ideias foram traduzidas para o vernáculo pela ex-ministra Ellen Gracie, Supremo Tribunal Federal. De acordo com esses autores, a expressão “acesso à justiça” é notoriamente difícil de definir, mas possui dois objetivos principais: garantir que todos tenham equidade no acesso ao sistema jurídico e produzir resultados que sejam justos tanto individual como socialmente. Esse conceito não se limita ao acesso aos tribunais, mas está ligado à preservação do devido processo em uma democracia constitucional.

Neste mesmo pensamento, Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 8) descrevem, em seus estudos doutrinários, uma complexidade que envolve o acesso à justiça:

A expressão “Acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. (Cappelletti; Garth, 1988).

Cappelletti e Garth destacam a importância do “Acesso à Justiça” como um pilar fundamental de qualquer sociedade democrática, relacionando-o diretamente à garantia de direitos e à promoção da igualdade. A compreensão desse conceito é complexa, pois inclui diversos obstáculos que vão além das questões legais, envolvendo aspectos econômicos, culturais, políticos e sociais. Para os autores, a acessibilidade ao sistema jurídico é fundamental para combater as desigualdades sociais.

As principais barreiras para o acesso à justiça podem ser classificadas em várias categorias (Tomsej, 2024), incluindo obstáculos financeiros, falta de conscientização sobre direitos, complexidade dos procedimentos legais e discriminação sistêmica. Por exemplo, a complexidade e o custo dos procedimentos legais são citados como desafiante na República Tcheca, contribuindo para o baixo número de ações judicializadas ao emprego (Tomsej, 2024). Da mesma forma, na Indonésia, a falta de conscientização e a dificuldade de acesso a recursos legais são obstáculos significativos para os pobres (Raharjo, 2016). Interessantemente, enquanto alguns países têm leis que estabelecem o direito à assistência jurídica gratuita, como na Indonésia (Gustaf, 2021), a implementação prática dessas leis enfrenta obstáculos, como a falta de instituições de assistência jurídica acreditadas e questões orçamentárias (Andhini, 2021). Além disso, em países como o Uzbequistão, grupos vulneráveis enfrentam limitações na conscientização de seus direitos e na obtenção de recursos legais (Alieva, 2023), enquanto

na Malásia, trabalhadores migrantes e refugiados enfrentam tratamento desigual e mecanismos ineficazes para garantir seu direito à justiça (Abwahab & Khairi, 2020).

E no Brasil, a insuficiência de recursos orçamentários capazes de fortalecer instituições como a Defensoria Pública, acabam por fragilizar e comprometer o efetivo acesso à Justiça, e sua assistência à população multidimensionalmente vulnerável.

- **Econômicas:** Altos custos judiciais, dificuldade em contratar advogados particulares e insuficiência de recursos para arcar com despesas processuais.
- **Sociais e Culturais:** Desconfiança no sistema judicial, falta de conhecimento sobre direitos e funcionamento do sistema, baixa escolaridade e desigualdade social.
- **Estruturais:** Estrutura pública insuficiente, morosidade processual, burocracia excessiva e escassez de defensores públicos.
- **Informacionais:** Falta de informação sobre direitos e procedimentos legais e dificuldade de acesso a informações jurídicas relevantes.
- **Psicológicas:** Medo ou intimidação em relação ao sistema judicial e percepção de sua ineficácia.
- **Geográficas:** Dificuldade de acesso físico aos tribunais e serviços jurídicos em áreas remotas.
- **Linguísticas:** Dificuldade com a linguagem técnica jurídica e barreiras de idioma para acesso a sistemas internacionais de justiça. E no caso, brasileiro, uma exclusão recorrente com relação à população indígena e seu não acesso à justiça a partir da comunicação linguística.
- **Institucionais:** Negativa arbitrária de gratuidade judiciária e exigência de documentos não previstos em lei, além de violações de privacidade na análise de pedidos de gratuidade.

Portanto, uma abordagem abrangente deve incluir não apenas a simplificação do sistema legal, mas também esforços educacionais para capacitar as pessoas a compreenderem e reivindicarem seus direitos.

Ainda, de acordo com Amaro de Souza e Amaro de Souza Filho (2012, p. 233), é importante compreender a distinção entre o acesso à justiça e o acesso ao Judiciário.

Tornou-se comum confundir-se o acesso à justiça com o simples acesso ao judiciário. Sem a efetiva entrega do direito à parte que o merece, não se pode dizer que o direito de ação, puro e simples já representa o acesso à justiça. Estas expressões não devem ser confundidas, como não se devem confundir a tutela jurídica com a jurisdicional e nem está com a tutela do direito. São modalidades tutelares diferentes, sendo que somente a última é que interessa ao jurisdicionado, porque é esta que representa a concretização do direito. O acesso à justiça e a efetivação do direito somente acontecem quando for concretamente empreendida a tutela do direito, isto é, a proteção ou a efetivação do direito material. Com julgamento de mérito e satisfação do direito reconhecido. (Souza; Souza Filho, 2012).

Logo, para superar essas barreiras, são necessárias medidas como o fortalecimento da Defensoria Pública, a implementação de tecnologias para modernizar o judiciário, a promoção de educação jurídica, a simplificação dos procedimentos legais e o desenvolvimento de políticas públicas inclusivas. Isso garantirá que todos os cidadãos, independentemente de sua condição socioeconômica, tenham acesso efetivo à justiça.

2.1 As três ondas renovatórias do acesso à justiça

Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988) propuseram três ondas de acesso à justiça, que retratam uma notável evolução do conceito ao longo do tempo. Inicialmente, a primeira onda, originada na década de 1960, centrou-se na assistência judiciária como meio de garantir a igualdade formal e representou um marco importante na prossecução da equidade no sistema jurídico. Essa abordagem visava a igualdade formal, reconhecendo que o acesso à justiça não deveria ser exclusividade de determinados estratos sociais.

Assim, Cappelletti e Garth (1988, p. 31-32), concluiu o seguinte, “Os primeiros esforços importantes para incrementar o acesso à justiça nos países ocidentais concentraram-se, muito adequadamente, em proporcionar serviços jurídicos para os pobres”. O conceito de assistência judiciária foi crucial, buscando assegurar que mesmo aqueles sem recursos financeiros pudessem buscar a resolução de seus conflitos no sistema judicial.

Nesse contexto, uma grande mudança na assistência jurídica ocorreu com a implementação do sistema *judicare*, conforme descrito por Cappelletti e Bryant (1998, p. 35). Este modelo estipula que toda pessoa abrangida pela lei tem direito à ajuda legal para sua defesa em questões legais, como por exemplo, os advogados privados são remunerados pelo

Estado. O objetivo é fornecer aos menos favorecidos o mesmo nível de representatividade legal que seria necessário caso houvesse condições financeiras para arcar com um profissional especialmente qualificado neste campo da Justiça.

A segunda onda surgiu como um complemento indispensável à primeira, avançando na abordagem de interesses coletivos e de grupos que foram aprimorados pela priorização aos direitos individuais. Cappelletti e Garth (1988, p. 49) trazem pontos importantes para a compreensão da segunda onda, que “O segundo grande movimento no esforço de melhorar o acesso à justiça enfrentou o problema da representação dos interesses difusos, assim chamados os interesses coletivos ou grupais, diversos daqueles dos pobres” (Cappelletti & Garth, 1988). 49).

Essa evolução no pensamento social e jurídico reflete uma busca contínua por uma abordagem mais abrangente e inclusiva na proteção dos direitos e valores fundamentais da sociedade.

Ainda, Cappelletti, and Garth (1988, p. 49-50), afirmam que:

A concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. (Cappelletti; Garth, 1988).

Esta mudança de foco reflete não apenas uma evolução jurídica, mas também uma transformação na consciência social. A segunda onda, ao abraçar interesses difusos e de grupos marginalizados, procura promover uma sociedade mais equitativa e justa, sendo importante considerar que esta transição não invalida a importância dos direitos individuais, mas visa ampliar as perspectivas para garantir que a justiça e a igualdade cheguem a todas as camadas da sociedade.

Durante a terceira onda, houve uma expansão significativa do escopo desta discussão. Cappelletti e Garth explicaram que esta nova reforma pretende ampliar o acesso à justiça e não substituir as anteriores, onde “[...] seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso” (Cappelletti & Garth, 1988). 68).

Esta fase procurou a justiça participativa, envolvendo as comunidades e promovendo abordagens holísticas para enfrentar os

desafios jurídicos, a qual este modelo triplo não só delineou as mudanças progressivas no acesso à justiça, mas também gerou discussões substanciais sobre a democratização do sistema jurídico, enfatizando a importância de uma abordagem inclusiva e equitativa para garantir a eficácia da justiça nas sociedades contemporâneas.

3 O acesso à justiça: breves anotações históricas sobre o direito fundamental de petição e de súplica no Império, e do direito a demandar ao Poder Judiciário na República

Segundo Chai, em Descumprimento de Preceito Fundamental e vetos à Democracia, (2004), o acesso à justiça se refere, enquanto acesso jurisdicional, à todas as formas de defesa dos direitos fundamentais conferidos aos cidadãos por uma Constituição de uma perspectiva dos preceitos fundamentais. Aliás, em tom de libelo, diz o autor, referindo-se em 2004, e cujas palavras retratam os dias atuais:

O grito de desigualdade das condições básicas de sobrevivência em sociedade, ressoa altissonantemente da vida de crianças, adolescentes e adultos, e que não dizer de milhares de jovens que capazes ao trabalho, mas sem qualquer possibilidade de capacitação não podem se lançar ao mercado de trabalho. Além, claro, das centenas de centenas de analfabetos funcionais certificados e diplomados pelas escolas de faz-de-conta existentes. (Chai, 2004, p. 23).

A mediação como um processo terapêutico, como ensinam Ramos e Chai (2014), recoloca o cidadão no exercício da autodeterminação, elevando a “mediação”, sendo ele sujeito ativo sobre os limites e as escolhas sobre as possibilidades do encontrar a solução do conflito que lhe envolve.

É certo que a nova lei de mediação vem trazendo inúmeras vantagens aos que se submetem a esse procedimento. Além disso, com a dificuldade legislativa em manter a garantia de direitos dinâmica a tal ponto de acompanhar as tendências atuais da sociedade e a sobrecarga do judiciário quanto ao acesso à justiça, a mediação vai ocupar de maneira mais eficaz o quadro da solução de conflitos. (Ramos; Chai, 2014, p. 149).

Nesse sentido, é possível dizer que, quando o cidadão participa efetivamente construindo a decisão no procedimento da mediação, ele cidadão está construindo o direito, e, portanto, dizendo a si mesmo qual é o direito que ele próprio deve reconhecer. Mais uma vez, Chai (2004, p. 42) concluiu que:

De saída estabelece-se que cidadão não deve ser tomado por uma

categoria do abstrato, do mero formal, muito menos como uma ingênua instância de legitimação, tendenciosa a minorar a iconização de si mesmo. Mas deve ser consignado enquanto sujeito de poder, e não tão somente objeto. E, sendo sujeito de poder deve ser reenviado ao exercício do mesmo, do próprio poder. O controle dos atos dos exercentes do poder pelo povo é uma forma, senão a forma, de evitar-se a perpetuação do paradoxo despresticioso de uma cidadania ampliada inefetiva, ou ao menos do ignorar deste (paradoxo), ou ainda de sua substituição por outro. (Chai, 2004).

Por isso que, uma das garantias para promover a justiça é o direito do indivíduo interpelar formalmente autoridades competentes em busca da resolução de um problema ou conflito, exercendo seu direito de petição, participando e fortalecendo o controle social sobre a vida pública, seja pela via da defesa individual de seus direitos, seja pela via da defesa coletiva, como propugnado pelos instrumentos processuais de demandas coletivas por meio de ações civis públicas, ações populares, mandados de segurança coletivos, ou mesmo no direito de representação pela atuação da Instituição do Ministério Público à luz dos art. 127 e 129, da Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988, grifo nosso).

No Brasil, ao longo do período imperial e subsequentemente, foram oficializadas sete constituições que regeram o ordenamento jurídico, sendo a constituição de 1988, a oitava constituição, não obstante a Constituição de 1969 seja tecnicamente apenas uma constituição material outorgada pela Emenda Constitucional 01/69 (Brasil, 1969).

Em particular, a Constituição de 1824 foi outorgada por Dom Pedro I e distribuída como bases para o sistema judiciário brasileiro. Sob seu domínio, o poder centralizado do imperador era evidente, uma vez que este era reconhecido como - a chave de toda organização política, conforme art. 98, embora altamente restritiva em relação ao acesso à justiça, esta constituição estabelecia mais sobre uma divisão política e administrativa, do que garantir direitos fundamentais aos cidadãos (Brasil, 1824).

Entretanto, é evidente que em determinados artigos previstos na mencionada constituição, o acesso à justiça pode ser visto. Como citado anteriormente, acesso à justiça consiste em todo e qualquer procedimento destinado a garantir os direitos fundamentais e possibilitar aos titulares desses direitos apresentarem peticionamento em caso de violações.

Em conformidade com o Artigo 179, Inciso XXX, (Brasil, 1824), os cidadãos têm direito garantido de petição junto ao poder legislativo ou executivo em caso de infrações que possam violar seus direitos assegurados.

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

[...]

XXX.. Todo o Cidadão poderá apresentar por escripto ao Poder Legislativo, e ao Executivo reclamações, queixas, ou petições, e até expôr qualquer infracção da Constituição, requerendo perante a competente Auctoridade a effectiva responsabilidade dos infractores (Brasil, 1984).

Portanto, a Constituição de 1824 não houve menções diretas ao acesso à justiça, porém foi o ponto de partida para uma longa jornada de transformação no sistema jurídico do Brasil. Já em 1889, a Proclamação da República no Brasil levou à criação de uma nova constituição: a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891.

Essa carta magna distribuiu o poder judiciário como autônomo e apresentou garantias inovadoras como o habeas corpus. Inspirada na estrutura constitucional dos Estados Unidos, adotando assim as três divisões de poderes - Legislativo, Executivo e Judiciário, conforme previsto no art. 15 (Brasil, 1891).

Embora existisse um poder judiciário independente durante este período, a Constituição de 1891 não incluía uma disposição direta para o acesso à justiça no seu texto. No entanto, existem disposições que garantem este direito, como a igualdade para todos (Art. 72, §2º), o direito de petição às autoridades públicas em caso de abusos por parte das destas (Art.71, §9º), e o direito à plena defesa para os acusados, incluindo os recursos e meios necessários para alcançá-lo (Art. 71, §16). Também está incluído o habeas corpus, que concede proteção contra prisão ou detenção ilegal devido a potencial violência ou ameaça de violência (art.72 §22).

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

[...]

§ 2º Todos são iguaes perante a lei.

[...]

9º É permittido a quem quer que seja representar, mediante petição, aos poderes publicos, denunciar abusos das autoridades e promover a responsabilidade dos culpados.

[...]

§ 16. Aos accusados se assegurara na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciaes a ella, desde a nota de culpa, entregue em 24 horas ao preso e assignada pela autoridade competente, com os nomes do accusador e das testemunhas (Brasil, 1981).

Além disso, ao mesmo tempo em que garante a independência do Poder Judiciário, vale ressaltar que o Brasil acabava de abolir a escravidão nesta época, ou seja, uma parcela significativa da sua população era analfabeta, pobre e inconsciente dos seus direitos legais. Neste ponto, apenas uma camada privilegiada economicamente tinha acesso ao que poderia ser chamado de - justiça - naquela época. Esse desequilíbrio social refletia a realidade daquele período, na qual a população, em sua maioria, não tinha recursos financeiros para buscar a proteção legal.

A Revolução Constitucional de 1932 levou o governo provisório de Getúlio Vargas a tomar medidas que normalizariam o regime republicano. Como tal, eleições foram convocadas e realizadas no ano seguinte. Em 16 de julho de 1934, foi anunciada uma nova constituição, que possuía 187 artigos (Brasil, 1934).

Em termos gerais, esta nova constituição preservou alguns elementos introduzidos pela anterior de 1891, onde muitos itens respeitavam os princípios federalistas que mantiveram o Brasil como uma República Federativa - como eleições diretas para membros dos poderes Executivo e Legislativo - preservando também a separação entre os três poderes (SOUSA, 2023).

A Constituição em questão aderiu em seu texto a assistência judiciária gratuita como uma das formas essenciais de garantir o acesso à justiça, pois nesta época muitas pessoas da população não possuíam recursos financeiros para arcar com as despesas do processo. Além disso, ela representou um avanço significativo no direito de acesso à justiça ao criar ferramentas importantes como a ação popular (art. 113, inc. 38), o mandado de segurança (art.113, inc. 33) e instituir órgãos judiciais especializados nas áreas trabalhistas e eleitorais junto com a assistência jurídica gratuita (art.113, inc. 32) (Brasil, 1934).

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

[...]

32) A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais assegurando, a

isenção de emolumentos, custas, taxas e selos.

33) Dar-se-á mandado de segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do habeas corpus, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petições competentes.

[...]

38) Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios.

Após três anos da promulgação da Constituição em 1934, uma nova constituição foi formada. A Constituição de 1937, amplamente considerada regressiva em termos de acesso à justiça no Brasil, foi outorgada durante o governo de Getúlio Vargas. No que diz respeito ao acesso à justiça, a Constituição enfraqueceu as instituições democráticas e limitou a independência judicial (Carneiro, 2000).

O Executivo foi empoderado com amplos poderes para intervir em processos judiciais, o que corroeu tanto a imparcialidade quanto à autonomia do sistema jurídico. Além disso, os tribunais militares foram preparados para permitir julgamentos civis prejudicando ainda mais o processo jurídico adequado.

Após o fim da Segunda Guerra Mundial, as sociedades passaram por um processo marcado por diversos movimentos que visavam a reintrodução da democracia no país (Silva, 1993). Em 2 de fevereiro de 1946, uma Assembleia foi convocada para redigir uma nova Constituição cujo objetivo era restabelecer a social-democracia, mantendo os direitos legais concedidos até então, conforme definido pela constituição de 1934.

Esses objetivos se tornaram realidade em 18 de setembro de 1946, (Brasil, 1946), quando o liberalismo e as causas sociais uniram-se harmoniosamente, trazendo em seu texto a garantia da apreciação do poder judiciário qualquer lesão de direito individual (Art. 141, §4º), ainda assistência judiciária aos necessitados (Art. 141, §35º), o rápido andamento dos processos nas repartições públicas (Art. 141, §36º, inc. I), além ainda que deu origem à participação dos trabalhadores nos lucros das empresas, ao mesmo tempo que lhes concedem direitos laborais fundamentais, tais como capacidades de greve, também conforme Miranda (1997), além do direito de voto das mulheres.

Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros

residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 4º - A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.

[...]

§ 35 - O Poder Público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados.

[...]

§ 36 - A lei assegurará:

I - O rápido andamento dos processos nas repartições públicas;

Após dezoito anos desde a promulgação da Constituição em 1946, o Brasil passou por outro período delicado com um golpe de Estado. Após a tomada militar em 1964, houve restrições ao acesso à justiça em todo o país, levando ao surgimento de uma nova constituição, esta de 1967.

Ressalte-se que esta Constituição confere capacidade legislativa ao Presidente através da sua competência de emitir decretos sobre assuntos relacionados com a segurança nacional e as finanças públicas (artigo 58, I e II), ampliando ainda mais a competência exclusiva do Presidente para que possa criar leis (artigo 60.º), além de que seu objetivo era tanto fortalecer o poder executivo como a autoridade presidencial (Horta, 2002).

Com a reforma do poder presidencial, foram decretados Atos Institucionais utilizados para legitimar ações militares e suspender os direitos políticos e civis dos brasileiros. Entre esses atos destacados estava o número quatro, que previa que o Congresso Nacional se reunisse extraordinariamente para discutir, votar e promulgar iniciativas propostas pelo Presidente (HORTA, 2002), e o Ato Institucional de nº 5, que provocou a paralisação da Constituição e levou à negação dos princípios de independência e harmonia entre os Poderes, já que o Chefe do Executivo passou a ter total controle arbitrário sobre eles.

Conforme indicado por Raul Machado Horta (2002), o regime presidencial se converteu em uma ditadura. Atualmente está em vigência a Constituição Federal de 1988, onde está disposto no Art. 5º, inc. XXXV que, qualquer pessoa prejudicada ou ameaçada não pode ter seu direito excluído pelo Poder Judiciário. Portanto, todas as pessoas têm acesso à justiça e podem buscar a proteção de seus direitos em casos específicos.

Isso implica que a lei deve garantir a igualdade no uso das vias

judiciais para defesa dos interesses legais individuais. Essa disposição constitucional visa uma estrutura equitativa e justa em benefício da sociedade brasileira como um todo.

Além dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal Brasileira, o acesso à justiça está amparado em nosso ordenamento jurídico. Isto garante que estes regulamentos abrangem todas as formas pelas quais os cidadãos têm oportunidades de procurar a resolução de conflitos e proteger os seus interesses perante o Poder Judiciário, como as Defensorias Públicas, que prestam assistência jurídica gratuita à população carente; os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, que têm procedimentos simplificados e visam resolver litígios de menor complexidade; e os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs), que promovem a conciliação entre as partes antes do início do processo judicial.

Apesar dos avanços legislativos e institucionais, ainda existem desafios no acesso à justiça no Brasil. A morosidade processual, a falta de recursos materiais e humanos nos órgãos judiciais e a dificuldade de acesso aos serviços jurídicos são alguns dos obstáculos enfrentados ainda pelos cidadãos na busca pela justiça.

4 A Lei de Mediação e sua expansão no Poder Judiciário

A Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015) trouxe meios adequados de solução de conflitos para o poder judiciário como uma forma de estimular a busca de soluções mais eficientes e menos custosas para resolver disputas legais.

Uma das principais razões para a expansão desses novos meios é o reconhecimento de que nem todos os casos precisam ser levados ao tribunal. Muitas vezes, as partes podem resolver suas diferenças através da mediação ou conciliação, evitando assim um processo judicial longo e oneroso, e moroso.

Para se ter uma ideia, uma pesquisa feita pelo Relatório Justiça em Números, utilizando dados consolidados pelo Conselho Nacional de Justiça, somente no ano de 2022, contando os processos ajuizados pela primeira vez, sem incluir os processos em grau de recursos e as execuções judiciais, foram baixados 21,3 milhões de processos, um número recorde, se comparado aos anos anteriores. Isso demonstra que, a quantidade de processos impetrados e a quantidade de servidores que estruturam o poder judiciário, leva uma desproporcionalidade que impossibilita que este

serviço seja rápido, eficaz e contributivo para uma sociedade igualitária. (Brasil, 2022).

Nesse recorte, é importante, considerando-se o corpo desta investigação, colacionar-se a Pesquisa sobre *percepção e avaliação* do Poder Judiciário brasileiro, organizada também Conselho Nacional de Justiça e pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Brasil, 2023, grifo nosso).

A pesquisa sobre a Percepção e Avaliação do PJe realizada pelo CNJ em 2023 teve o objetivo de avaliar a percepção dos usuários do sistema PJe, que é o sistema de processo eletrônico utilizado pelo Poder Judiciário brasileiro, tendo sido aplicada a um total de 30.000 usuários, incluindo magistrados, servidores, advogados e partes processuais. Os resultados da pesquisa indicaram que a satisfação geral dos usuários com o PJe é de 68%. No entanto, os resultados também indicaram que há alguns pontos que precisam ser aprimorados, como a facilidade de uso do sistema e a agilidade do trâmite processual (Brasil, 2023).

Matematicamente fica claro que 68% estão abaixo de uma média ponderada de conceito 7, na escala de 0 a 10, o que indica mais que uma mera necessidade de aprimoramento, mas uma aproximação crítica sobre porque 32% dos usuários compreendem que o sistema de justiça não é satisfatório.

A Lei nº 13.140/2015, apresenta que a mediação e a conciliação são métodos de resolução de conflitos, para além da via litigiosa judicial, e têm se mostrado eficazes como auxiliares do acesso à justiça. Ambos os conceitos buscam promover a solução pacífica dos litígios, sem a necessidade da intervenção direta do juiz.

Mauro Cappelletti e Brian Garth (1998, p. 31), trazem o conceito das três ondas que são fundamentais para o entendimento da aplicação do acesso à justiça.

Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso - a primeira “onda” desse movimento novo - foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses “difusos”, especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro - e mais recente - é o que nos propomos a chamar simplesmente “enfoque de acesso à justiça” porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo (Cappelletti; Garth; 1988).

A terceira onda de apresentação retrata com precisão o objeto desta abordagem, que é a implementação de outros meios para resolução de conflitos. Estas mudanças visam facilitar o acesso à justiça para os indivíduos menos afortunados, procurando soluções informais e alternativas para os conflitos, incluindo a redução do domínio do Estado sobre questões jurídicas.

Cappelletti e Garth (1998, p. 67), ainda complementam um ponto importante, sobre a terceira onda:

O novo enfoque de acesso à Justiça, no entanto, tem alcance muito mais amplo. Essa “terceira onda” de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além. [...] Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso (Cappelletti; Garth; 1998).

O ex-presidente do Tribunal Superior de Justiça, Humberto Martins, durante sua participação no webinar “Validade e Segurança Jurídica de Acordos Formalizados Perante Instituições Privadas de Mediação”, promovido pela Câmara Intersindical de Mediação de Conflitos, afirmou que em épocas como a atual (de crise sanitária e econômica), “é preciso considerar como limitações de expansão do poder judiciário” (Martins, 2021, online)

Ele defendeu a ampliação dos meios adequados para solucionar conflitos sem necessidade de intervenção do Estado-Juiz. Em suma, o surgimento e expansão dos novos meios adequados de solução de conflitos no poder judiciário representam uma mudança significativa na forma como as disputas legais são tratadas, considerando-se que esses métodos oferecem uma alternativa mais rápida, econômica e participativa ao processo judicial tradicional, promovendo a busca por soluções consensuais entre as partes envolvidas.

4.1 A Mediação e a Conciliação à luz da lei federal nº 13140/2015: conceitos e pressupostos

A Lei de Mediação, mais conhecida como Lei Federal 13.140/2015, é uma legislação importante que define as orientações para utilização da mediação entre indivíduos como forma de solucionar conflitos e promover a autocomposição nos casos envolvendo a administração pública.

De acordo com a lei, a mediação pode ser utilizada para disputas

relativas a direitos disponíveis ou direitos transacionáveis não disponíveis. Havendo consenso entre as partes sobre um direito transacionável e indisponível, este deverá ser homologado por um juiz ouvido o Ministério Público.

Com o tempo, a compreensão do interesse público negociável evoluiu. O interesse público pode ser visto como o resultado de diversas forças sociais (jurídicas, políticas, económicas, religiosas etc.) que se materializam num determinado momento e local para expressar o melhor valor possível para o desenvolvimento do maior número de pessoas nessa mesma sociedade.

A Lei da Mediação, refletindo esta mudança de perspectiva, permite que as partes cheguem a um compromisso no âmbito dos conflitos da administração pública. A conciliação e a mediação é um processo no qual um terceiro imparcial, seja conciliador ou mediador, auxilia as partes envolvidas em um conflito a chegarem a um acordo por meio do diálogo e da negociação, facilitando a comunicação e ajudando-as a encontrar uma solução mutuamente benéfica.

O objetivo principal é restabelecer a comunicação entre as partes e ajudá-las a encontrar uma solução que seja satisfatória para todos os envolvidos, especialmente em casos complexos ou emocionalmente carregados, permitindo que as partes expressem suas opiniões e preocupações livremente.

Neste sentido, Cappelletti e Garth (1988, p. 87) relata:

A conciliação é extremamente útil para muitos tipos de demandas e partes, especialmente quando consideramos a importância de restaurar relacionamentos prolongados, em vez de simplesmente julgar as partes vencedoras ou vencidas. Mas, embora a conciliação se destine, principalmente, a reduzir o congestionamento do judiciário, devemos certificar-nos de que os resultados representam verdadeiros êxitos, não apenas remédios para problemas do judiciário, que poderiam ter outras soluções (Cappelletti; Garth; 1988).

Esses métodos alternativos de resolução de conflitos possuem diversas vantagens em relação ao sistema tradicional de justiça. Primeiramente, eles são mais rápidos e económicos, evitando gastos excessivos com honorários advocatícios e custas processuais. Além disso, proporcionam às partes maior autonomia na busca por soluções, já que elas participam ativamente do processo de negociação.

Outra vantagem dos métodos alternativos é a preservação dos relacionamentos. Ao contrário das decisões judiciais, que muitas vezes geram

um vencedor e um perdedor, a mediação e a conciliação buscam encontrar soluções que satisfaçam todas as partes envolvidas. Isso contribui para a manutenção de relacionamentos saudáveis e duradouros, principalmente em casos que envolvem famílias ou empresas.

Em conclusão, a mediação e a conciliação têm se mostrado importantes ferramentas no auxílio ao acesso à justiça. Por meio do diálogo, negociação e intervenção imparcial de terceiros, esses métodos possibilitam a resolução pacífica dos conflitos, evitando litígios prolongados e desgastantes. Comprovadamente eficazes, eles representam uma alternativa viável ao sistema tradicional de justiça, proporcionando às partes maior controle sobre o resultado e mantendo os relacionamentos preservados.

4.2 Da atuação dos mediadores e conciliadores

É fundamental destacar que o objetivo principal dos mecanismos de resolução de conflito não é apenas aliviar a carga do poder judiciário ou reduzir os processos judiciais, mas sim garantir que todos os envolvidos tenham participação adequada nos acordos e ambas as partes possam sair satisfeitas com a decisão. Portanto, para que isto ocorra, é necessário que haja a qualificação dos mediadores e conciliadores que conduzirão as audiências.

Com isso, Francisco Jose Cahali dispõe que:

Mediação é um dos instrumentos de pacificação de natureza autocompositiva e voluntária, no qual um terceiro, imparcial, atua, de forma ativa ou passiva, como facilitador do processo de retomada do diálogo entre as partes, antes ou depois de instaurado o conflito (Cahali, 2012, p. 57).

De acordo com a mesma linha de pensamento, José Cretella Neto ensina que o mediador deve procurar praticá-la: “o mediador propõe as bases para o desenvolvimento das negociações e intervém durante todo o processo, com o objetivo de concitar as partes a aproximar seus pontos de vista sem, contudo, impor uma solução” (Cretella Neto, 2004, p. 3).

No momento delicado em que as partes se encontram, é responsabilidade do mediador identificar a origem do conflito e avaliar cuidadosamente os perfis pessoais dos envolvidos. O ponto principal deve ser atender aos interesses e necessidades de ambas as partes durante o processo de mediação.

Um aspecto importante a ser destacado é que a própria lei de

mediação estabelece que o mediador deve cumprir determinados princípios, os quais, conforme estão previstos no artigo 2º da Lei nº 13.140/2015:

- a. Imparcialidade do mediador: O mediador deve manter uma postura neutra, sem favorecer nenhuma das partes envolvidas no conflito.
- b. Isonomia entre as partes: Todas as partes envolvidas no processo de mediação devem ser tratadas com igualdade, garantindo que todas tenham a mesma oportunidade de expressar suas opiniões e preocupações.
- c. Oralidade: A comunicação durante o processo de mediação é predominantemente oral, permitindo um diálogo aberto e direto entre as partes.
- d. Informalidade: O processo de mediação não precisa seguir formalidades rígidas, permitindo uma abordagem mais flexível e adaptável às necessidades específicas das partes envolvidas.
- e. Autonomia da vontade das partes: As partes envolvidas no processo de mediação têm total liberdade para tomar suas próprias decisões. O mediador não tem poder decisório e não pode impor soluções.
- f. Busca do consenso: O objetivo principal do processo de mediação é alcançar um consenso que seja mutuamente aceitável para todas as partes envolvidas.
- g. Confidencialidade: Todas as informações compartilhadas durante o processo de mediação são confidenciais e não podem ser usadas em processos judiciais posteriores, a menos que todas as partes concordem.
- h. Boa-fé: As partes envolvidas no processo de mediação devem agir de boa-fé, sendo honestas e transparentes em suas comunicações e intenções.

Embora seja uma abordagem desjudicializada, este processo ainda mantém sua natureza judicial e requer princípios para garantir que possa ser conduzido por um juiz ou mediador/conciliador tanto no âmbito jurídico quanto extrajudicial. É essencial cumprir os direitos relevantes de maneira rápida e bem-sucedida.

5 Considerações finais

O acesso à justiça é um direito fundamental que deve ser garantido a todos os cidadãos, independentemente de sua condição socioeconômica. No entanto, a realidade brasileira ainda apresenta diversos obstáculos que dificultam a efetivação desse direito, como a morosidade processual, os altos custos judiciais e a falta de informação adequada. Para enfrentar esses desafios, é crucial implementar medidas práticas e inovadoras que promovam um sistema judiciário mais acessível e eficiente.

Primeiramente, a modernização do judiciário através da adoção de tecnologias emergentes pode acelerar a tramitação dos processos e aumentar a transparência. Ferramentas como inteligência artificial e plataformas digitais podem ser utilizadas para automatizar tarefas burocráticas, reduzir o tempo de espera e facilitar o acesso às informações processuais.

Além disso, é essencial fortalecer e expandir os métodos multiportas de resolução de conflitos, como a mediação, a conciliação e a arbitragem. Esses mecanismos não apenas descongestionam o sistema judiciário, mas também oferecem soluções mais rápidas e menos onerosas para os litigantes.

A ampliação da assistência jurídica gratuita é outra medida fundamental. A Defensoria Pública deve ser fortalecida e mais bem equipada para atender à demanda crescente, garantindo que pessoas de baixa renda tenham acesso a uma representação legal de qualidade. Programas de educação jurídica também podem ser implementados para informar a população sobre seus direitos e sobre como acessar os serviços judiciais disponíveis.

Assim, essas medidas podem ser sistematizadas em:

Tribunais móveis itinerantes:

Uma observação fundamental é a barreira geográfica que impede o acesso à justiça em regiões afastadas. Para mitigar essa desigualdade, sugerimos a implementação de tribunais móveis, que percorram áreas rurais e comunidades isoladas. Estima-se que essa medida não só aumentaria a presença da justiça em regiões carentes, mas também reduziria significativamente os custos de deslocamento dos cidadãos.

Plataformas digitais de resolução de conflitos:

A tecnologia desempenha um papel crucial na democratização do acesso à justiça (IHJ, 2024). A criação de plataformas digitais, que permitam a mediação e resolução de conflitos de forma remota, facilitaria o acesso a serviços jurídicos, especialmente para quem reside em áreas com infraestrutura precária, e otimizaria o tempo dos profissionais envolvidos, resultando em uma maior eficiência do sistema judicial.

Fortalecimento da Integração extensão-justiça nas universidades:

A formação de futuros profissionais do direito deve ser prática e solidária. Sugerimos que as universidades incorporem programas de assistência jurídica em suas atividades de extensão. Isso proporcionaria experiência prática aos estudantes e aumentaria a oferta de serviços jurídicos gratuitos para a população de baixa renda, promovendo um ciclo virtuoso de aprendizado e cidadania.

Fomento à cultura da mediação e da arbitragem:

A mediação e a arbitragem, como métodos de resolução de conflitos, podem descongestionar o sistema judicial. A proposta é criar *incentivos fiscais e educacionais* que promovam a utilização da mediação e da arbitragem, tanto por indivíduos quanto por empresas. Isso teria o potencial de diminuir o número de processos judiciais, tornando o sistema mais ágil e eficiente.

Essas propostas não são apenas idealistas, mas baseadas em análises racionais e empíricas de práticas globais e nacionais, e das necessidades específicas do Brasil.

Por fim, a colaboração entre os diversos atores do sistema de justiça — incluindo o Poder Judiciário, Ministério Público, advogados, legisladores e a sociedade civil — é vital para a criação de políticas públicas inclusivas que promovam a democratização do acesso à justiça. A participação ativa da sociedade na formulação e implementação dessas políticas pode assegurar que as soluções propostas atendam às reais necessidades da população.

Em suma, garantir o acesso à justiça para todos os cidadãos requer um esforço conjunto e contínuo para superar os obstáculos existentes. Somente através da implementação de medidas práticas e inovadoras será possível construir um sistema judiciário mais justo, eficiente e acessível, promovendo a igualdade e a proteção dos direitos fundamentais de todos.

Referências

ABWAHAB, Andika; KHAIRI, Aizat. Right to justice and legal aid barriers to the vulnerable non-citizens in Malaysia. **Geografia**, vol. 16, no. 1, 27 Feb. 2020. DOI 10.17576/geo-2020-1601-02. Available at: <https://doi.org/10.17576/geo-2020-1601-02>.

ALIEVA, Kamola. Enhancing access to justice: free legal aid and client-centered legal counseling through Clinical Legal Education in

Uzbekistan. **Society and Innovations**, vol. 4, no. 4, p. 102–113, 13 Aug. 2023. DOI 10.47689/2181-1415-vol4-iss4-pp102-113. Available at: <https://doi.org/10.47689/2181-1415-vol4-iss4-pp102-113>.

ANDHINI, Alycia Sandra Dinar. Juridical Analysis of Legal Aid Implementation for Underprivileged Communities: Problems and Challenges. **The Indonesian Journal of International Clinical Legal Education**, vol. 3, no. 4, p. 481–498, 1 Dec. 2021. DOI 10.15294/ijicle.v3i4.48272. Available at: <https://doi.org/10.15294/ijicle.v3i4.48272>.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (2023). **20ª edição do relatório Justiça em Números**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/justica-em-numeros-2023.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2024. Acesso em 15 out. 2023

BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de (2010)**. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_125_29112010_03042019145135.pdf. Acesso em: 15 out. 2023.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (1934): Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 4 nov. 2023

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (1937). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 4 nov. 2023

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brazil** (1891). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 4 nov. 2023

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 4 nov. 2023

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 4 nov. 2023

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil de 1824**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 4 nov. 2023

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo

Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 março 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 15 out. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.** Lei de Mediação. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 29 jun. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 15 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Presidente do STJ defende incentivo a métodos alternativos para conflitos em meio à crise do coronavírus.** Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/17112020-Presidente-do-STJ-defende-incentivo-a-metodos-alternativos-para-conflitos-em-meio-a-cri-se-do-coronavirus.aspx>. Acesso em: 07 nov. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 06 nov. 2023

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem. 2ª Edição.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 57.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública.** Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CHAI, Cássius Guimarães. **Descumprimento de preceito fundamental e vetos à democracia.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, 286p.

COURA, Alexandre de Castro; CHAI, Cássius Guimarães (org.). **Mediação, Sistema de Justiça e Administração Pública:** o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Advocacia Pública, 2014. Disponível em: https://www.mppma.mp.br/arquivos/biblioteca/livros/3848_mediacao_familiar,_infancia,_idoso_e_genero_familiy,_childhood,_senior_and_gender_mediation_mp.pdf. Acesso em: 06 nov. 2023.

CRETELLA NETO, José. **Curso de Arbitragem:** arbitragem comercial, arbitragem internacional, Lei brasileira de arbitragem, Instituições internacionais de arbitragem, Convenções internacionais sobre arbitragem. Ed. Forense, 2004.

GUSTAF, Muhammad Akbar Maulana. Legal Aid in Indonesia: Problems and Challenges. **The Indonesian Journal of International**

Clinical Legal Education, vol. 3, no. 2, p. 163–172, 30 jun. 2021. DOI 10.15294/ijicle. v3i2.46170. Available at: <https://doi.org/10.15294/ijicle. v3i2.46170>.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

IHJ, Equipe. Inovação e Eficiência: O Impacto da IA Jurídica. 12 Apr. 2024. **IHJ**. Available at: <https://www.ihj.org.br/tecnologia/inovacao-e-eficiencia-o-impacto-da-ia-juridica.html>.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1997.

RAMOS, Arthur de Sousa, CHAI, Cássius Guimarães Chai. Acesso à ordem jurídica justa: a mediação e a efetivação do direito fundamental à saúde. In **MEDIAÇÃO E DIREITOS SOCIAIS INDISPONÍVEIS: Trabalho, Saúde, Educação E Meio Ambiente**. 2014, p. 136-153.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1993.

SOUSA, Rainer Gonçalves. “**Constituição de 1934**”; Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/historiab/constituicao-1934.htm>. Acesso em 04 de nov. 2023.

SOUZA, Gelson Amaro; SOUZA FILHO, Gelson Amaro de. Processo e Acesso à Justiça. In **Acesso à Justiça: uma perspectiva da democratização da administração da justiça nas dimensões social, política e econômica/ Dirceu Siqueira, Flávio Luís de Oliveira, organizadores**. São Paulo: Boreal Editora, 2012.

TOMSEJ, Jakub. From Discrimination to Dismissal: Navigating Obstacles on the Path to Workplace Justice. **Białostockie Studia Prawnicze**, vol. 29, no. 2, p. 19–28, 22 May 2024. DOI 10.15290/bsp.2024.29.02.02. Available at: <https://doi.org/10.15290/bsp.2024.29.02.02>.

VENEZUELANOS NO BRASIL – PERFIL SOCIOECONÔMICO: MATRIZ DE MONITORAMENTO DE DESLOCAMENTO (DTM) 7ª RODADA 2023 E 8ª RODADA 2024 DE RORAIMA

José Cláudio Pavão Santana¹

Diogo de Almeida Viana dos Santos²

Guilherme Saldanha Santana³

1 Introdução

Com a intensificação dos deslocamentos humanos, o crescimento da densidade populacional humana no planeta, e a crescente industrialização da guerra e da mortandade, a partir do advento da Revolução industrial, especialmente do século XX⁴, o fenômeno dos deslocamentos

- 1 Pós-Doutorado no “Ius Gentium Conimbrigae” – Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Doutor em Direito pela PUCSP. Mestre em Direito pela FDR-UFPE. Sócio do ABDPC. Membro efetivo do IBEC. Membro da ALL. Membro efetivo da AMLJ. Membro do Grupo de Pesquisa DGP CNPQ UFMA CULTURAL, DIREITO E SOCIEDADE. Tutor do Grupo de Pesquisa DGP CNPQUFMA Direito Constitucional Contemporâneo. Professor Titular do Curso de Direito da UFMA. Professor Fundador do Curso de Mestrado em Direito e do Sistema de Justiça da UFMA. E-mail: pavaosantana@gmail.com
- 2 Possui doutorado PhD em International Cooperation - Governance and Law - Universidade de Nagoya-Japão (2010), mestrado em LL.M. Comparative Law - Universidade de Nagoya-Japão (2007), graduação em Direito Bacharelado pela Universidade Federal do Maranhão (2003). Atualmente é professor professor do Mestrado Profissional em Direito e Afirmação de Vulneráveis da Universidade CEUMA, da UEMA-Universidade Estadual do Maranhão, de Teoria das Relações Internacionais e Política Externa Brasileira, e da Universidade CEUMA, de Direito Constitucional, e Direito Internacional. Foi Diretor do curso de Direito Bacharelado da Universidade Estadual do Maranhão. E-mail: diogoviana@gmail.com
- 3 Licenciado em História pela UEMA Bacharel em Direito pelo CEUMA Pós-graduação em Relações Internacionais pela PUCMINAS Mestre em Ciências Jurídicas pela UAL Mestre em Direito pelo CEUMA, Doutorando em Ciências Jurídicas pela UAL Presidente da Revista Acadêmica e Científica da SEDUC/MA, Presidente da Comissão de Tecnologia e Informação da OAB/MA Coordenador de Tecnologia e Informação da ESA/OAB/MA Professor de História da Rede Pública do Estado do MA, Advogado. E-mail: guilhermesantanaprofessor@gmail.com
- 4 ZENO, Basileus. *Dignity and Humiliation: Identity Formation among Syrian Refugees*. *Middle East Law and Governance*, v. 9, n.3. 2017. pp. 282-297. <https://doi.org/10.1017/S1944794917000031>

forçados e refugiados cresce e se torna dos temas mais relevantes na esfera dos Direitos Humanos e da dignidade da pessoa humana⁵.

O tratamento doméstico constitucional dos refugiados pelos Estados é de direta importância e extremo impacto para a decente e digna condição dos refugiados que gerados no plano internacional, acabam buscando lugar de existência dentro dos Estados Nacionais. A padronização internacional global do tratamento dos refugiados, desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos, até a Convenção Internacional Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951⁶ abrem espaço ao tratamento doméstico que cumpra standards mínimos de proteção e tratamento digno internamente aos Estados⁷.

O relevante movimento migratório forçado de venezuelanos a países vizinhos a partir de 2017, dentre eles o Brasil fez com que o estudo dos movimentos migratórios venezuelanos ao Estado brasileiro se tornasse tema de reflexão constante e necessária, tanto na discussão de novos movimentos políticos do cenário internacional, quanto na afirmação e tutela de Direitos Humanos Internacionais pelos Estados, num debate sobre dignidade humana, e soberania.

O objetivo deste texto é discutir a construção e manutenção da Dignidade da Pessoa Humana como princípio de direito indispensável através da inclusão socioeconômica através de ações práticas do Estado brasileiro no tratamento dos refugiados, especialmente venezuelanos, através dos dados da Matriz de Monitoramento de Deslocamento (DTM) 7ª Rodada 2023 e 8ª Rodada 2024 de Roraima.

Para tanto, propomos examinar algumas perguntas de caminho metodológico: Como o Estado Brasileiro recebe os refugiados, tanto como fenômeno humano, quanto como indivíduos titulares de Direitos Humanos e dignidade, quanto em suas ações mais concretas? Mais especificamente, Como se dá a internalização dos standards legais internacionais sobre refugiados no Ordenamento Jurídico brasileiro? Na primeira seção trataremos desta questão expositivamente. Em seguida, já

org/10.1163/18763375-00903006 Web.

- 5 KAVURO, Callixte. *The Value of Human Dignity in the Refugee Protection*. AHMR, Cape Town, v. 5, n. 1, p. 1510-1554, Abr. 2019. http://www.scielo.org.za/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2410-79722019000100002&lng=en&nrm=iso. access on 08 July 2024.
- 6 ACNUR (1951). **Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados**. Disponível em: http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados. Acesso em: 01 de novembro de 2017.
- 7 GLENDENNING, P. *Asylum seekers, refugees and human dignity*. *Social Alternatives*, v. 34, n.1, pp. 27-33. 2015. <https://search.informit.org/doi/10.3316/ielapa.261182488541920>.

em um cuidado mais empírico, examinaremos o perfil do refugiado no Brasil contemporâneo, e sua situação econômica, a partir de dados da Matriz de Monitoramento de Deslocamento (DTM) nacional, com o fim de responder à questão de como vivem e encontram condições de sustento os refugiados internalizados no Brasil.

Em um primeiro momento foi indispensável observar a construção de um – Novo – Mundo Contemporâneo⁸ (expressão autoral) consubstanciado nas: a) coexistência de ondas de evolução social definidas por Alvin Toffler⁹; b) na coexistência das dimensões de direitos humanos internacionais, e; c) na coexistência de gerações de indivíduos nascidos antes da *internet*.

Naquele momento, a discussão implicou na contraposição entre o princípio da Dignidade Humana conflitando com a Soberania Popular nos Estados de Brasil e Portugal, que em outras oportunidades despertou o debate do poder vinculante anômalo da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948¹⁰.

Como parte do objeto de estudo, o constante crescimento do fluxo migratório de venezuelanos entre 2017 e 2019 provocou espécie observação prévia nas decisões do Estado brasileiro de recepção e acolhimento de refugiados, conexa com a crise política e econômica da República Bolivariana da Venezuela.

As barreiras sanitárias impostas pela Covid-19 não impediram o movimento migratório ao Estado brasileiro, que desde 2017 apresentou ao Mundo uma Legislação migratória inovadora e protagonista (Lei de 13.445/2027 – Lei de Migração) de defesa aos indivíduos internacionais – um espaço legal humanizado.

O recorte da nacionalidade venezuelana implicou na constatação dos indivíduos no espaço público pátrio, em alguns lugares provocando espécie de superpopulação implicando nas políticas públicas, como foi o caso de Pacaraima/RR.

Em pesquisa posterior, uma análise do processo da concessão de refúgio pelo Estado brasileiro perquiriu o contexto migratório vivido pela

8 SANTANA, Guilherme Saldanha. **O – novo – Mundo Contemporâneo. Da dignidade à soberania em Brasil e Portugal**. Florianópolis, Ed. Habitus, 2023

9 TOFFLER, Alvin. **A terceira onda**. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 1980. 491 p.

10 SANTANA, Guilherme Saldanha; SANTOS, Diogo de Almeida Viana dos. **Poder Vinculante da Declaração Universal dos Direitos Humanos**. In: SILVA, Maynara Costa de Oliveira; REIS, Renata Caroline Pereira (org.). *Direito, democracia e desenvolvimento*. Curitiba: CRV, 2020. p. 13-26.

América Latina¹¹, especificamente na Venezuela, desde 2014, que impactou em diáspora de indivíduos venezuelanos reafirmados em condição de vulnerabilidade¹² agravada.

Nesta, o percurso partiu da análise Plataforma Interativa de decisões sobre refúgio – hoje Painel Interativo de decisões sobre refúgio¹³ – para observar o indivíduo repetido (expressão também autoral) espécie de padrão de estrangeiro venezuelano que solicitou a condição de refúgio ao Estado brasileiro.

Alguns outros percursos foram tomados, a análise do Sistema do Comitê Nacional para Refugiados (SISCONARE), bem como o procedimento de solicitação da condição de refúgio e suas especificidades através da concessão do procedimento de *prima facie* aos indivíduos venezuelanos.

Contudo, a base de dados utilizada, não foi mais alimentada pelo Governo brasileiro, estagnado nas informações até o ano de 2022, e prejudicando a continuidade da pesquisa. E mesmo antes da falta de atualização dos dados, já questionamos a falibilidade daqueles dispostos, sempre perquirindo que dificilmente reproduzem a realidade de indivíduos no Estado brasileiro.

Naquele momento, a proposição perpassou por uma Cartilha de instrução simplificada para refugiados venezuelanos (CISRV)¹⁴, com o intuito de minorar a vulnerabilidade desses indivíduos em condição de vulnerabilidade ao Estado brasileiro, bem como identificando na etnia WARAO, um fator de atenção especial.

A ausência de continuidade de dados no Painel Interativo de decisões sobre refúgio, despertou ainda mais o interesse pela análise da condição desses indivíduos e seu processo de interiorização, dados da operação Acolhida através da Matriz de Monitoramento de Deslocamento

11 HÜLSEMANN, Laura. **América Latina vive momento de migração intensa: entenda o papel do Brasil. entenda o papel do Brasil.** 2019. O Humanista é o jornal laboratório da Faculdade de Biblioteconomia e Comunicação da UFRGS. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/humanista/2019/10/07/america-latina-vive-momento-de-migracao-intensa-entenda-o-papel-do-brasil/>. Acesso em: 20 jan. 2023.

12 AZEVEDO, Júlio Camargo de. **Vulnerabilidade: critério para a adequação procedimental.** Belo Horizonte: Cei, 2021, p. 66.

13 CONARE. **Plataforma interativa de decisões sobre refúgio.** 2020. Disponível em: <https://app.powerbi1NDNkMmFmODBiZSIsImMiOjh9&pageName=ReportSection>.

14 SANTANA, Guilherme Saldanha. **CONCESSÃO DE REFÚGIO A VENEZUELANOS: análise e acesso simplificado da plataforma SISCONARE.** 2023. 124 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito e Afirmação de Vulneráveis, nível de Mestrado Profissional, da Universidade CEUMA, São Luís, 2023.

(DTM) de venezuelanos 2023 e 2024 – 7^a¹⁵ e 8^a¹⁶ Rodadas de Roraima (maior porta de entrada de refugiados venezuelanos), criado pela Agência da ONU para Migrações (OIM) destacam perfil demográfico, escolaridade, etnia através de pesquisa quantitativa e qualitativa¹⁷.

2 Recepção dos refugiados pelo ordenamento jurídico brasileiro

A releitura dos ordenamentos normativos pátrios diante da recepção de refugiados no Estado brasileiro em coadjuva com os instrumentos normativos internacionais, implica não apenas na observação do comportamento do Brasil no processo de recepção, mas também na assimilação e interiorização desses indivíduos.

Nos últimos anos a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável estabeleceu plano de ação adotado em 21/09/2015 através da Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas A/70/L.1, fracionada em 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) para o desenvolvimento sustentável, promoção da dignidade e erradicação da pobreza no Mundo. Dentre os tópicos que observam a condição de refúgio e migração: o empoderamento das pessoas vulneráveis, inclusive os refugiados e migrantes, atendimento imediato humanitário (Tópico 23) e a relevância dos migrantes e refugiados para desenvolvimento dos países de origem, trânsito e destino (Tópico 29).

Por ora, duas ODS da Agenda 2030 são de extrema importância para este estudo, são elas: a “8.8 Proteger os direitos trabalhistas e promover ambientes de trabalho seguros e protegidos para todos os trabalhadores, incluindo os trabalhadores migrantes, em particular as mulheres migrantes, e pessoas em empregos precários” e a ODS “10.7 Facilitar a migração e a mobilidade ordenada, segura, regular e responsável das pessoas, inclusive

15 OIM – Agência da ONU Para As Migrações. **Matriz de Monitoramento de Deslocamento (DTM) de venezuelanos 2023: 7^a rodada**. Brasília: Oim, 2023. 24 p. Disponível em: <https://brazil.iom.int/sites/g/files/tmzbd11496/files/documents/2023-04/DTM-2023-RR.pdf>. Acesso em: 08 jul. 2024.

16 OIM – Organização Internacional Para As Migrações. **Matriz de Monitoramento de Deslocamento (DTM) de venezuelanos 2023: 8^a rodada**. Brasília: Oim, 2024. 24 p. Disponível em: https://brazil.iom.int/sites/g/files/tmzbd11496/files/documents/2024-04/dtm-roraima-8-rodada_2023.pdf. Acesso em: 08 jul. 2024.

17 OIM – Organização Internacional para as Migrações **Matriz de monitoramento de deslocamento (DTM) nacional sobre a população indígena do fluxo migratório venezuelano no Brasil** [livro eletrônico]: rodada 2023 / [autoras] Cinthia Barros, Jennifer Alvarez, Luciana Elena Vazquez. 2. ed. Brasília, DF, 2023.

por meio da implementação de políticas de migração planejadas e bem geridas”¹⁸ vez que tratam de mobilidade e a inclusão socioeconômica desses indivíduos.

O art. 1º no Estatuto dos Refugiados de 1951¹⁹, conceitua a condição de refúgio e tem o condão inaugurador e primordial ao instrumento. No Brasil é cabível mencionar percurso ilustrativo político da política migratória: a) estrangeiro/inimigo; b) estrangeiro/imigrante; c) controle migratório; d) segurança nacional; e, e) equiparação cidadão/estrangeiro²⁰.

Não por menos uma assimilação tardia pelo estado brasileiro do Estatuto dos Refugiados de 1951²¹ – Lei de Refúgio N.º 9.474/97 – e do Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1967 – Decreto N.º 70.946/72. O *status* da condição de refugiado é expandido pelas Convenção da Organização da Unidade Africana de 1969 e a Declaração de Cartagena de 1984²².

O Estado brasileiro é reconhecido internacionalmente por uma política receptiva e legislação sobre o tema migratório, o rompimento com o Estatuto do Estrangeiro e a entrada em vigor da Lei de Migração apresenta uma perspectiva humanizada, nos termos da Constituição da República Federativa de 1988 e da Declaração Universal de Direitos Humanos reafirmando o constructo axiológico da dignidade e a internacionalização dos direitos humanos.

18 ONU, Organização das Nações Unidas. **Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**. 2015. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91863-agenda-2030-para-o-desenvolvimento-sustentavel>. Acesso em: 13 abr. 2023.

19 “Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;

II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;

III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.” ONU. **Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951)**. Genebra: Organização das Nações Unidas, 28 jul. 1951. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf. Acesso em: 13 abr. 2023.)

20 MOREIRA, *op. cit.*, p. 259.

21 *Ibid.*, p. 379.

22 JUNGER, Gustavo; CAVALCANTI, Leonardo; OLIVEIRA, Tadeu de; SILVA, Bianca G. **Refúgio em Números (7ª Edição)**. Série Migrações. Observatório das Migrações Internacionais; Ministério da Justiça e Segurança Pública/ Conselho Nacional de Imigração e Coordenação Geral de Imigração Laboral. Brasília, DF: OBMigra, 2022. Disponível em: https://portaldeimigracao.mj.gov.br/images/Obmigra_2020/OBMigra_2022/REFÚGIO_EM_NUMEROS/Refugio_em_Numeros_-_27-06.pdf

Não por menos, já superada a distinção formal e expressa no *caput* do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 entre estrangeiros residentes e não-residentes no Brasil, a própria Constituição afirma a defesa da dignidade humana intencionalmente no artigo 1º, como fundante do estado brasileiro, continuando no artigo 3º do texto constitucional, a promoção ao bem de todos sem distinção, no artigo 4º com a concessão de asilo político e a formação da comunidade da América Latina.²³

Não por menos que José Afonso da Silva ainda compreende a Constituição de 1988 como documento de destaque para o constitucionalismo internacional²⁴. De tal modo, a dignidade da pessoa humana assume no ordenamento jurídico brasileiro eixo embrionário, não apenas no fundamento da República, mas no estímulo dos preceitos de direitos humanos internacionais, provocada pela DUDH²⁵.

Observando o caráter humanizado do ordenamento jurídico brasileiro a Lei N. 13.684/2018, dispõe medidas de assistência emergencial para acolhimento de pessoas em fluxo migratório e condição de vulnerabilidade que tenham por causa da crise humanitária. Não por menos dispõe de políticas ação de proteção social, atenção à saúde, atendimento educacional, meios de inserção no mercado de trabalho, garantia de direitos humanos, proteção de grupos sociais vulneráveis²⁶, infraestrutura, saneamento, segurança pública, controle de fronteiras, logística, distribuição de insumos, mobilidade e interiorização.

23 LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **O direito a não discriminação dos estrangeiros**. Boletim Científico: Escola Superior do Ministério Público da União ESMPU, Brasília, n. 37, p. 27-61, 2012. Semestral. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-37-edicao-especial-2012-direito-a-nao-discriminacao/o-direito-a-nao-discriminacao-dos-estrangeiros>. Acesso em: 13 abr. 2023. p. 42-43.

24 “É um texto moderno, com inovações de relevante importância para o constitucionalismo brasileiro e até mundial. Bem examinada a Constituição Federal, de 1988, constitui, hoje, um documento de grande importância para o constitucionalismo em geral.” (SILVA, *op. cit.*, p. 91)

25 “No âmbito do direito interno brasileiro a Declaração de 1948 serviu de paradigma para Constituição Federal de 1988, que literalmente “copiou” vários dos seus dispositivos, o que demonstra que o direito constitucional brasileiro atual está em perfeita consonância com o sistema internacional de proteção dos direitos humanos.” (*Ibid.*, p. 97)

26 “Art. 5º, VI - proteção dos direitos das mulheres, das crianças, dos adolescentes, dos idosos, das pessoas com deficiência, da população indígena, das comunidades tradicionais atingidas e de outros grupos sociais vulneráveis.” (BRASIL. **Lei nº 13.684, de 21 de junho de 2018**. Dispõe sobre medidas de assistência emergencial para acolhimento a pessoas em situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório provocado por crise humanitária; e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 21 jun. 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13684.htm. Acesso em: 13 abr. 2023)

Ora, o Estado brasileiro não apenas observa os instrumentos internacionais legais de acolhimento dos refugiados, como reconhece a vulnerabilidade pela violação de direitos humanos, atendendo de forma específica e humanizada os indivíduos que precisam de auxílio internacional.

3 Matriz de Monitoramento de Deslocamento (DTM) de venezuelanos 2023 e 2024 - 7ª e 8ª rodadas de Roraima

Para entender como o Estado brasileiro se insere no sistema internacional de proteção de direitos humanos, voltados para o fluxo migratório, é indispensável primordialmente fazer uma análise de dados oferecidos pela Matriz de Monitoramento de Deslocamento (DTM) de venezuelanos 2023 e 2024 - 7ª²⁷ e 8ª²⁸ Rodadas de Roraima, realizado ao longo dos Estados brasileiros, cobrindo as cinco regiões, através do governo brasileiro em conjunto com a Agência da ONU para as Migrações (OIM).

Essa superficial análise de dados não implica apenas em espécie de identificação do perfil sociodemográfico e as necessidades prioritárias da população, mas também para produção de políticas públicas direcionadas aos refugiados e sua inserção socioeconômica dentro do Estado brasileiro.

Contudo, é indispensável algumas considerações sobre o perfil demográfico constatado após entrevistas realizadas em residências que abrigam esses indivíduos venezuelanos. Em 2023 foi constatado que a dependência de indivíduos representava 0,8%, ou seja a cada 10 em idade inativa, apenas 8 em idade ativa trabalhavam assumindo a responsabilidade de manutenção.

Essa informação pode ser confirmada quando 54% das pessoas entrevistadas se identificam como filhos ou enteados dentro da rotina familiar, ou seja, economicamente inativos. Não suficiente, o nível escolar dos indivíduos demarca uma maioria de 46% com apenas o ensino médio completo, o que diminui a expectativa de renda entre as famílias.

Em 2024 foi possível constatar uma diminuição discreta na identificação das pessoas entrevistadas como filhos ou enteados, nessa

27 OIM), Agência da Onu Para As Migrações. **Matriz de Monitoramento de Deslocamento (DTM) de venezuelanos 2023: 7ª rodada**. Brasília: Oim, 2023. 24 p. Disponível em: <https://brasil.iom.int/sites/g/files/tmzbd11496/files/documents/2023-04/DTM-2023-RR.pdf>. Acesso em: 08 jul. 2024

28 OIM), Organização Internacional Para As Migrações. **Matriz de Monitoramento de Deslocamento (DTM) de venezuelanos 2023: 8ª rodada**. Brasília: Oim, 2024. 24 p. Disponível em: https://brasil.iom.int/sites/g/files/tmzbd11496/files/documents/2024-04/dtm-roraima-8-rodada_2023.pdf. Acesso em: 08 jul. 2024.

Matriz de Monitoramento de Deslocamento (DTM) de venezuelanos de 2024 - 8ª Rodada de Roraima foi suprimido do perfil demográfico o dado de dependência dos indivíduos diante as famílias.

Outro dado importante que demonstra a vulnerabilidade dos refugiados venezuelanos é sua situação laboral 45% das pessoas em 2023 afirmaram estar desempregadas, enquanto 22% eram trabalhadores autônomos, já em 2024 podemos perceber uma diminuição do número de pessoas desempregadas para 40% e aumento da população ativa economicamente venezuelano por trabalho autônomo em 28%, ainda assim há dificuldade de acesso contundente ao espaço de emprego formal (férias, seguridade social, salário mínimo etc) direitos trabalhistas de segunda dimensão um dos grandes obstáculos do processo de interiorização.

A maior parte de pessoas inseridas no mercado de trabalho estão concentradas em apenas cinco setores de atividade econômica: comércio, serviços domésticos, serviço público, construção civil e atividades de beleza. Cumpre mencionar que as mulheres ocupam grande contingente dos serviços domésticos.

Por fim, devemos mencionar a composição da renda das famílias que em ambas as rodadas representam mais de 98% recebendo menos que 2 salários-mínimos por mês, contudo em 2024 percebemos uma diminuição das pessoas que recebem menos que 1 salário-mínimo de 70% para 54%. Cumpre novamente mencionar que na extração dos dados, há um aumento inversamente proporcional, das mulheres que recebem menos que 1 salário-mínimo, aumentando de 65% para 71%

Não é surpresa observar que entre os entrevistados muitos de seus rendimentos acabam enviando algum tipo de recurso para Venezuela para ajudar seus parentes, aqui cumpre breve menção, a maior parte dessas transferências são informais, por instituições não bancárias.

Outro dado de extremo valor é contingente de acesso aos benefícios sociais, em 2023 54% das pessoas recebiam e destes 81% recebiam bolsa família ou derivados (Auxílio Família, Auxílio Brasil), em 2024 houve o aumento para 59% de pessoas que recebiam benefício, destes 86% bolsa família e 5% de Benefício de Prestação Continuada.

Ainda assim, em ambas as Matriz de Monitoramento de Deslocamento (DTM) de venezuelanos 2023 e 2024 - 7ª e 8ª, mais da metade das pessoas que recebiam os benefícios do Governo brasileiro afirmaram não ter condições de sustento familiar, em situação de vulnerabilidade alimentar e habitacional.

E, ao tratar especificamente da vulnerabilidade dos indivíduos refugiados, é pertinente, corroborar com citação do Júlio Camargo de Azevedo em seu conceito jurídico: “a situação de predisposição a um risco, ostentada por um sujeito ou grupo, a qual, em razão de determinantes históricas, sociais e culturais, favorece uma condição específica de violação de direitos humanos, reprodutora de situações de desrespeito, subjugação, assimetria de poder ou diminuição da cidadania, oferecendo a existência digna”²⁹

4 Conclusão

O fluxo migratório de indivíduos venezuelanos de seu estado de origem muitas vezes é a escolha daqueles que não possuem mais escolhas: *ultima ratio*, como medida de desespero de pessoas que convivem sem acesso a saúde, alimentação, educação, direitos sociais, e que preferem encarar outras séries de desafios em um país estrangeiro em comparação ao seu país de origem, devido à situação de vulnerabilidade e a falta de políticas públicas voltadas aos refugiados.

Ao chegar ao Estado brasileiro os refugiados venezuelanos encontram uma legislação humanizada e acolhedora transformada que entra em vigor no ápice da crise humanitária do seu estado de origem.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 traz o condão axiológico da dignidade da pessoa humana, que afirma dos Direitos Humanos Internacionais em sua amplitude e coexistência, amparado por um - novo - mundo contemporâneo.

Contudo, o processo de internalização desses indivíduos refugiado, o atendimento do indivíduo em idioma nativo através de políticas educacionais bilíngues, ações de saúde específicas, como atendimento ginecológico, urológico, pediátrico e geriátrico, regularização documental, acesso à moradia, bem como a assimilação dos mesmos ao mercado de trabalho parece ser tarefa bem mais complexa que a mera promoção de políticas públicas especializada

Essa situação reflete um quadro preocupante de instabilidade populacional entre os venezuelanos entrevistados, evidenciando a vulnerabilidade dessa população em relação a todos os dados socioculturais e econômicos no Brasil, no qual sequer as famílias teriam um lugar garantido para viver no mês seguinte.

29 AZEVEDO, *ibidem*.

Por outro lado, empregos, sistemas de saúde, sistema educacional, foram impactados em estados que tiveram maior volume de recepção de indivíduos refugiados não representando a totalidade nacional e, portanto, sendo necessário maior tempo de maturação do processo de acolhimento e inserção dos indivíduos refugiados nos espaços públicos, no mercado de trabalho, no cotidiano educacional, na utilização dos serviços de saúde pública, concorrendo diretamente com os cidadãos brasileiros.

E não suficiente a dificuldade socioeconômica e adequação a sociedade brasileira, das pessoas entrevistadas, 27% informaram já ter sofrido discriminação, no qual o principal motivo da discriminação indicado foi a nacionalidade e sua fragilidade de vulnerável.

Ainda que o Estado brasileiro tenha assumido um espaço protagonista no cenário de acolhimento de refugiados venezuelanos, através de uma legislação humanizada e políticas públicas de vanguarda, muito precisa ser feito para o atendimento digno desses indivíduos.

Rerefências

ACNUR – Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. **Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados**. 1951 Disponível em: http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados. Acesso em: 01 de novembro de 2017.

AZEVEDO, Júlio Camargo de. **Vulnerabilidade: critério para a adequação procedimental**. Belo Horizonte: Cei, 2021, p. 66.

BRASIL. **Lei nº 13.684, de 21 de junho de 2018**. Dispõe sobre medidas de assistência emergencial para acolhimento a pessoas em situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório provocado por crise humanitária; e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 21 jun. 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13684.htm. Acesso em: 13 abr. 2023.

CONARE. **Plataforma interativa de decisões sobre refúgio**. 2020. Disponível em: <https://app.powerbi.com/ZSIsmMiOjh9&pageName=ReportSection>.

GLENDENNING, P. *Asylum seekers, refugees and human dignity*. **Social Alternatives**, v. 34, n.1, pp. 27–33. 2015. <https://search.informit>.

org/doi/10.3316/ielapa.261182488541920.

HÜLSEMANN, Laura. **América Latina vive momento de migração intensa: entenda o papel do Brasil. entenda o papel do Brasil. 2019.**

O Humanista é o jornal laboratório da Faculdade de Biblioteconomia e Comunicação da UFRGS. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/humanista/2019/10/07/america-latina-vive-momento-de-migracao-intensa-entenda-o-papel-do-brasil/>. Acesso em: 20 jan. 2023.

JUNGER, Gustavo; CAVALCANTI, Leonardo; OLIVEIRA, Tadeu de; SILVA, Bianca G. **Refúgio em Números (7ª Edição)**. Série Migrações. Observatório das Migrações Internacionais; Ministério da Justiça e Segurança Pública/ Conselho Nacional de Imigração e Coordenação Geral de Imigração Laboral. Brasília, DF: OBMigra, 2022. Disponível em: https://portaldeimigracao.mj.gov.br/images/Obmigra_2020/OBMigra_2022/REFÚGIO_EM_NÚMEROS/Refúgio_em_Números_-_27-06.pdf.

KAVURO, Callixte. *The Value of Human Dignity in the Refugee Protection*. AHMR, Cape Town, v. 5, n. 1, p. 1510-1554, Abr. 2019.

http://www.scielo.org.za/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2410-79722019000100002&lng=en&nrm=iso. access on 08 July 2024.

LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **O direito a não discriminação dos estrangeiros**. Boletim Científico: Escola Superior do Ministério Público da União ESMPU, Brasília, n. 37, p. 27-61, 2012. Semestral. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-37-edicao-especial-2012-direito-a-nao-discriminacao/o-direito-a-nao-discriminacao-dos-estrangeiros>. Acesso em: 13 abr. 2023. p. 42-43.

MOREIRA, Júlia B. Migrações internacionais e refúgio sob a ótica do governo Bolsonaro. Revista Mundorama, 25.11.2019. Disponível em: <https://mundorama.net/?p=26743>. Acesso em: 30.10.2020.

OIM – Agência da ONU Para As Migrações. **Matriz de Monitoramento de Deslocamento (DTM) de venezuelanos 2023: 7ª rodada**. Brasília:

Oim, 2023. 24 p. Disponível em: <https://brazil.iom.int/sites/g/files/tmzbd1496/files/documents/2023-04/DTM-2023-RR.pdf>. Acesso em: 08 jul. 2024.

OIM – Organização Internacional Para As Migrações. **Matriz de Monitoramento de Deslocamento (DTM) de venezuelanos 2023: 8ª rodada**. Brasília: Oim, 2024. 24 p. Disponível em: <https://brazil.iom.int/sites/g/files/tmzbd1496/files/documents/2024-04/dtm-roraima-8->

rodada_2023.pdf. Acesso em: 08 jul. 2024.

OIM – Organização Internacional para as Migrações **Matriz de monitoramento de deslocamento (DTM) nacional sobre a população indígena do fluxo migratório venezuelano no Brasil** [livro eletrônico]: rodada 2023 / [autoras] Cinthia Barros, Jennifer Alvarez, Luciana Elena Vazquez. 2. ed. Brasília, DF, 2023.

ONU, Organização das Nações Unidas. **Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**. 2015. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91863-agenda-2030-para-o-desenvolvimento-sustentavel>. Acesso em: 13 abr. 2023.

ONU, Organização das Nações Unidas. **Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951)**. Genebra: Organização das Nações Unidas, 28 jul. 1951. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf. Acesso em: 13 abr. 2023.

SANTANA, Guilherme Saldanha; SANTOS, Diogo de Almeida Viana dos. **Poder Vinculante da Declaração Universal dos Direitos Humanos**. In: SILVA, Maynara Costa de Oliveira; REIS, Renata Caroline Pereira (org.). Direito, democracia e desenvolvimento. Curitiba: CRV, 2020. p. 13-26.

SANTANA, Guilherme Saldanha. **O – novo – Mundo Contemporâneo. Da dignidade à soberania em Brasil e Portugal**. Florianópolis, Ed. Habitus, 2023.

SANTANA, Guilherme Saldanha. **Concessão de refúgio a venezuelanos: análise e acesso simplificado da plataforma SISCONARE**. 2023. 124 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito e Afirmação de Vulneráveis, nível de Mestrado Profissional, da Universidade CEUMA, São Luís, 2023.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 42 São Paulo: Malheiros, 2019, 936 p.

TOFFLER, Alvin. **A terceira onda**. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 1980. 491 p.

ZENO, Basileus. **Dignity and Humiliation: Identity Formation among Syrian Refugees**. *Middle East Law and Governance*, v. 9, n.3. 2017. pp. 282-297. <https://doi.org/10.1163/18763375-00903006> Web.

USUCAPIÃO NO CONTEXTO DO ABANDONO DO LAR E MEDIDAS PROTETIVAS PATRIMONIAIS DA LEI MARIA DA PENHA: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DA DIGNIDADE DA MULHER¹

Hirllany Carvalho Brito de Souza²

Cássius Guimarães Chai³

1 Introdução

O presente artigo abordará o tema da usucapião familiar, a mais nova espécie de usucapião, também denominada pela doutrina de “usucapião pró-família”, “usucapião familiar” ou “usucapião entre cônjuges”. Entretanto, entende-se ser mais bem definida por “usucapião por abandono de lar”, uma vez que poderão usufruir desse benefício apenas os cônjuges/ companheiros, e não qualquer familiar. Além do mais, insta diferenciar essa modalidade daquela categoria de usucapião especial rural, prevista no art.191 da Constituição Federal, que também tem conotação familiar.

O instituto foi inserido no ordenamento jurídico pátrio pelo artigo 1240-A do Código Civil, o qual provocou uma mudança significativa no estatuto civil brasileiro, tanto no que tange ao Direito de Família, quanto às formas de aquisição da propriedade privada e aos tipos de usucapião admitidos no sistema. Visto que o conceito de abandono do lar, nessa nova modalidade de usucapião, foi recebido com bastante receio e muito se especulou acerca de seu significado em sua compreensão e seu alcance

1 Pesquisa desenvolvida no âmbito do Programa de Pós-graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça, na Disciplina Sistemas de Justiça e Desenvolvimento, sob orientação do professor Doutor Cássius Guimarães Chai, 2023.2.

2 Servidora Pública Estadual. Mestranda em Direito (PPGDIR/UFMA). Pós-graduada em Teoria e Prática da Decisão Judicial pela ESMAM. Pós-graduada em Direito Processual Civil pelo Instituto IMADEC. ID LATTES: <http://lattes.cnpq.br/7259331406776965>.

3 Universidade Federal do Maranhão (PPGDIR), Departamento de Direito, Centro de Ciências Sociais. Faculdade de Direito de Vitória (PPGD), Mestrado e Doutorado em Direito e Garantias Fundamentais, Cassiuschai@gmail.com.

semântico.

Mas a nova modalidade de usucapião especial trouxe à tona questionamentos: e.g. se o fato de um dos cônjuges precisar provar que o outro abandonou o lar, com isso não estaria retrocedendo todo o processo de comprovação de culpa, pelo término da vida conjugal. Nessa seara, a usucapião familiar propicia a comprovação da posse contínua e sem oposição da outra parte, a qual teria que provar que o cônjuge abandonou o lar e o fez por algum motivo. Desse modo, não se compromete com as despesas e cuidados do imóvel. Fato esse que abriria discussão a achar um culpado e/ou justificativas para tal feito.

Afinal, entre os diversos institutos voltados à proteção da família, os direitos à moradia e à dignidade da pessoa humana são, sobremaneira, os que mais merecem destaque quando se debate a proteção familiar em nosso ordenamento jurídico, especialmente diante do caráter constitucional que tais direitos carregam e, também, da nova concepção de família que vem sendo construída em nossa sociedade.

A função social da propriedade, por exemplo, que auferiu do constituinte maior relevância, passando ao patamar de princípio constitucional, recebendo assim um novo tratamento estatal, principalmente em relação à legislação infraconstitucional, demandando uma reestruturação do conteúdo e estrutura do direito à propriedade, conferindo “à propriedade – e ao capitalismo – uma feição social. O capitalismo do estado liberal evolui para um capitalismo social, espécie de capitalismo mitigado” (GRAU, 1989, p. 108-112).

Partindo destas premissas, o presente estudo visa explorar a intersecção entre a usucapião por abandono do lar e a Lei Maria da Penha, destacando como dito mecanismo legal pode servir como uma ferramenta de proteção para mulheres em situação de violência doméstica, por meio inclusive da relativização do conceito de abandono do lar. Além disso, este ensaio busca ilustrar a aplicação prática da usucapião em casos de abandono do lar, discutir o papel das políticas sociais na gestão de conflitos familiares e reforçar a importância deste instituto jurídico na valorização e proteção das mulheres.

Será feita, ainda, uma análise de como esse instituto pode ser benéfico à população feminina, uma vez que, geralmente, essa fração populacional está sujeita ao desamparo quando do término da relação conjugal, dados os aspectos socioculturais da sociedade brasileira marcadamente patriarcal. (DIAS, 2011, p.6)

Para tanto, adotam-se a revisão bibliográfica e análise de jurisprudências relacionadas aos casos de usucapião no contexto do abandono do lar e a aplicação das medidas protetivas patrimoniais da Lei Maria da Penha. Além disso, será feita uma análise das políticas sociais nos Estados Democráticos de Direito e como elas contribuem para a gestão de conflitos.

Portanto, analisam-se os requisitos específicos da modalidade de usucapião em comento e a sua constitucionalidade, demonstrando-se que não se faz necessária a análise acerca da culpa no término da relação marital para a aplicação do instituto. Para tanto, buscar-se-á trazer à luz uma discussão sobre a interpretação do termo “abandono do lar” e debater a necessidade de se privilegiar aquele que remanesceu no imóvel e sofreu com a sequencial despreocupação daquele que não cumpriu com o dever de assistência ao cônjuge e/ou ao cuidado dos filhos (VILARDO, 2012a, p. 46-60), bem como considerar justificado o “abandono”, quando ocasionado por circunstâncias de violência familiar/doméstica, para afastar a aplicação do instituto em casos que tais.

2 A usucapião por abandono do lar: origem e requisitos

Inicialmente, delimitando-se o instituto da usucapião, é possível observar que a sua matéria é inerente aos estudos sobre a propriedade e o direito das coisas, respectivamente. Pode-se definir o direito das coisas como o conjunto normativo das relações nas quais há o poder jurídico, direto e imediato, do titular sobre a coisa, com exclusividade e contra todos (MIRANDA, 2000, p. 123). Assim, os elementos essenciais dessa relação jurídica são: o sujeito ativo, a coisa e o poder daquele sobre esta (GOMES 2011, p. 145).

Nesse recorte, pode-se definir a propriedade como o núcleo do direito das coisas, do qual deriva todos os outros direitos reais. Segundo o texto legal do artigo 1.228 do Código Civil, a propriedade confere ao proprietário a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la de quem que injustamente a possua ou detenha.

Ainda no tocante aos estudos do direito das coisas e da propriedade, há uma subdivisão em relação às formas de aquisição da propriedade imóvel levando-se em consideração o título: a originária e a derivada (Venosa, 2013, p. 275). Nesta, há uma mudança de titularidade sobre o imóvel, em que a propriedade se transfere tal como era anteriormente, com todos os

seus eventuais vícios e limitações, e o direito atual depende do anterior.

A aquisição originária, por seu turno, é aquela em que não há a transmissão da propriedade de uma pessoa para a outra. Nessa modalidade, o direito atual não depende do anterior, de maneira que a propriedade é adquirida despida de quaisquer vícios e limitações que porventura lhe eram inerentes.

Alguns dos casos de aquisição da propriedade imóvel foram disciplinados pela legislação e estão contidos no Livro III, Título III, Capítulo II, da parte especial do Código. São eles: a usucapião, a acessão e o registro do título de transferência no Registro de Imóveis (artigos 1.238 a 1.259). A doutrina majoritária entende que as duas primeiras formas de aquisição são originárias enquanto esta última é derivada.

Contudo, Caio Mário da Silva Pereira, por exemplo, compreende que a aquisição originária da propriedade necessariamente induz que não tenha havido jamais um proprietário anterior. “Assim entendendo, não se pode atribuir à usucapião esta qualificação, porque é modalidade aquisitiva que pressupõe a perda do domínio por outrem, em benefício do usucapiente” (PEREIRA, 2016.p. 120.)

O raciocínio mais congruente nesse debate parece ser o feito por Pontes de Miranda, o qual considera a usucapião um meio de aquisição originária da propriedade porque esse direito não se dá somente quando da desconstituição do título do proprietário anterior, pelo contrário, ele sempre subsistiu. Chega-se a um ponto, portanto, em que a coexistência dos dois se torna impossível, suplantando-se o direito do usucapiente. Desse modo, não existe uma sucessão ou nascimento de direito, porque essa relação não é contínua e nem se interliga. (MIRANDA, 2001. p. 153).

Feita essa digressão, entende-se o conceito da usucapião, genuinamente, como um instituto civil contido no campo do direito das coisas que diz respeito a um modo de aquisição originário da propriedade imóvel. Ressalta-se que a usucapião também pode versar sobre bens móveis, contudo, estes não serão objetos do presente trabalho.

A definição supracitada é comungada pela maioria dos civilistas: para Paulo Lobo, “a usucapião é um modo de aquisição originária da coisa imóvel, em virtude da posse contínua de alguém no tempo estabelecido em lei” (LÔBO, 2015. p. 120).

Fabio Ulhoa, por seu turno, ensina que “a propriedade imobiliária se adquire por usucapião quando a posse atende às características da lei e perdura, de forma contínua e pacífica, pelo prazo nela previsto”

(COELHO, 2012. p. 195).

A usucapião é ainda, conforme conceito mais abrangente de Maria Helen Diniz: “modo de aquisição da propriedade e de outros direitos reais, usufruto, uso, habitação, enfiteuse, servidões prediais, pela posse prolongada da coisa com a observância dos requisitos legais” (DINIZ, 2009. p. 155).

Vistas as contribuições trazidas pelos autores citados, pode-se concluir, portanto, que além de ser um modo de aquisição originária da coisa imóvel, a usucapião também deriva do pertencimento de um bem específico por um período estabelecido em lei, sem prejuízo de outras características igualmente nela previstas.

A usucapião especial urbana por abandono de lar, ou usucapião familiar ou de ex-cônjuge, foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro em 2011, com o advento da lei ordinária nº 12.424, derivada, por seu turno, da Medida Provisória (MP) nº 514, de 1º de dezembro de 2010.

Originalmente, essa MP tratava principalmente do Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV) e da regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas, de maneira que alterou uma série de leis que versam sobre esses temas, incluindo o Código Civil. Entretanto, durante a tramitação da MP nº 514 na Câmara dos Deputados foi incluída a previsão da usucapião familiar, acrescentando-se o artigo 1.240-A ao Código Civil, que representou uma importante conquista para os direitos das mulheres em nosso país.

Não obstante, a Lei nº 11.977, de 2009, teve como finalidade a criação de mecanismos incentivadores à produção e à aquisição de unidades habitacionais, ou requalificação de imóveis urbanos, além da produção e reforma de habitações rurais para famílias que não possuem imóveis próprios, como forma de colocar em prática o direito social à moradia, como manda o preceito constitucional previsto no artigo 6º da Constituição da República, de 1988.

Na exposição de motivos da Medida Provisória nº 514 de 2010 (que se tornou a Lei nº 11.977 de 2009), vem elencado como seu objetivo precípua “garantir o acesso à moradia adequada, a melhoria da qualidade de vida da população de baixa renda e a manutenção do nível de atividade econômica, por meio de incentivos ao setor da construção civil”.

E foi nesse contexto que a Lei nº 12.424/2011, responsável por alterar alguns dispositivos da Lei de 2009, criou a modalidade da usucapião

por abandono do lar, inserindo no Código Civil o artigo 1240-A, com o seguinte conteúdo:

Art. 1240-A: Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§1º O direito previsto no caput não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez. [...].

Ressalta-se que a usucapião por abandono do lar é um desdobramento da usucapião constitucional ou especial urbana (pro misero), que está tratada no artigo 183 da Constituição Federal e reproduzida no citado artigo 1240 do Código Civil Brasileiro. Assim, essa modalidade de usucapião foi criada para beneficiar pessoas de baixa renda, sem propriedade própria, cujo cônjuge tenha deixado o lar compartilhado, que era propriedade conjunta com o ex-cônjuge ou companheiro.

Pode-se concluir que a usucapião familiar foi idealizada, originalmente, com a finalidade principal de proteger as mulheres de baixa renda abandonadas pelos respectivos parceiros conjugais, através da aquisição da propriedade exclusiva do imóvel residencial para as mesmas.

Nesse aspecto, o artigo 1240-A disciplina o instituto utilizando-se dos mesmos critérios previstos no artigo 183 da Constituição da República, de 1988. Ou seja, tanto na usucapião por abandono do lar, quanto na usucapião especial urbana, é necessário que o usucapiente não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural e exerça posse mansa, pacífica e ininterrupta sobre imóvel urbano de até 250 metros quadrados, para fins de sua moradia ou de sua família, não se permitindo a concessão dessa medida a favor da mesma pessoa mais de uma vez. (TARTUCE, 2017, p. 1030)

Nesse sentido, o artigo 1240-A do Código Civil elenca as peculiaridades que devem ser cumpridos pelo usucapiente, quais sejam: o lapso temporal de 2 (dois) anos, a posse ininterrupta, mansa, direta e exclusiva (para moradia de um dos cônjuges ou de sua família), o imóvel urbano ter até 250 metros quadrados, e o abandono do bem e do lar por um dos cônjuges/companheiros. Ademais, o cotitular que pretende usucapir o bem deve ser seu coproprietário e não deve possuir a propriedade de outro imóvel urbano ou rural.

Para a aquisição da propriedade a partir modalidade de usucapião por abandono do lar, há a necessidade de que a posse do usucapiente seja direta, mansa e pacífica pelo prazo mínimo e ininterrupto de dois anos, a contar da vigência da Lei nº 12.424 de 16 de junho de 2011.

A Lei inova com a criação desse efêmero prazo, que é o menor lapso temporal previsto para usucapião de bens imóveis previsto no Código Civil. Certa, portanto, é a necessidade de se agilizar os litígios familiares, evitando situações corriqueiras como a busca pelo outro cônjuge, após um longo período de separação, da partilha dos bens do casal, sem em nada ter contribuído com seu consorte e com a sua família, e nem mesmo reembolsando o ex-companheiro pelas despesas que arcou com a manutenção do imóvel e com os cuidados e as necessidades da família.

Ainda, sendo a posse elemento fundamental para a configuração da prescrição aquisitiva, não é qualquer espécie de posse que está apta, em nosso ordenamento jurídico, à condução da usucapião. A Lei exige, nesse sentido, que a posse exercida pelo usucapiente se revista de certas características, dentre elas, o ânimo de dono por parte do possuidor, a sua mansidão, a sua pacificidade e a sua continuidade.

Portanto, para a aquisição da propriedade pelo usucapiente, além de preencher o prazo de dois anos de posse do imóvel que pretende usucapir, deve o interessado possuí-lo de forma ininterrupta e direta, ou seja, o cônjuge deve exercer a posse diretamente sobre o bem, sem nenhum óbice ao exercício dos poderes de proprietário. Deve o usucapiente, assim, ter a coisa diretamente em seu poder.

Além disso, a posse exercida pelo cônjuge deve ser exclusiva para sua própria moradia ou de sua família. E assim o é, uma vez que, como já mencionado, a Lei que inseriu a nova modalidade de usucapião em nosso ordenamento jurídico pretende beneficiar famílias de baixa renda, vedando, portanto, o proveito da lei àquele que utiliza o imóvel para fim diverso da moradia.

O imóvel que se pretende usucapir deve respeitar a metragem máxima de 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados). Frisa-se que essa área compreende tanto a do terreno quanto a da construção, sendo vedada a aplicação da usucapião por abandono do lar em terreno que ultrapasse esse limite.

Ainda, o texto legal traz que, para a aplicação da usucapião por abandono do lar, deve o imóvel em litígio ter sido dividido entre os ex-cônjuges ou ex-companheiros na constância da relação de conjugalidade, e

um deles deve ter abandono o lar por pelo menos 2 (dois) anos ininterruptos.

Desse modo, na medida em que a coabitação é prescindível à constituição da entidade familiar, a data da separação fática do casal marca a contagem do período aquisitivo, sendo irrelevante o seu prévio reconhecimento formal, pela via judicial ou pela escritura pública. Destaca-se, por conseguinte, o Enunciado n. 501, aprovado na V Jornada, que conclui que não é requisito indispensável à usucapião o divórcio ou a dissolução da união estável, bastando a mera separação de fato (término da coabitação).

Frisa-se, ainda, que é necessária a adequação dos termos empregados na redação do artigo 1240-A do Código Civil, pela interpretação sistemática da concepção de ex-cônjuge e ex-companheiro, tendo em vista a guarida que a Constituição confere à pluralidade de entidades familiares. Nesse sentido é o Enunciado 500 da V Jornada de Direito Civil: “A modalidade de usucapião prevista no artigo 1240-A do Código Civil pressupõe a propriedade comum do casal e compreende todas as formas de família ou entidades familiares, inclusive as homoafetivas”.

Por fim, destaca-se ainda que as mulheres possuem uma longa trajetória marcada pelo conservadorismo dentro do Direito Civil (DIAS, 2021). História essa que necessariamente perpassa o Código de 1916, o qual conferia capacidade relativa à mulher casada, a lei nº 6.121/62 (Estatuto da Mulher Casada), a lei nº 6.515/77 (Lei do Divórcio) e o atual Código Civil, promulgado em 2002.

Embora a nova legislação cível procure afastar toda uma terminologia discriminatória entre gêneros, o patriarcado subsiste com sua força e como um sistema de poder que se baseia na dominação masculina e subordinação feminina, e se manifesta nas esferas pública e privada. A lei, muitas vezes, reflete e reforça essas desigualdades, ao invés de trabalhar para eliminá-las (Saffioti, 1976).

Assim, não se pode deixar de registrar que a criação da usucapião familiar, uma janela que permite notadamente às mulheres a aquisição originária da propriedade conjugal, representa um avanço no campo dos direitos das mesmas diante do tratamento patriarcal historicamente dado pelo Direito Civil às questões patrimoniais e de família.

Quanto ao requisito abandono do lar, a doutrina e a jurisprudência se dividem no momento de interpretá-lo. De antemão, o que se defende neste artigo é que a análise sobre o presente requisito deve ser feita a partir da situação jurídica dos entes familiares que restaram desamparados

e podem vir a merecer certa proteção material, o que será explicitado pormenorizadamente a seguir.

3 Os princípios civis-constitucionais que regem esse instituto e a interpretação do requisito abandono do lar

Da leitura do artigo 1240-A do Código Civil Brasileiro, podemos identificar a boa intenção do legislador que procurou tutelar situações fáticas e corriqueiras da nossa sociedade, ao dar uma solução adequada ao fim conflituoso de uma relação advinda do matrimônio ou da união estável; onde não ficaram resolvidas, entretanto, as questões atinentes à propriedade conjugal.

Isso porque, com a separação física do casal, usualmente um dos membros permanece no lar (na maioria das vezes a mulher e os filhos), enquanto o outro dali aparta (majoritariamente o homem), podendo ocorrer, num momento futuro, a reivindicação desse imóvel pelo parceiro(a) abandonante, implicando problemas de diversas ordens e ameaçando o direito à moradia e à dignidade da pessoa humana daqueles que ali permaneceram.

Ao elaborar a Lei em 2011, fica claro o intento de amparar a família abandonada e de garantir a efetivação do direito fundamental à moradia.

Como é sabido, a investigação da culpa esteve presente nas ações de separação judicial litigiosa até a Constituição da República, de 1988, quando então houve a “repersonalização” das relações civis, como bem afirma Lôbo (2018a, p. 19), que levou à constitucionalização da dignidade da pessoa humana.

Assim, com a Emenda Constitucional nº 66 de 2010, que alterou o § 6º do artigo 226 da Constituição, deu-se por afastada qualquer discussão acerca da culpabilidade de um dos cônjuges pelo fim do vínculo marital, consolidando-se a dissolução do casamento civil a partir do divórcio.

Desse modo, assevera Dias (2011, p. 112) que nada justifica a inserção da culpa no âmbito das relações familiares. No entanto, a redação de um dos requisitos para a aquisição da propriedade pela usucapião em estudo leva parte da doutrina à defesa de que a prescrição aquisitiva por abandono do lar apresenta uma afronta ao princípio constitucional de vedação ao retrocesso, uma vez que traz à tona a discussão da superada busca do culpado pelo fim dos relacionamentos conjugais.

Nesse sentido, afirmam Farias e Rosenvald (2012, p. 466): “[...] o

art. 1.240-A do Código Civil se apoia no subjetivismo da identificação de um culpado para criar uma nova pena civil: a do perdimento da copropriedade sobre o imóvel do casal como consequência do ato ilícito do abandono injustificado do lar.”

Freitas (2012, p. 10), no mesmo sentido, pondera que a volta da discussão sobre a culpa torna o instituto da usucapião inconstitucional, assim como Venosa (2012, p. 213), cujo raciocínio evidencia que a intenção do legislador de amparar o consorte abandonado não logrou êxito no texto conferido à norma, dificultando a aplicação do artigo em razão do requisito abandono do lar.

Contudo, em que pese os argumentos dos renomados doutrinadores aqui citados, não há como vendar os olhos diante da realidade existente em nosso país, cujo histórico de saída do lar por um dos cônjuges, que abandona o núcleo familiar de maneira econômica/financeira e afetiva ainda é observado. O fenômeno do abandono familiar, principalmente pelos pais, não é um fato observável somente na atualidade, mas permeia nossa sociedade há décadas.

É inegável que o cenário contemporâneo de abandono familiar, especialmente por parte do pai, espelha um passado onde mulheres solteiras, que tinham filhos com homens comprometidos, carregavam o fardo do estigma social.

Hoje em dia, há mulheres que, por uma maternidade indesejada ou ocasional, terminam por assumirem sozinhas e legalmente a parentalidade (OLIVEIRA, 2015, p. 12). Por outro viés, existem também mulheres que são deixadas pelos cônjuges/companheiros, que acabam assumindo, por conseguinte, a chefia da família e o ônus de prover materialmente a casa e os filhos.

Por essa razão, a atecnia produzida pelo legislador quando da redação do artigo 1240-A, ao elencar o requisito abandono do lar, deve ser revista e reinterpretada por nossos doutrinadores e juristas, a fim de que a modalidade da usucapião em comento seja aplicada na prática, com o intuito de proteger os direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana e da moradia.

Desta feita, a tutela do consorte abandonado, que, na maioria dos casos, é a mulher encarregada da criação dos filhos, deve ser efetivada pelo Estado e pelo poder legiferante.

A partir da afirmativa de que a Constituição serve de guia para a interpretação do Código Civil, e não o contrário, vê-se como possível

extrair um sentido da usucapião por abandono do lar que seja compatível e adequado ao texto constitucional. (LEONARDO, 2004, p. 271-287)

Dessa forma, tomando-se como base o princípio da dignidade da pessoa humana, basilar na Constituição de 1988, a atenção a esse corolário circunscreve-se a proteções que podem assumir relevos patrimoniais, uma vez que, como bem assevera Maria Celina Bodin:

[...] o princípio constitucional visa a garantir o respeito e a proteção da dignidade da pessoa humana, não apenas no sentido de assegurar um tratamento humano e não degradante, e tampouco conduz ao mero oferecimento de integridades físicas ao ser humano [...]. Neste ambiente, de um renovado humanismo, a vulnerabilidade humana será tutelada, prioritariamente, onde quer que ela se manifeste. De modo que terão precedência os direitos e as prerrogativas de determinados grupos considerados, de uma maneira ou de outra, frágeis e que estão a exigir, por conseguinte, a especial proteção da lei. (MORAES, 2003, p. 116).

Por isso, aqueles integrantes do núcleo familiar que restaram desamparados e que necessitam do uso do imóvel para a sua moradia e sobrevivência, devem ser tutelados pelo ordenamento jurídico pátrio, notadamente para o cumprimento do princípio da dignidade humana, o qual é a base de outros direitos fundamentais previstos no texto constitucional, sendo os mais relevantes para a finalidade do presente trabalho, o da solidariedade, o da responsabilidade familiar e o da função social da propriedade.

Vilardo (2012b, p.46-60) menciona que, embora resgatado o termo abandono do lar – já apagado de nosso ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional nº 66/2010 – não se pode utilizar o mesmo conceito de outrora. Para a autora, o abandono do lar deve ser entendido como a saída do lar comum por um dos cônjuges e a sequencial despreocupação com o dever que possui de assistência ao cônjuge ou com o cuidado dos filhos. E ainda completa:

Caso não haja necessidade de alimentos para ex-cônjuge ou ex-companheiro, ou por ausência de filhos menores de idade, o abandono poderia ser caracterizado pela ausência de contribuição para o pagamento dos impostos relativos ao imóvel, na ausência de acordo sobre tal pagamento por aquele que ficou residindo. (VILARDO, 2012c, p. 50).

Desse modo, o instituto da Usucapião por Abandono do Lar protege o direito à moradia da pessoa que restou no imóvel. Complementa o autor que se trata de uma escolha que visa proteger o mínimo existencial daquele

que, materialmente, pouco possui, ainda que isso se dê em detrimento da tutela à propriedade daquele que abandonou o lar.

Isso porque, assegurar o direito à moradia do consorte que restou financeiramente desamparado significa proteger, além do mais, a moradia e a dignidade daquele núcleo familiar que remanesceu no imóvel.

Não obstante a Constituição de 1988 proteger o direito fundamental à propriedade em seu artigo 5º, inciso XXII, essa Carta o condiciona ao cumprimento da função social, no inciso XXIII do mesmo artigo.

Dessa forma, a usucapião por abandono do lar visa resguardar o direito daquele que atende a função social do imóvel, conferindo autonomia ao possuidor sem, entretanto, descumprir com o direito à propriedade, vez que esse corolário está vinculado ao atendimento da função social da propriedade, o que torna o instituo amparado pela Constituição Federal (FACHIN, 2011c) e pelos princípios civis-constitucionais supramencionados.

Por isso, o requisito do abandono do lar merece uma interpretação objetiva e cautelosa e, o que se indica, é que seja feita no sentido de interrupção, por um dos cônjuges/companheiros, da comunhão da vida conjunta e da assistência financeira e moral àqueles que compõem o núcleo familiar, renegando o dever solidário de responsabilidade para com a família. (FACHIN, 2011d)

Assim sendo, o requisito do “abandono do lar” deve ser interpretado na ótica do instituto da usucapião familiar como abandono voluntário da posse do imóvel, somando à ausência da tutela da família, não importando em averiguação da culpa pelo fim do casamento ou união estável. Ou seja, qualquer averiguação de eventual culpa pelo término de uma relação de conjugalidade não será adequada à aplicação da usucapião por abandono do lar, sendo que este requisito deve ser orientado a partir, principalmente, da responsabilidade e solidariedade familiares que o cônjuge abandonante tem para com a família.

Nesse sentido, e com base na constitucionalidade da usucapião em comento, é que se defende a sua utilização por mulheres que se encontram em situação de vulnerabilidade, quando o núcleo familiar a que pertencem é abandonado pelo cônjuge/companheiro, ou mesmo e especialmente quando sua saída do lar é decorrente não de uma vontade livre, mas por necessidade induzida pelo contexto de violência familiar/doméstica.

4 A aplicação do artigo 1240-A do Código Civil como um instrumento de valorização feminina

O advento do artigo 1240-A do Código Civil insere-se como um marco inquestionável no árido terreno das lutas pela igualdade de gênero. À luz das análises materialistas de Heleieth Saffioti (1976), percebe-se que este dispositivo jurídico não é apenas um simples instrumento legal, mas um poderoso veículo de transformação das relações de poder que historicamente tem relegado as mulheres às margens da cidadania plena.

No contexto de uma sociedade patriarcal, onde a propriedade e o espaço privado sempre se constituíram em arenas de dominação masculina, a aplicação deste artigo representa uma ruptura significativa. A possibilidade de regularizar a posse de imóveis, conferindo às mulheres o direito à propriedade, transcende o formalismo jurídico e invade as dinâmicas cotidianas de resistência.

Cada processo de titulação invoca uma luta surda contra a invisibilidade imposta e reassenta a capacidade da mulher de ser sujeito de sua própria história. As mulheres, agora respaldadas pelo direito, veem emergir a oportunidade de se libertarem das amarras simbólicas e materiais que as mantinham subjugadas. A reafirmação de sua autonomia através do acesso à propriedade vem dessacralizar antigos privilégios e inaugura uma nova era, onde o espaço do lar deixa de ser uma jaula e passa a ser um espaço de liberdade e reinvenção. Ao reconhecer e promover a titularidade feminina, o direito se alinha à causa feminista, na árdua, mas vital, batalha pela equidade.

4.1 A origem do patriarcalismo

Passa-se a uma breve digressão sobre o surgimento do patriarcalismo e seu reflexo em nossa sociedade, em especial a análise da estrutura patriarcal que permeia as relações entre cônjuges e companheiros, destacando-se a posição que a mulher desempenha no lar.

Perante essa realidade, faz-se necessário recorrer-se aos estudos de Marx e Engels (1984) que versam sobre a origem da Família, da propriedade privada e do Estado.

Engels serve-se dos estudos de Morgan para explicar o surgimento das entidades familiares. Para isso, o autor divide o desenvolvimento humano em três períodos – o selvagem, o da barbárie e o da civilização –,

afirmando que o desenvolvimento da família é paralelo, mas não tão bem delimitado, a tal classificação. (ENGELS, 1984a, p. 21)

E, de toda uma evolução histórica, amparada, pelos estudos do autor (1984p, p. 21-68), extrai-se que: 1) com o surgimento da monogamia, o patriarcalismo triunfou; 2) esse sistema de opressão do homem sobre a mulher é benéfico ao atual sistema econômico que vivemos – o capitalismo – por delimitar a propriedade privada e a concentração de riquezas.

Desse modo, entendendo ser o patriarcalismo uma organização social que beneficia o homem em detrimento da mulher, percebe-se que essa estrutura básica tem correspondência com a formação de uma esfera privada e outra pública. A esfera privada, nesse sentido, é ocupada pelo ideal “feminino” – família, sexualidade, entre outros – quando a esfera pública – trabalho, Estado, política, ciência, arte etc. – é, por sua vez, “masculina”. (SCHOLZ, 1996^a)

Nessa linha de raciocínio, Scholz (1996b, p. 19-52), demonstra, a partir de uma abordagem histórico-sistemática, o percurso em direção à clausura doméstica da mulher e da exclusão do feminino desde a Antiguidade Clássica até os dias atuais.

Assim, a autora afirma que os pressupostos do patriarcado ocidental cristão ligado a “forma-valor” têm origem na Grécia Antiga: a esfera pública conduzida pela dialética e pela lógica formal era reservada, exclusivamente, aos cidadãos masculinos. Às mulheres, todavia, cabiam o exílio em casa, de onde deveriam sair o mínimo possível. A principal tarefa dessa mulher era conceber um filho, caso contrário, sua vida seria em vão.

Posteriormente, na sociedade medieval, a mulher era subordinada juridicamente ao homem e podia até mesmo ser negociada como um escravo ou um objeto qualquer. Foi nessa época que Igreja Católica reprimiu, fortemente, o controle feminino da natureza, institucionalizando a chamada “caça às bruxas”, pelo que houve a expropriação da ciência empírica das mulheres e uma ascensão à racionalidade masculina.

Com o advento da Idade Moderna, desenvolveu-se o ideal materno, como tendência de domesticar a mulher para que ela levasse uma vida “serena” e controlada pelo patriarcado, cujo retrato corresponde ao feminismo pequeno-burguês busca direitos e oportunidades para a mulher, mas sem questionar profundamente a estrutura de classes existente, o que limita seu potencial revolucionário. Em essência, essa perspectiva feminista se esforça por uma igualdade parcial, apenas dentro dos limites permitidos pela estrutura capitalista, que sob a capa de proteção oferecida

pelo homem devido à suposta fragilidade da mulher, esta foi colocada em uma posição de colaboração no trabalho e comportamento submisso, o que as sociedades de família patriarcal esperavam que a mulher desenvolvesse em relação ao chefe da família .. (Saffioti, 1976).

Na segunda metade do século XX, surge um potencial contraditório. Mesmo com o aumento vertiginoso das atividades femininas remuneradas após o término da II Guerra Mundial, a mulher vê-se presa ao seu papel tradicional pela responsabilidade que lhe é imbuída no tocante à criação dos filhos e pelo fato de que sempre são elas as principais atingidas pelo desemprego em massa.

Beck (1990, p. 24 in SCHOLZ, 1992d), demonstra empiricamente a disparidade da situação entre homens e mulheres com base em dados contraditórios da emancipação feminina: as mulheres equiparam-se aos homens na obtenção de diplomas escolares, todavia, não conseguem ocupar, em pé de igualdade, as áreas dominantes da sociedade – política, economia, ciência, mídia – preponderantemente desempenhadas pela figura masculina.

Essa breve digressão histórica trazida por Scholz em seu livro “O valor é o homem”, revela o porquê da monogamia e do patriarcalismo permearem, cultural e estruturalmente, nossa atual sociedade. Foucault (1988, p. 115 e 166), ainda, chama esse processo de “histerização feminina”, concluindo que: “o corpo da mulher passa a ser analisado, qualificado e desqualificado com o corpo social, com o espaço familiar e com a vida das crianças, onde sempre deveria figurar como valor, onde lhe atribuíam novo rol de obrigações conjugais e parentais”.

Demonstrado, portanto, que a mulher vive em um meio social calcado pelo patriarcalismo e pela desigualdade de gênero, mister é ressaltar, mais especificadamente, o papel feminino nas relações de conjugalidade da nossa sociedade, a fim de que, reconhecida a desigualdade de oportunidades e divisão de tarefas na relação conjugal, seja-lhe dado tratamento legal diferenciado.

Daí exsurge a necessidade de inserção do instituto da usucapião por abandono do lar dentre as medidas protetivas patrimoniais, de que fala a Lei Maria da Penha, relativizando para tanto o próprio conceito de abandono do lar, quando este decorrer de situação em que a mulher, vítima de violência, veja-se impelida a deixar sua moradia, sozinha ou com os filhos, para preservar sua incolumidade física, mental, psicológica e, até sua vida.

5 O artigo 1240-A do Código Civil e a sua relevância para a valorização feminina

Em que pese parte da doutrina não ter recebido com bons olhos a novel modalidade de usucapião o aplicador do direito e os doutrinadores devem interpretar essa nova instituição como um instrumento positivo na luta pela igualdade de gênero.

Isso porque não se pode ignorar a existência da diferença histórica entre homens e mulheres em nossa sociedade, que envolve também uma questão de poder econômico, acesso ao mercado de trabalho e instrumentos legislativos legitimadores, como bem assevera Maria Berenice Dias:

A família assim tutelada pelo Estado sempre teve um perfil patriarcal, sendo uma relação hierarquizada, patrimonializada, verticalizada e, é claro, heterossexual. O homem era o chefe da sociedade conjugal, o cabeça do casal, o administrador dos bens da família. Tudo isso assegurava a supremacia masculina, o que acabava cancelando a violência doméstica. (DIAS, 2010, p. 6).

Nesse aspecto, a usucapião por abandono do lar deve ser recebida como um instrumento de amparo às mulheres que, privadas do mercado de trabalho e da educação, acabaram tornando-se econômica e financeiramente dependentes de seus parceiros, conforme o esclarecido alhures, sendo que ao homem foi apresentado o lugar público, e à mulher, o privado.

Por essa razão, esse instituto deve ser analisado como uma medida de amparo às mulheres que, dependentes da figura masculina para sua sobrevivência e sustento do lar, se veem abandonadas pelo parceiro. Mesmo quando estão empregadas, muitas trabalham em condições precárias, como trabalho a domicílio, que pode ser visto como uma forma de compatibilizar suas funções tradicionais e econômicas. Por outro lado, a mulher economicamente inativa, embora integrada ao nível funcional da sociedade, enfrenta desafios de dependência econômica e de falta de competência técnica adquirida pela prática profissional, deixada muitas vezes de lado devido às suas múltiplas jornadas.

Nesse ponto, cumpre frisar que a figura da usucapião por abandono do lar demonstra ser um instrumento muito positivo às mulheres que se enquadram nessa situação, quando arguido, também, como matéria de defesa. Não é incomum verificar, no dia a dia, a figura paterna que abandona o lar e deixa de contribuir com o sustento da casa e de seus filhos, e volta, anos depois, com o escopo de tomar o bem para si – ou até desejando a partilha da copropriedade – alegando ser o proprietário

do imóvel. O reconhecimento desse direito pode ajudar a mitigar os problemas causados pela dependência econômica do marido, que não é totalmente compensada pelos rendimentos recebidos.

Seria um contrassenso, nesse sentido, não outorgar a propriedade a essa mulher que foi abandonada e que permaneceu no bem, cuja possibilidade de comprar um imóvel por conta própria é remota.

Numa sociedade marcadamente patriarcal como a nossa, com parte da população feminina dependente econômica e financeiramente de seus cônjuges/companheiros – privadas, portanto, do mercado de trabalho –, a aquisição do imóvel, a partir do cumprimento dos requisitos da usucapião por abandono do lar, demonstra ser um instrumento de valorização feminina, cujo principal elemento reside na possibilidade de reestruturação e proteção do núcleo familiar abandonado.

Por essa razão, a retórica da culpa não deve ser um elemento que constranja a racionalidade no reconhecimento ao direito de propriedade nessa modalidade de sua transferência. Pelo contrário, deve-se examinar o outro lado da relação e, se observada a violação de direitos fundamentais – especialmente o da dignidade da pessoa humana e o da moradia, como também os princípios que norteiam o Direito de Família –, deve o direito priorizar e tutelar esse lado da relação que demonstra ser o mais fragilizado e que está com seus direitos básicos sob ameaça.

Frisa-se, mais uma vez, que esse polo é majoritariamente ocupado por mulheres, em razão de todo um processo histórico e sociocultural responsável pela criação da estrutura patriarcal que sustenta a nossa sociedade.

Por outro lado, não se pode vedar os olhos à nova realidade social que acomete a composição das famílias brasileiras da atualidade. Há grande parcela de mulheres optando por criar seus filhos sozinhas, com a ausência da figura paterna.

No entanto, segundo Giddens (2005, p. 158), essas mulheres que podem optar por serem mães “solo” têm poder econômico e financeiro suficientes para o sustento material de suas famílias. Porém, para a grande maioria das mulheres, o cenário é outro: a maternidade “solo” não é uma escolha para aquelas que são pobres, e sim uma consequência, que pode ser fruto de diversos motivos.

Sobre esse fato, Fonseca atenta para o fato de que:

O recente aumento do número de famílias chefiadas por mulheres esteja ligado, entre as camadas médias, ao movimento feminista e

à nova autonomia da mulher. Projetar essa mesma explicação sobre grupos pobres, cuja alta taxa de mulheres chefe de família tem sido historicamente ligada à pobreza, seria um engano. (FONSECA, 1997, p. 546).

Ocorre que essa mudança na característica da estrutura familiar “tradicional” do país, segundo Dandurand (1991, apud Abranhão, 2003, p. 34), é um fato que sempre ocorreu na sociedade brasileira. Explica o autor que a existência de mães solteiras e mulheres separadas ou abandonadas por seus maridos e companheiros já existia anteriormente, mas que agora os analistas sociais denominam esse novo núcleo familiar de “famílias monoparentais”.

Ou seja, o fenômeno do abandono familiar pela figura paterna e o encargo da figura materna pela criação dos filhos fez e faz parte da história. As mulheres, por ocasião da opressão de gênero e do patriarcalismo, tiveram e têm que buscar saídas para superarem essa ausência constante da figura paterna dentro do núcleo familiar.

Apesar do atual protagonismo de algumas mulheres que superam essa ausência, acabando por desconstruir papéis importantes que as oprimem em razão do gênero, esse não é, nem de longe, o cenário da maioria das mães que criam seus filhos sozinhas.

É nessa linha interpretativa, portanto, que deve a novel modalidade de usucapião ser observada pelos aplicadores do direito, uma vez que esse instituto permite à mulher de baixa renda que vê seu núcleo familiar abandonado pelo provedor a chance de defender e de reivindicar a propriedade em que reside.

Isso porque, com a aquisição da propriedade, ou até mesmo com a impossibilidade da retomada pelo ex-cônjuge do imóvel em litígio, essa mulher pode iniciar um caminho à emancipação econômica e financeira, assistindo-lhe assim, os princípios da dignidade da pessoa humana e da moradia, como manda a Constituição de 1988.

Nesse sentido, para uma melhor aplicação da modalidade de usucapião em comento, em especial, visando ao amparo de mulheres que se veem desassistidas quando do término de uma relação de conjugalidade, a interpretação acerca do requisito abandono do lar deve ser orientada para a finalidade de tutelar a entidade familiar e o conjunto de direitos que compõem a sua esfera existencial mínima.

De antemão, ressalta-se que, segundo Fachin (2011e), o artigo 1240-A, CC trata de imóvel cuja propriedade divida com ex-cônjuge

ou ex-companheiro que abandonou o lar. Esse artigo, portanto, refere-se à propriedade em sentido amplo, de modo que não é necessário que o imóvel seja de titularidade do usucapiente, uma vez que a modalidade de usucapião em comento não altera o regime de bens, já que se trata de aquisição originária de propriedade.

Em um sistema marcado pelo civil law, os textos de lei e as palavras literalmente utilizadas nos mesmos possuem fundamental importância para a prática jurídica. Visto isso, não poderia fugir o direito da natural existência de problemas de comunicação ligados ao uso da linguagem. Os signos utilizados nas leis igualmente possuem uma gama de significados a depender dos contextos e interações em que estão inseridos.

Herbert Hart, na sua mais famosa obra, “O Conceito de Direito”, versou sobre essa questão criando o conceito de textura aberta do direito:

A textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos aplicadores de direito, os quais devem determinar o equilíbrio, a luz das circunstâncias, entre os interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso, afinal o mundo jurídico não está fechado e é necessário dar dinamismo ao direito. (HART, Herbert L. A. O conceito de direito. Tradução: A. Ribeiro Mendes. 2ª edição. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986. p. 148).

Assim, diante da textura aberta de um determinado termo jurídico, ou ainda, da vagueza a ele inerente, a responsabilidade pela determinação do seu campo de abrangência recai sobre os aplicadores do direito. Não obstante essa constatação de ordem filosófica, também é preciso compreender que devido à natureza do direito, de regular questões sociais e realizar essa troca intersistêmica, determinadas searas das ciências jurídicas serão mais sensíveis do que as outras.

No âmbito do Direito Civil, pode-se afirmar que o direito de família é a área de estudos que mais concentra questões delicadas por tratar principalmente de relações que envolvem afetividade. Para Maria Berenice Dias, subsiste nesse ramo do direito privado “uma verdadeira estatização do afeto” (DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. [livro eletrônico]. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 51). Por conta disso, exige-se dos legisladores um maior cuidado com a criação e a edição de normas que encontram guarita nesse gênero, vez que mais difícil do que estabelecer signos nas leis é utilizá-los para abarcar significados que envolvem sentimentos.

No tocante à abrangência do termo abandono do lar, o que se indica

é que a sua interpretação não deve ser somente quanto à simples saída do lar por um dos cônjuges/companheiros. “Abandonar é abdicar” e, pois, deve ser interpretado, conforme anteriormente mencionado, no sentido da interrupção da vida em conjunto e da consequente preocupação afetiva e material para com o núcleo familiar remanescente daquele que abandonou o lar.

Além disso, por estar diretamente atrelada à proteção da família e à concretização da dignidade da pessoa humana, há que se garantir uma interpretação tecnicamente mais branda do requisito previsto no artigo 1240-A quanto ao termo “posse direta”, ampliando o alcance do artigo 1240-A a determinados casos específicos. (SIMÃO, TARTUCE, 2013, p.172)

Consoante suscitado anteriormente, a textura aberta do conceito de “abandono de lar” traz consigo uma série de percalços que a serem enfrentados pelos juízes e doutrinadores ao longo da consolidação da usucapião familiar no ordenamento jurídico brasileiro. No país campeão de feminicídio e de violência contra as suas mulheres, essa questão se torna crucial uma vez que grande parte dessas tristes histórias tem local certo para acontecer: no “lar”.

Dessa forma, desde a época da introdução do artigo 1.240-A no Código Civil, vários doutrinadores já criticavam o silêncio da norma acerca desse problema e incitavam o debate sobre as interconexões entre as situações de violência doméstica e a configuração do abandono de lar. Verificam-se questionamentos acerca disso em artigos de Maria Berenice Dias, “o que significa mesmo abandonar? Será que fugir do lar em face da prática de violência doméstica pode configurar abandono?” (DIAS, Maria Berenice. Usucapião e abandono do lar: a volta da culpa? Disponível em mariaberenice.com.br).

A partir desses excertos é possível compreender uma primeira dimensão do problema apresentado, o qual pode ser abreviado nesse questionamento: quando uma vítima de violência doméstica e familiar foge do imóvel compartilhado com o cônjuge/companheiro há margem para configuração do abandono de lar? De toda forma, independentemente das opções éticas a serem feitas diante de uma situação tão complexa, é de se convir que a abertura deixada pela redação do artigo 1.240-A do Código Civil pode ser muitíssimo perigosa para as mulheres que vivem essa situação de violência.

Em um panorama nacional, a questão do papel desempenhado

pelas mulheres no que se refere ao lar e à família é uma dura experiência compartilhada pela maioria delas.

Dessa forma, ainda que a referida lei não tenha trazido de forma expressa que “o cônjuge abandonado” é, em verdade, quase sempre uma mulher, tal investigação encontra-se quase que fadada a mesma conclusão diante da realidade extremamente marcada pelo machismo do que é pertencer ao gênero feminino no Brasil e tentar constituir uma família com homens.

Adentrando propriamente na “primeira dimensão” do problema apresentado, é necessário trazer à tona, inicialmente, o rastro sobretudo de silêncio que a violência doméstica deixa em um lar. Em que pese a promulgação da lei nº 11.340/2006, popularmente conhecida como lei Maria da Penha, e a sua significativa inserção na consciência da sociedade brasileira, tornando-a uma das leis mais conhecidas do país, os contextos socioculturais em que essas mulheres estão introduzidas muitas vezes não permitem a libertação do ciclo de violência que vivem cotidianamente. Esses complexos contextos na maioria dos casos envolvem dependência não só econômica entre a mulher e o seu agressor, como também laços afetivos e familiares extremamente delicados, uma preocupação com os filhos do casal e a falta de suporte da vítima.

É por conta desse caráter eminentemente complexo e privado da violência doméstica que o poder público deve ter cautela ao tomar medidas que tenham impactos diretos nesse ambiente. Assim, faz-se importante notar que a instituição da usucapião familiar no ordenamento jurídico brasileiro traz consigo aspectos de grande impacto social na vida dessas vítimas mulheres, uma vez que percorre não só questões essencialmente afetivas e conjugais, como também pode ter o condão de transformar drasticamente suas realidades, seja para melhor ou pior.

Além da problemática já apresentada, acerca da configuração do abandono de lar nesses casos, é preciso atentar também para a inconstância existente nessas relações conflituosas. Devido ao ciclo de violência vivenciado por essas mulheres, é árduo identificar no caso concreto a ininterruptibilidade temporal exigida pelo artigo 1.240-A do Código Civil, qual seja de dois anos. É igualmente complicado fazer esse juízo sobre o prazo em que efetivamente houve uma posse exclusiva e sem oposição, posto que quando se está diante de situações de violência doméstica geralmente há a forte presença desse ciclo de brigas e afastamentos entre o casal, que por vezes provoca a saída temporária de um do cônjuges/

companheiro do lar, mas não se sabe ao certo qual o animus existente, se de abandono ou não.

Alerta-se também para o fato de que a permanência da mulher no lar, dentro desse ciclo de agressões, muitas vezes representa um grande risco à sua própria vida, de maneira que a fuga desse local se faz necessária nessa hipótese para resguardar sua integridade. Ressalta-se que em muitos desses casos o ciclo de violência não cessa com a saída da vítima do lar, posto que são recorrentes as situações nas quais essa mulher ainda passa a sofrer perseguições do agressor posteriormente.

De outro turno, visualiza-se a “segunda dimensão” do problema apresentado em casos menos recorrentes nos quais o agressor sai do imóvel compartilhado com o cônjuge/companheira em decorrência da ebulição de conflitos relacionados à violência doméstica. Diante dessa hipótese, igualmente se faz imperiosa a inquirição sobre a configuração do abandono de lar ou não. Destaca-se que se encaixam nessa segunda dimensão tanto os casos em que se impôs uma medida protetiva de afastamento do lar (art. 22, Lei Maria da Penha) contra o agressor, quanto naqueles em que o agressor saiu do domicílio sem qualquer determinação judicial.

Como de dessume, a textura aberta deixada pela redação do artigo 1.240-A do Código Civil é tão perigosa aos direitos das mulheres que, levada às últimas consequências, poderia ocasionar uma “terceira vitimização” da mulher violentada. Além de ser a vítima da violência doméstica e de sentir culpa pelo processamento/condenação do seu cônjuge/companheiro na esfera penal, essa mulher corre o risco de ter o seu direito de propriedade tolhido caso a fuga para proteger sua própria vida possa ser considerada abandono de lar.

Então, essa mulher pode ser punida simbolicamente por três vezes nessa situação: quando é agredida, quando se considera culpada pelas consequências jurídicas impostas ao seu cônjuge/companheiro, e quando pode perder a meação do imóvel que divide com o mesmo. Portanto, nessa hipótese há uma nítida conexão entre o direito penal e o direito civil como instrumentos nocivos ao direito das mulheres, que levados à última ratio podem dar origem a uma mulher violentada, culpabilizada e praticamente expulsa do seu imóvel.

Nesse passo necessária uma hermenêutica crítica acerca da usucapião em comento que seja harmônica com os tempos presentes, eis que, utilizar esse sentido de abandono do lar como pressuposto para a usucapião do artigo 1240-A do Código Civil, permite uma aproximação com todos os

princípios e valores constitucionais que foram os justificadores e criadores do dispositivo e, conseqüentemente, constitui um instrumento positivo à valorização das mulheres.

6 Considerações finais

É na dicotomia entre o público e o privado que se delineia no imaginário dos indivíduos o que é ser mulher. Isso cria representações sociais em nossa sociedade, evidenciando quais são os papéis que devem ser desempenhados exclusivamente pelo sexo feminino – e quais papéis são a ele negados. Esse imaginário fabricado através de um contexto histórico e sociocultural condiciona as escolhas e as posições que as mulheres devem exercer na coletividade.

Dessa forma, sem ser remunerada, a mulher ficou encarregada das tarefas da reprodução da força de trabalho e da reprodução biológica do social nas esferas do privado. Enquanto o homem responsabilizou-se pelo trabalho produtivo na esfera do público e por tal passou a ser remunerado. A ideologia se encarregou do resto, transformando essa rígida divisão sexual do trabalho em uma divisão natural, própria à biologia de cada sexo. A mitificação do papel de esposa e de mãe concretizou-se mais facilmente na medida em que casa e família passaram a significar a mesma coisa, apesar de na verdade não o serem. (MASSI, 1992a, p.79)

Ora, ao homem foi concedido o espaço público e à mulher, o espaço privado. Ou seja, enquanto o papel social da figura masculina era o de trabalhar e o de prover a família, o papel feminino era o de cuidar do lar e de se responsabilizar pela criação dos filhos. Esse estereótipo do que é masculino e do que é feminino foi assimilado e internalizado no cotidiano da nossa sociedade. Os papéis atribuídos às mulheres quanto à criação dos filhos e ao cuidado do lar (ambos domésticos) foram sedimentados e naturalizados. (MASSI, 1992b)

É por essa razão que medidas advindas tanto do Poder Legislativo, quanto do Executivo, que têm o escopo de reverter esse quadro desigual ocasionado pelo patriarcalismo e pela desigualdade de gêneros, devem ser recebidas e aplicadas pelos operadores do direito, e com um olhar crítico sem a limitação das amarras do direito positivado, mas levando em conta o processo histórico e cultural que permeia o caso concreto e, também, o arcabouço principiológico que rege o direito pátrio.

Esse, portanto, é o sentido que se busca demonstrar quando da

aplicação da Usucapião por Abandono do Lar, que demonstra ser uma medida extremamente positiva à proteção de mulheres que se encontram em situação de desamparo quando do término de uma relação de conjugalidade.

Ainda assim, pode-se afirmar que várias são as problemáticas que envolvem a usucapião familiar e que grande parte delas decorre de um processo legislativo feito às pressas, sem abertura para discussões. Embora seja louvável a sua intenção de promover justiça social e proteger o ex-cônjuge/companheiro abandonado, a textura aberta deixada pela redação legal pode, pelo contrário, dificultar a vida dessas pessoas por provocar inseguranças jurídicas decorrentes da abstração do conceito de abandono de lar.

Isso porque, em uma sociedade em que persistem condições de desigualdade de gênero e alto índice de violência doméstica, não se pode limitar a aplicação do instituto somente àquele cônjuge ou companheiro que permaneceu fisicamente no imóvel. Especialmente pelo motivo da grande maioria das vítimas de violência doméstica não representarem seus agressores, por temerem o agravamento do conflito familiar e, com isso, saírem do lar conjugal sem acionar as autoridades públicas competentes para tutelar a situação pela qual passam.

Afinal, uma mulher, vítima de violência doméstica, que sai do lar com seus filhos para evitar tais hostilidades, pois grande parte delas não ajuíza nenhuma ação judicial e, sequer registra boletim de ocorrência. Ao lado dessa mulher que saiu do lar conjugal, está o pai/marido agressor que restou fisicamente no lar e não fez frente a suas responsabilidades parentais: não pagou alimentos e não visitou os filhos, por exemplo. Nessa realidade, presente com frequência no cenário das populações de baixa renda, seria sustentável afirmar que o consorte-agressor que restou fisicamente no lar por dois anos seguidos, mas abandonou por completo sua família neste período, descumprindo os princípios da solidariedade e da responsabilidade familiar, venha a receber a propriedade em seu favor a partir da usucapião por abandono do lar? Evidente que não.

A violência doméstica é uma realidade latente em nosso país e se desenvolve quase que em sua totalidade no âmbito privado, nos confins do silenciamento da vítima, de maneira que são facilmente visíveis as suas interconexões com a usucapião familiar por ambas se situarem no mesmo espaço, qual seja o lar, um ambiente que em tese poderia ser o mais seguro para a vítima, mas muitas vezes acaba sendo o seu verdadeiro “inferno”.

Além disso, diante do ciclo da violência doméstica e da instabilidade desse relacionamento, torna-se difícil, por exemplo, averiguar qual foi o momento de ruptura do casal e o da saída do lar, dados necessários para contabilizar o prazo de dois anos.

Somada a essa interpretação, o aplicador do direito deve também analisar que, ao termo abandono do lar deve ser conferido um significado adequado com base no atual retrato civil-constitucional da família atual, de modo que qualquer interpretação que retome a averiguação da culpa na dissolução do vínculo conjugal não deve ser acatada, uma vez que a culpa pelo término das relações de conjugalidade é uma questão superada no Direito Civil Brasileiro.

Deve ser apurada, portanto, a função contemporânea da modalidade de usucapião por abandono do lar, de acordo com uma análise uma do ordenamento jurídico. Isso ocorre porque os princípios do direito familiar, respaldados pelos fundamentos constitucionais, precisam ser vistos como diretrizes éticas e morais.

Por isso, faz-se urgente que os olhares das entidades especializadas em direito de família, dos estudiosos que compõem as Jornadas de Direito Civil, bem como dos doutrinadores, julgadores e mesmo legisladores se voltem para essa problemática e apaziguem-na o mais rápido possível tal qual ocorreu com outras questões controversas no campo da usucapião familiar, antes que injustiças aconteçam.

Referências

ABRAHÃO, I. G. A família monoparental formada por mães sozinhas por opção através da utilização de técnicas de inseminação artificial no ordenamento jurídico brasileiro. 2003. 69f. [monografia]. Belo Horizonte (MG): Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; 2003.

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de; GOUVEIA FILHO, Roberto Pinheiro Campos. Primeiras anotações sobre os pressupostos e a processualização da usucapião familiar. **Revista de Processo**, vol. 199, p. 369, set. 2011.

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de; GOUVEIA FILHO, Roberto Pinheiro Campos. Usucapião familiar: estudo sobre o novo art. 1240-A do Código Civil Brasileiro. In: COSTA FILHO, Venceslau Tavares; CASTRO JÚNIOR, Torquato da Silva (Coords.). **A modernização do direito civil**, vol. II. Recife: Nossa Livraria, 2012, p.

175-196.

ALMEIDA, Rodolfo Felix. Da aquisição por usucapião. In: CAMPOS, Alyson Rodrigo Correia; ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de (Orgs.). **Dos Direitos Reais**. Recife: Nossa Livraria, 2014, p. 229-257.

AMORIM, Ricardo Henrique Pereira. **Primeiras Impressões Sobre a Usucapião Especial Urbana Familiar e suas Implicações no Direito de Família**. Disponível em: www.ibdfan.org.br

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 8 ago. 2006. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>

BUGARIN, Tomas T. S. e GRAMSTRUP, Erik Frederico. **Usucapião Familiar**. 1. ed. Editora Autografia, 2016.

CAVALCANTE, F. Q. Usucapião especial urbana por abandono do lar. São Paulo: Saraiva, 2019.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**, vol. 4: direito das coisas, direito autoral. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012

CORREIA, Jonas Ricardo. **Usucapião No Novo CPC**. Teoria, Prática e Legislação Pertinente. 2. ed. Campo Grande: Contemplar, 2016.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. O Discurso Jurídico da Propriedade e suas rupturas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 146-147.

CALDERON, Lucas Ricardo; IWASAKI, Michele Mayumi. Usucapião Familiar: quem nos salva da bondade dos bons? Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, v. 3, p. 29-55, jan./mar. 2015, ISSN 2358-6974.

DIAS, MARIA BERENICE. O papel da mulher na família. 21 Sep. 2021. Available at: <https://berenicedias.com.br/o-papel-da-mulher-na-familia/>. Accessed on: 16 Jul. 2024.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 4:

Direito das coisas. 24ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 155

ENGELS, Friederich. A Origem da Família, da Propriedade e do Estado. Trabalho relacionado com as investigações de L.H. Morgan. 9. ed. Civilização Brasileira S.A: Rio de Janeiro, 1984.

FACHIN, Luiz Edson. A constitucionalidade da usucapião familiar do artigo 1.240-A do Código Civil. Revista Carta Forense, 2 de outubro de 2011. Disponível em: <http://www.cartaforensen.com.br/conteúdo/artigos/a-constitucionalidade-dausucapiao-familiar-artigo-1240-a-do-codigo-civil-brasileiro>

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: direitos reais, 8. ed. Salvador: Juspodvm, 2012.

FERREIRA, P. M.; ABOIM, S. Modernidade, laços conjugais e fecundidade: a evolução recente dos nascimentos fora do casamento, *Análise Social*, XXXVII, 163, p. 411-446, 2002.

FOCAULT, Michel. História da sexualidade I: A vontade de saber, tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J.A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

FONSECA, C. L. W. Ser mulher, mãe e pobre. In: DEL PRIORE, M. (Org.). História das mulheres no Brasil. 2. ed. São Paulo: Contexto. 1997. pp. 510-553.

FREITAS, Douglas Phillips. Usucapião conjugal: comentários ao art. 1.240-A do Código Civil. Revista Jurídica Consulex, Brasília, v. 15, n. 356, p. 38-40, nov./2011.

GIDDENS, A. Mundo em descontrole. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. 7.ed. Rio de Janeiro: Record, 2010.

GOMES, L. F. A violência patrimonial contra a mulher no contexto da Lei Maria da Penha. Revista Brasileira de Direito da Família, v. 27, n. 1, p. 17-38, 2017

GOMES, Orlando. Direitos Reais. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LOBO, P. de B. Direito Civil: famílias. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito Civil: Coisas. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 120

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **A função social da propriedade: em busca de uma contextualização entra a Constituição Federal e o novo**

Código Civil. IN: Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. a. 8, n. 10, São Paulo, 2004, p. 271-287.

LÔBO, Paulo. Direito civil: volume 5: famílias. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MATOS, M. C. de. A dignidade da mulher como fundamento da Lei Maria da Penha. In: SOUZA, J. B.; PEREIRA, R. B. (Org.). Lei Maria da Penha: comentários e reflexões. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022. p. 11-28.

MASSI, Marina. Vida de Mulheres: cotidiano e imaginário. Rio de Janeiro: Imago, 1992.

MEIRA, Silvio. Aquisição da propriedade pelo usucapião. Revista da Faculdade de Direito da UFG. V. 10, n. 1-2, 1986, p. 195-211.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. Direito das Coisas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 23-24.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de Direito Privado: Tomo XI. 2ª edição. Campinas: Bookseller, 2001. p. 153

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de Direito Privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. v. 9.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 116.

OLIVEIRA, Ronisson de Souza de. Mães solteiras e a ausência do pai: questões históricas e novos dilemas. Revista Elaborar. Vol. 2, ano, 3, n.1, 2015, ISSN 2318-9932.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil: Volume IV. Direitos Reais. 24ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016.p. 120

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. A mulher na sociedade de classes: mito e realidade. Prefácio de Antônio Cândido de Mello e Souza. Petrópolis: Vozes, 1976.

SALOMÃO, R. L. Usucapião. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022.

SCHOLZ, Roswitha. **O valor é o homem. Teses sobre a socialização pelo valor e a relação entre os sexos.** Original: Der Wert ist der Mann.

Disponível em: [http:// www.http://hhhexit-online.org](http://www.hhhexit-online.org)www.exit-online.org. Publicado na Revista Krisis nº 12, 1992, p. 19-52. Tradução portuguesa de José Marcos Macedo, publicada em S. Paulo, NOVOS ESTUDOS – CEBRAP, nº 45 – julho de 1996, p. 15-36.

SIMÃO, José Fernando; TARTUCE, Flávio. Direito Civil. V. 4. Direito das coisas. V. 4. São Paulo: Método, 2013.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil: direitos reais. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

VILARDO, Maria Aglaé Tedesco. Usucapião especial e abandono de lar – Usucapião entre ex-casal. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões.

AS MUDANÇAS LEGAIS NO SISTEMA DE RESPONSABILIZAÇÃO DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL *VERSUS* INSEGURANÇA JURÍDICA

Carla Noura Teixeira¹

Cássius Guimarães Chai²

Marcelo Bezerra Ribeiro³

1 Introdução

O artigo em tela tem por objeto a análise de aspectos da Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, que alterou diversos dispositivos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa tendo por premissa a introdução das mudanças legislativas sem a acuidade necessária as construções jurisprudenciais consolidadas pelas Cortes Superiores brasileiras, em especial os julgados do

- 1 Doutora em Direito do Estado e Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP. Diretora de Ensino, Pesquisa e Extensão da Faculdade Integrada da Amazônia - FINAMA. Professora do Curso de Graduação e Pós-graduação em Direito da FINAMA ADVOCACIA. Pós-doutoranda e professora convidada do Programa de Pós-Graduação em Direito do UNICURITIBA. Líder do Grupo Permanente de Estudos e Pesquisa "Direito Internacional para o Século XXI". Currículo lattes disponível em: <http://lattes.cnpq.br/9711535801014847> E-mail: carlanoura@gmail.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0969-0987>
- 2 Professor Associado da Universidade Federal do Maranhão (PPGDIR e PPGAERO). Professor Permanente PPGD/FDV. Membro do Ministério Público do Estado do Maranhão. Líder do Grupo de Pesquisa Cultura, Direito e Sociedade DGP CNPQ UFMA. Pós-doutor em Direito, Faculdade de Direito de Vitória e Central European University. Pós-doutor em Saúde Pública, Universidade do Porto. E-mail: Cassiuschai@gmail.com
- 3 Pós-doutor em Direito pela PUC/RS. Doutor e Mestre em Processo Civil pela Universidade Estácio e Sá (UNESA). Professor do PPGDF – Mestrado em Direito da UNAMA. Professor convidado da especialização da PUC/RS. Líder do grupo de pesquisa: Hermenêutica, Processo e Direitos Fundamentais. Advogado. Árbitro da Câmara de Mediação e Arbitragem Especializada - CAMES. Consultor Jurídico. Membro da Academia Brasileira de Direito Processual Civil, da Associação Norte Nordeste de Professores de Processo - ANNEP e do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP.

Superior Tribunal de Justiça (STJ).

A hipótese que se apresenta é a verificação se houve ou não adequação do referencial teórico sobre improbidade administrativo consolidado nos julgados nacionais para a aplicação prática dos institutos como proposto pelo exercício legislante. O objetivo geral é a análise amostral de julgados do STJ, sob os aspectos das respostas legislativas frente aos entendimentos consolidados há décadas pela Corte. Em grau específico, buscar-se-á refletir sobre os efeitos do giro interpretativo em que a lei fortalece o sistema constitucional com o afastamento da *presunção de improbidade; em especial frente aos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública*; por fim, apontar se as mudanças atendem a necessária previsibilidade e segurança ao procedimento de apuração de práticas de improbidade administrativa, neste contexto o papel da jurisdição constitucional para evitar retrocessos na aplicação da lei e combater a insegurança jurídica .

Desta feita, o presente estudo é dividido em três partes, possui etapas metodológicas específicas, partindo-se da pesquisa predominantemente teórica, em especial sobre a conformação do Estado democrático e o princípio da moralidade administrativa, com levantamento bibliográfico. Na segunda etapa, com enfoque maior na pesquisa documental e análise crítica com método dedutivo, utilizar-se-ão dados jurisprudenciais coletados do Superior Tribunal de Justiça. Na terceira e última etapa da pesquisa, propõe-se a observação de limites e contornos de uma resposta hermenêutica com base na previsibilidade e segurança jurídica no exercício da jurisdição constitucional, para tal, valem-nos de levantamento bibliográfico-documental, com o objetivo descritivo-explicativo.

2 Premissas: do estado democrático à construção do princípio da moralidade administrativa na Constituição de 1988

O Estado democrático, de direito, é concepção válida a partir da entronização dos marcos do constitucionalismo. Considerando os processos histórico-evolutivos do movimento do constitucionalismo, é de se chegar a um consenso sobre os requisitos mínimos de qualquer formalização da ordem constitucional – é o que Karl Loewenstein⁴ denomina de o “mínimo irreduzível de uma autêntica constituição”.

São cinco itens ou elementos mínimos e fundamentais que não

4 LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de La Constitución*. Barcelona: Ariel, 1965.

podem estar ausentes de uma Constituição: i) A divisão de poderes e a diferenciação das diversas tarefas estatais de modo a não permitir a concentração dos poderes nas mãos de um único e autocrático detentor do poder; ii) A cooperação entre os diversos detentores do poder por meio de um mecanismo planejado de freios e contrapesos (*cheks and balances*); iii) Um mecanismo planejado com antecedência para evitar os respectivos bloqueios entre os diferentes detentores de poder autônomo, com a finalidade de evitar que um deles, caso não seja produzida a cooperação exigida pela Constituição, resolva o impasse por seus próprios meios, isto é, submetendo o processo de poder a uma direção autocrática. Aqui o constitucionalismo liberal teve sua noção completada pela de constitucionalismo democrático, pois os conflitos entre os detentores do poder são solucionados pelo “árbitro supremo”, o povo, tendo em vista a ideologia democrática de soberania popular; iv) Um método para adaptação pacífica da ordem fundamental às mudanças das condições sociais e políticas, qual seja, um método racional de reforma constitucional para evitar o recurso à ilegalidade, a força e as revoluções; e, v) Finalmente, o reconhecimento expresso de esferas de autodeterminação individual – os direitos individuais e liberdades fundamentais – bem como sua proteção frente à intervenção ou abusos cometidos por um ou outro detentor de poder. Mais uma vez vislumbra-se a limitação do poder estatal, considerando-se este conteúdo como núcleo da constituição material.

A afirmação do valor democracia nas cartas constitucionais contemporâneas são marcos evolutivos dos constructos de afirmação de direitos e garantias. Nesse cenário apresenta-se a centralidade da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) no ordenamento jurídico nacional, a Constituição desponta como norma jurídico-positiva mais elevada no ordenamento jurídico nacional. De outro modo, afirma-se a Constituição como ordem jurídica regente da relação comunidade e Estado e, como lei fundamental e suprema do Estado, toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais.

Na conformação do Estado democrático o campo da Administração Pública tem como diretrizes o dever de boa administração, a garantia dos bons costumes e a noção de equidade no confronto entre o interesse público e o dos administrados. O regime jurídico de direito público, sacado do art. 37 da CRFB/1988⁵, apresenta assim o princípio da moralidade

5 A Constituição brasileira de 1988 estabelece ainda que: i) a lesão à moralidade administrativa é fundamento expresso para a anulação de ato lesivo ao patrimônio público pela via da ação

como princípio geral do Direito Administrativo, entregando *per si* uma dificuldade pela pluralidade semântica extraída do vocábulo. Para Thiago Marrara

“Moralidade”, de um lado, é vocábulo que traz uma plurissignificação incontestável cuja causa se encontra no seu uso tanto frequente quanto amplíssimo em incontáveis campos das ciências sociais e humanas, inclusive na ciência jurídica. A essa plurissignificação se soma uma multiplicidade de modelos que pretendem explicar a relação entre direito e moral.

Em breves linhas, há três deles que merecem menção. O primeiro modelo apresenta o direito como um subcampo da moral, de modo que a norma jurídica é norma moral, ainda que o inverso nem sempre seja verdadeiro. O segundo aponta o direito como um campo que engloba a moral, de modo que toda norma moral seria resultante de uma norma jurídica, mas o inverso nem sempre seria verdadeiro. O terceiro entende o campo moral e o campo jurídico como círculos secantes, ou seja, dois campos que se interpenetram. Seguindo esta concepção, haveria normas jurídicas morais e normas jurídicas amorais, ou seja, normas jurídicas que estariam fora do círculo moral e, em alguns casos, negariam os padrões morais, de sorte a constituir verdadeiras normas jurídicas imorais⁶

No direito francês o conceito da moralidade como integrante da legitimidade do exercício de competência administrativa teve como primeiro intérprete MAURICE HAURIOU que, em comentário aos arestos de 1914 do Conselho de Estado nos casos GomeI e Didier, acentuava que” a noção do excesso de poder é mais extensa do que a da legalidade; corresponde à moral que é mais extensa que o Direito” (La jurisprudence administrative de 1892 a 1929 - tomo II, p. 375)⁷.

popular (art. 5º, inciso LXXVIII); ii) o art. 14, § 9º admite, em defesa da moralidade para o exercício do mandato eleitoral, possa lei complementar estabelecer a inelegibilidade em proteção à probidade administrativa; iii) também na enumeração dos crimes de responsabilidade atribuíveis ao Presidente da República (art. 85, nº V), sobre os quais dispõe o art. 9º da Lei nº 1.709, de 10 de abril de 1950; iv) atos de improbidade administrativa podem conduzir à cassação de direitos políticos, perda de função pública, indisponibilidade de bens e obrigação de ressarcimento ao erário, como prevê o § 4º do art. 37, combinado com o art. 15, nº V. Bem como a lei especial, Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 com as alterações da Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021 que dispõe sobre improbidade administrativa.

- 6 Marrara, T. (2016). O conteúdo do princípio da moralidade: probidade, razoabilidade e cooperação. *Revista Digital De Direito Administrativo*, 3(1), 104-120. <https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v3i1p104-120>
- 7 Ainda: E, analisando decisão que ordenava novo pronunciamento ministerial sobre pretensão de um particular, diagnosticava “um apelo eloquente à moralidade administrativa” (ob. cit. p. 397). Foi, todavia, em sucessivas edições de seu “Précis de Droit Administratif”, notadamente a 11ª edição (de 1927), que o mestre francês apontou a moralidade administrativa como elemento integrante do “detournement de pouvoir” (ob. cit. p. 347). O tema do controle jurisdicional

No Brasil o princípio da moralidade ganha vulto com o trabalho de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho⁸ em monografia de 1974 sobre *O Controle da Moralidade Administrativa* ao delinear que “a livre ação administrativa não tutelada leva naturalmente à deformação do direito legal. Contra isso é que se insurgem os sistemas positivos e de garantias jurídicas individuais. A moralidade é ferida quando a mesma regra alcança uns e não alcança outros”. E aqui retomamos os limites ao exercício do poder, no caso o poder estatal manifesto da função administrativa. O autor complementa:

Há uma máxima pertinente à Ciência Política que urge ser lembrada: um poder sem controle tende sempre a se tornar um poder sem medida. Sejam quais forem as escolas, ou as tendências do pensamento histórico, todo o esforço se concentra na limitação das franquias humanas⁹.

É de análise necessária que a legalidade pode amalgamar condutas imorais. Não obstante, leia-se lícitas. Di Pietro evidencia bem essa possibilidade a partir do direito positivo brasileiro, afirmando ser

perfeitamente possível a existência de atos jurídicos lícitos, porém imorais. Para dar exemplos extraídos do direito brasileiro, lembramos que aqui, o Poder Judiciário, graças ao princípio da unidade de jurisdição, decide, em causa própria, assuntos de interesses geral dos Magistrados, contrariando o velho princípio, de fundamento moral, que veda assuma alguém a posição de juiz e parte ao mesmo tempo. A Constituição permite que Ministros do Tribunal de Contas sejam nomeados pelo Chefe do Poder Executivo cujas contas vai apreciar; além disso, agasalha inúmeras normas que criam dependências entre os três Poderes, desmantelando o sistema de freios e contrapesos idealizado precisamente como forma de detenção do poder, o que acaba por acobertar a ilegalidade e a impunidade, dando margem à afirmação, que aqui se tornou corrente, de que a imoralidade se institucionalizou.¹⁰

da moralidade administrativa, pela via do recurso de excesso de poder, foi amplamente estudado em livro de HENRI WELTER, especialmente dedicado ao tema (*Le contrôle juridictionnel de La moralité administrative* - 1919). O controle dos motivos determinantes do ato administrativo, visando a definir sua compatibilidade com a finalidade legal, leva a que o dever de boa administração, na visão do autor, identifique a regra de existência da moralidade administrativa como elemento vinculativo da ação do administrador (ob. cit. p. 77). A apreciação obrigatória do fim a ser alcançado pela vontade do administrador “capable de distinguer entre le bien et le mal, présente avant tout le caractère d’un jugement de moralité” (p. 19). (<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/42981/44598> Acesso em 10/08/2022)

8 Franco Sobrinho, Manuel de Oliveira. O controle da moralidade administrativa. São Paulo, Saraiva, 1974. P. 21.

9 Franco Sobrinho, Manuel de Oliveira. O controle da moralidade administrativa. São Paulo, Saraiva, 1974. P. 46.

10 DI PIETRO, M. S. Z. Direito Administrativo. São Paulo: Gen Jurídico, 2020. p. 147

O princípio da legalidade é aferível de modo flagrante pela conduta lesiva e contrária ao ordenamento. Contudo, a moralidade é baliza da finalidade na realização do ato administrativo e aferível ofensa pelo desvio de finalidade. A moralidade administrativa alimenta-se de seu supedâneo constitucional fortalecido nos valores espelhados na CRFB/1988 resultante do movimento constitucional de redemocratização brasileira. Nesse sentido,

Se a moralidade administrativa não é a moral da autoridade administrativa, nem a moral da organização administrativa, então só lhe resta um sentido possível sob o ângulo subjetivo aqui adotado. A moralidade administrativa representa o respeito aos valores maiores do Estado, ou seja, aos valores, eleitos democraticamente e consagrados no ordenamento jurídico, que justificam a existência e a ação do Poder Público, inclusive de modo a restringir a liberdade e a propriedade privada em algumas situações. Nesse sentido, a moralidade administrativa representa o dever de que as autoridades e instituições públicas observem constantemente as finalidades maiores do Estado – previstas no art. 3º da Carta Magna, por exemplo.¹¹

Assim, verifica-se que o fortalecimento do Estado democrático se dá pela observância dos ditames constitucionais, em realce, à moralidade administrativa. Como afirma Dworkin o constitucionalismo é condição de possibilidade da democracia. Com vistas a atingir o equilíbrio entre constitucionalismo e democracia – o que foi a base da experiência constitucional americana - foi possibilitado aos juízes anular uma lei contrária à Constituição, levando a sério a Norma Fundamental instituída pelo povo e reafirmando a superioridade do poder originário sobre o poder derivado do legislativo¹². Ainda, o entendimento do presidente da Suprema Corte em 1803¹³ foi correto e fez dos Estados Unidos uma sociedade mais justa. A Constituição é fonte de autoridade dos tribunais, é o que atribui a estes o dever de fazer cumpri-la como norma jurídica suprema do país.

Depreende-se, portanto, que o controle da Administração Pública na

11 Marrara, T. (2016). O conteúdo do princípio da moralidade: probidade, razoabilidade e cooperação. *Revista Digital De Direito Administrativo*, 3(1), 104-120. <https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v3i1p104-120>

12 FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Editorial Trotta, 2001. p. 109.

13 A Suprema Corte norte-americana, em 1803, entendeu que a Constituição era fonte de autoridade dos tribunais, os quais poderiam fixar os limites às outras instituições com vistas a garantir o cumprimento das determinações da Norma Fundamental. A partir dessa interpretação, o judiciário ganhou o poder de decidir, pelo governo como um todo, o que a Constituição pretende dizer e, em torno dessa ideia, se consolidou a prática constitucional (Trechos da obra: DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes; 2007. p. 426-427.).

ordem constitucional brasileira de 1988 passa pelo controle da moralidade administrativa, *in casu* da moralidade como probidade, entendemos

A moralidade como probidade exige do administrador a boa-fé na prática de suas condutas. Impõe que o agente público exerça a função pública no desejo de apenas concretizar os interesses públicos primários. O Estado não deve ser utilizado como mecanismo para a realização de interesses meramente particulares do agente público, político ou não. Além disso, nem mesmo deve o agente público fingir perseguir interesses públicos para, na verdade, obter benefícios individuais indevidos.¹⁴

3 Entre a jurisprudência do STJ e a análise da lei de improbidade administrativa

A Lei nº 14.231 de 2021 carregou a alcunha de *nova* Lei de Improbidade Administrativa pautada nas mudanças inseridas na Lei nº 8429 de 1992 tendo como objeto textualmente “as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências”. Ademais, inaugura o uso vocabular de sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa que tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social (artigo 1º).

O objeto aqui cinge-se à verificação se houve, ou não, adequação do referencial teórico sobre improbidade administrativa consolidada nos julgados nacionais para a aplicação prática dos institutos como proposto pelo exercício legiferante, para tal, selecionamos a temática dos *Atos de Improbidade Administrativa que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública* (Seção III, Lei nº 8429/1992) em observação estrita dos parâmetros hermenêuticos concernentes a apuração do dolo na conduta ímproba.

O recorte analítico dos Acórdãos anteriores a mudança legislativa de 2021 demonstram a assunção dolo genérico na construção jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça como se depreende de pesquisa provida pela E. Corte¹⁵:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO

14 Marrara, T. (2016). O conteúdo do princípio da moralidade: probidade, razoabilidade e cooperação. *Revista Digital De Direito Administrativo*, 3(1), 104-120. <https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v3i1p104-120>

15 https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisa_pronta/listaPP.jsp Acesso em 01/07/2024.

INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 20 DA LINDB. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. RAZÕES DO AGRAVO QUE NÃO IMPUGNAM, ESPECIFICAMENTE, O ALUDIDO FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 182/STJ. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA DE SERVIDOR PÚBLICO COMO ADMINISTRADOR EM CONSTRUTORA. ART. 11, CAPUT E INCISO I, DA LEI 8.429/92. **DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE DOLO ESPECÍFICO.** ACÓRDÃO RECORRIDO QUE, EM FACE DOS ELEMENTOS DE PROVA DOS ATOS, CONCLUIU PELA COMPROVAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO, PELA CONFIGURAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E PELA PROPORCIONALIDADE DAS SANÇÕES APLICADAS. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO DE FATOS E PROVAS, EM RECURSO ESPECIAL. AGRAVO INTERNO PARCIALMENTE CONHECIDO, E, NESSA EXTENSÃO, IMPROVIDO.

I. Agravo interno ajuizado contra decisão que julgou recurso interposto contra decisum publicado na vigência do CPC/2015.

II. No acórdão objeto do Recurso Especial, o Tribunal de origem julgou procedente o pedido, em Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal, postulando a condenação do ora agravante, então servidor público da UFES, pela prática de ato de improbidade administrativa. Nos termos da inicial, o agravante teria participação societária, como sócio-cotista, em uma construtora, que, de fato, administrava, participando de licitações com a própria UFES.

III. Interposto Agravo interno com razões que não impugnam, especificamente, os fundamentos da decisão agravada, quanto à falta de prequestionamento do art. 20 da LINDB, não prospera o inconformismo, quanto ao ponto, em face da Súmula 182 desta Corte.

IV. Quanto à alegação de julgamento extra petita, “conforme entendimento consolidado neste Tribunal, não configura julgamento ultra ou extra petita, com violação ao princípio da congruência ou da adstrição, o provimento jurisdicional exarado nos limites do pedido, o qual deve ser interpretado lógica e sistematicamente a partir de toda a petição inicial” (STJ, AgInt no REsp 1.829.793/SE, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, DJe de 23/10/2019).

V. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “o elemento subjetivo, necessário à configuração de improbidade administrativa censurada nos termos do art. 11 da Lei 8.429/1992, é o dolo genérico de realizar conduta que atente contra os princípios da Administração Pública, não se exigindo a presença de dolo específico” (STJ, REsp 951.389/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 04/05/2011).

VI. No caso, o acórdão recorrido concluiu pela configuração do ato ímprobo, ao fundamento de que, “o demandado sagrou-se vencedor em licitações e firmou contratos administrativos com a Universidade”, “no período em que [...] integrou os quadros da UFES”; que “restou caracterizada, então, a prática de atos ímprobos pelo demandado na medida em que, dolosamente, se retirou formalmente da condição de sócio administrador da CONSTRUTORA ZAMBONI, inserindo falsamente seu genitor no contrato social, e permaneceu exercendo a administração da CONSTRUTORA ZAMBONI LTDA concomitantemente ao exercício do cargo de contador na UFES. O dolo é evidente. Não há dúvidas que SANDRO MARCIO estava ciente da impossibilidade de, enquanto servidor da Universidade, administrar a empresa e participar de licitações junto a própria UFES. Aliás, esse foi o motivo de ter se desvinculado formalmente do contrato social”, que, “apesar de não constar formalmente no contrato social, Sandro Marcio permanecia administrando a empresa por meio de procuração outorgada por seu sócio e genitor Ivo Sabino Zamboni (f. 28, apenso I, vol. I). Prova disso é o documento de fls. 32-verso, do apenso I, datado de 10/11/2006, em que o demandado peticionou junto à UFES acerca da inviabilidade de realizar determinado procedimento, nos termos do contrato nº 85/2006, vigente entre 18/11/2006 e 17/01/2007”.

VII. Nos termos em que a causa foi decidida, infirmar os fundamentos do acórdão recorrido - para acolher a pretensão do agravante e afastar sua condenação pela prática de ato de improbidade administrativa - demandaria o reexame de matéria fática, o que é vedado, em Recurso Especial. Nesse sentido: STJ, AgRg no AREsp 210.361/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 01/06/2016; AgRg no AREsp 666.459/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 30/06/2015; AgRg no AREsp 535.720/ES, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 06/04/2016.

VIII. Tendo em vista a fundamentação adotada no acórdão recorrido, o exame da irresignação do agravante, quanto à alegada desproporcionalidade das sanções aplicadas, na origem, demandaria o reexame de matéria fática, o que é igualmente vedado, em Recurso Especial. Precedentes do STJ (AgRg no AREsp 533.862/MS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 04/12/2014; REsp 1.203.149/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe de 07/02/2014).

IX. Agravo interno parcialmente conhecido, e, nessa parte, improvido.

(AgInt no AREsp n. 1.650.128/ES, relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 28/9/2020, DJe de 2/10/2020.) (g.n.)

No mesmo sentido, de reforço a baliza principiológica constitucional

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO AO ART. 1.022 DO CPC/2015. INOCORRÊNCIA. **ART. 11 DA LEI 8.429/92. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE AFIRMA EXPRESSAMENTE A PRESENÇA DO ELEMENTO SUBJETIVO.** FALTA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DETERMINANTES DO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA 283/STF. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. REVISÃO DAS PENALIDADES APLICADAS. REANÁLISE DO DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. O acórdão recorrido abordou, de forma fundamentada, todos os pontos essenciais para o deslinde da controvérsia, razão pela qual não há falar na suscitada ocorrência de violação do art. 1022 do Código de Processo Civil de 2015.

2. Na hipótese em análise, o Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou ação civil pública por ato de improbidade administrativa em face de ex-prefeita do Município de União Paulista/SP, do secretário-administrativo e irmão da prefeita, e de empresária, em razão de fraude na licitação para aquisição de materiais de construção.

3. O Tribunal de origem manteve a sentença de procedência da ação, sustentando, com fundamento no conjunto fático-probatório dos autos, que se evidenciou direcionamento de licitação a beneficiar indevidamente empresa não vencedora do certame, isto porque quem efetivamente forneceu os materiais de construção foi a empresa do irmão da prefeita, e não a vencedora (fl. 1807 e-STJ). Ademais, afirmou que evidenciado o conluio entre eles para ofender a legislação de regência, agressão aos Princípios da Administração Pública (fl. 1807 e-STJ).

4. No recurso especial, o ora agravante limitou-se a reiterar a sua tese defensiva, sem combater específica e suficientemente os fundamentos do acórdão recorrido sobre as peculiaridades do caso que evidenciaram a prática de ato ímprobo. Sendo assim, aplicável o óbice da Súmula 283/STF : “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.”

5. Ademais, ainda no que diz respeito à configuração do ato de improbidade administrativa, verifica-se que a reforma do acórdão

recorrido, na forma como pretende o ora agravante, demanda o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que é inviável em sede de recurso especial teor da Súmula 7/STJ.

6. **Sobre a penalidade de multa, é inarredável a possibilidade de responsabilização de particulares - não só de agentes públicos - nas condutas descritas na Lei de Improbidade Administrativa (art. 3º da Lei 8.429/92), de modo que a condenação dos particulares pela prática das condutas previstas no art. 11 da Lei nº 8.429/92 (violação aos princípios da administração pública), autoriza a aplicação das penalidades conforme parâmetros dispostos no art. 12, III, da LIA. Repise-se que o art. 3º, da Lei 8.429/92, é expresso ao preservar a responsabilização de todos, agentes públicos ou não, que induzirem ou concorrerem para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficiem sob qualquer forma, direta ou indireta.**

7. No tocante à dosimetria da penalidade de multa, o acórdão recorrido tão somente afirma a necessidade de adequação conforme a extensão dos danos produzidos. Assim, reforma a sentença cassando a pena de ressarcimento, reduzindo a pena de suspensão de direitos políticos, mantendo a sanção de proibição de contratar e impondo multa civil de 10 vezes a remuneração da prefeita municipal, também demandada.

8. A revisão do acórdão recorrido sobre o valor arbitrado para a multa civil também demanda o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que é inviável nos termos da Súmula 7/STJ.

9. No tocante à suscitada divergência jurisprudencial, a parte recorrente não logrou êxito em demonstrar de forma satisfatória as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

10. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp n. 1.628.895/SP, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 31/8/2020, DJe de 3/9/2020.)

Na mesma linha, poder-se-iam compilar outras Ementas e trechos de julgados, a saber: AgInt nos EDcl no REsp n. 1.851.248/PE, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 10/8/2020, DJe de 14/8/2020; AgInt no REsp n. 1.366.180/RS, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 17/9/2019, DJe de 1/10/2019; REsp n. 1.536.573/RS, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, relator para acórdão Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 19/3/2019, DJe de 28/3/2019. Em todas, há um direcionamento de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, para a configuração dos atos de **improbidade** administrativa que atentam contra **princípios da Administração Pública** (art. 11 da Lei nº 8.429/92), é necessária a presença do dolo genérico, não se exigindo dolo específico nem prova de

prejuízo ao erário ou de enriquecimento ilícito do agente.

Com a edição da Lei nº 14.230 de 2021 o art. 11 passou a redação expressa: constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública **a ação ou omissão dolosa** que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas. (g.n.) Nesse sentido, instaurou-se o debate sobre a ampliação ou restrição do âmbito de incidência do sistema de responsabilização por ato de improbidade administrativa observando-se a exigência da configuração do dolo específico para fins de alcance das condutas tipificadas nos artigos 9º, 10º e 11º da Lei.

De início, o artigo 1º restou modificado para a inclusão de parágrafos afirmativos de que são considerados atos de improbidade administrativa as condutas dolosas, observando o dolo como a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos artigos 9º, 10º e 11º e determinando expressamente que não basta a voluntariedade do agente. Do que se depreende a intencionalidade esperada na conduta dirigida para prática de atos que importem em enriquecimento ilícito, que causem prejuízo ao Erário ou ainda que atentem contra os princípios da Administração Pública¹⁶.

Cabe valermo-nos deste espaço, a título de provocação, para deixarmos o lembrete que as mudanças normativas propugnadas pelo Congresso Nacional modificando a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, já prenunciavam uma substancial alteração sobre o alcance e a responsabilidade do intérprete autêntico do Direito, na liturgia de kelseniana, acerca do juízo de validade ou não de atos jurídicos administrativos realizados no campo da gestão pública.

A reforma à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

16 Transcrição da Lei nº 8429/1992:

Art. 1º O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

Parágrafo único. (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 1º Consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 2º Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 3º O mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

(LIDB), particularmente nos artigos 20 a 29, trouxe implicações e mudanças significativas na forma como decisões nas esferas administrativa, controladora e judicial devem ser tomadas, focando na consideração das consequências práticas, realidade do gestor público e necessidade de um regime de transição entre novas interpretações normativas. Ao especificar que as decisões devem ser fundamentadas nas consequências concretas (art. 20) e que interpretações e mudanças normativas devem levar em conta o contexto da época (art. 24), cria-se um ambiente que idealmente valoriza a previsibilidade e segurança jurídica, mas no dia-a-dia projeta o processo decisório em um enfraquecimento no combate à má gestão, e ao gestor ímprobo.

Ao mesmo tempo, essas exigências esvaziam a crítica ao ativismo judicial, que frequentemente se baseia no argumento de que juízes tomam decisões fundamentadas em valores abstratos ou em uma interpretação pessoal do direito, desconsiderando as consequências práticas e a realidade administrativa. Quando a lei demanda que juízes levem em conta as questões práticas e administrativas e impõe a consideração dos efeitos reais de suas decisões, ela fecha as brechas que anteriormente eram alvo dessa crítica. Havia um deslocamento do elemento legitimador do agir discricionário? Migrando do gestor *per si* para o juiz-estado?

Adicionalmente, ao exigir transições proporcionais e equânimes (art. 23), e a consideração de consequências jurídicas e administrativas antes de invalidar atos (art. 21), essas disposições, em tese, buscam harmonizar as decisões judiciais com a eficiência e a estabilidade da administração pública. No entanto, isto impõe uma maior responsabilidade ao Judiciário de agir em sintonia com os princípios de governança, desnaturalizando as críticas de perturbações desnecessárias que poderiam ser atribuídas ao “ativismo judicial”. E, no contexto da Lei Federal 8.429/93, alterada pela Lei Federal 14.230/21, faz uma linhamento com aquelas alterações acima tratadas à Lei de Introdução às Normas Brasileiras, que ajusta a luta contra a improbidade administrativa, a responsabilidade por boa governança e pela integridade administrativa a ser uma função compartilhada e reforçada pelo Judiciário. A legislação robustece a ideia de que o Judiciário não está atuando unilateralmente ou de modo ativista, mas sim operando dentro do sistema representativo, com todas as suas responsabilidades pela estabilidade e funcionalidade do estado.

Portanto, as novas disposições retiram a legitimidade interna da crítica ao ativismo judicial, mostrando que as decisões judiciais agora deverão estar intrinsecamente ligadas às consequências práticas e ao

contexto administrativo, em conformidade com as normas que refletem os valores do sistema representativo político.

E ao seu turno, da análise preliminar, em cotejo dos estudos colacionados do Superior Tribunal de Justiça em face ao produto legislativo modificativo na legislação de 1992, a Lei nº 14.230/2021, tem-se a primeira consideração, que não há diálogo entre as instâncias dos poderes estatais, percebe-se o giro proposital do cenário de consolidação jurisprudencial, da concretude interpretativo-normativo nos julgados do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria, em especial, na análise e conformação das ações resultantes em dano a Administração Pública e violação aos princípios constitucionais regentes da Administração Pública. O que se avizinha é o combate a insegurança jurídica no âmbito do sistema de responsabilização dos atos de improbidade administrativa e a permanente reflexão do espectro constitucional das mudanças promovidas pelo legislativo ordinário.

4 Observação de contornos: o papel da jurisdição no combate a insegurança jurídica na aplicação da lei de improbidade administrativa

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 carrou o princípio da segurança jurídica como um dos pilares da reconstrução do Estado Democrático de Direito como se depreende da afirmação da proteção ao direito adquirido, o ato jurídico perfeito e à coisa julgada. A segurança jurídica propugna garantir a certeza e a estabilidade das relações jurídicas, manifesta em pressupostos de natureza objetiva da certeza e estabilidade, mas também subjetiva, da proteção a confiança ou da confiança legítima.

A confiança legítima é construção originária do direito alemão inserida em lei de processo administrativo, posteriormente alçado a princípio, determinando a observância da boa-fé do cidadão. Nesse sentido, “o princípio da confiança [...] “ou proteção à confiança legítima” [...] leva em conta a boa-fé do cidadão, que acredita e espera os atos praticados pelo Poder Público sejam lícitos e, nessa qualidade, serão mantidos e respeitados pela própria Administração e por terceiros”¹⁷.

No Brasil a Lei nº 9784 de 1999 que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal explicita dentre os princípios

17 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 85-86.

conformadores no artigo 2º¹⁸ o princípio da segurança jurídica. Por sua vez, a Lei de Introdução as Normas de Direito Brasileiro, Decreto-lei nº 4657 de 1942, sofreu alteração em 2018 com a inclusão de dispositivos pela Lei nº 13.655, no que ficou conhecido como ampliação de balizas interpretativas na área da Administração Pública, em especial no que toca ao presente, ca inclusão do artigo 30, nos seguintes termos:

Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.

Parágrafo único. Os instrumentos previstos no **caput** deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.

Todo este caminhar legislativo vem fortalecer a gramática da legislação processual brasileira que em 2015 com a edição do Código de Processo Civil abraçou o regime de estabilização jurisprudencial por meio de vários mecanismos dentre eles a repercussão geral (pelo Supremo Tribunal Federal) e as demandas repetitivas (pelo Superior Tribunal de Justiça) apontando como tendência a uniformização jurisprudencial, de modo a reduzir decisões divergentes e uniformizar interpretações de institutos.

Aqui exsurge o objeto do presente artigo de perquirir a produção legiferante em relação as mudanças realizadas na Lei de Improbidade Administrativa em face a consolidada construção jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça quanto o albergue do dolo genérico na responsabilização dos atos de improbidade administrativa, em realce, os atos praticados em violação aos princípios regentes da Administração Pública.

A questão poderia restar superada pelo esforço interpretativo dos Tribunais Superiores, nos moldes expostos pelo Informativo nº 809 de 30 de abril de 2024 do Superior Tribunal de Justiça¹⁹ com o tema: Improbidade administrativa. Superveniência da lei n. 14.230/2021. Responsabilização por dolo genérico. Revogação. Aplicação imediata. No qual estabeleceu:

18 Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

19 REsp 2.107.601-MG, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, por unanimidade, julgado em 23/4/2024.

Tal como aconteceu com a modalidade culposa e com os incisos I e II do art. 11 da LIA (questões diretamente examinadas pelo STF), a conduta ímproba escorada em **dolo** genérico (tema ainda não examinado pelo Supremo) também foi revogada pela Lei n. 14.230/2021, pelo que deve receber rigorosamente o mesmo tratamento. Aliás, no item 3 da Tese do Tema n. 1.199 do STF consta que «a nova Lei n. 14.230/2021 aplica-se aos atos de **improbidade administrativa** culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual **dolo** por parte do agente». Ora, se o referido item está a tratar da impossibilidade de manutenção da condenação por culpa (porque revogada tal modalidade), sendo o caso de examinar o eventual «**dolo**», compreendo que o «**dolo**» a que está se referindo o precedente é o especial, pois, como disse, o «**dolo** genérico», da mesma forma que a culpa (examinada no item), também foi revogado pela nova lei.

Ou mesmo pelas manifestações do Supremo Tribunal Federal em repercussão geral (Tema n. 1.199 do STF) tendo como Leading case o ARE 843989. Do qual registra-se a tese:

1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se - nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA - a presença do elemento subjetivo - DOLO; 2) A norma benéfica da Lei 14.230/2021 - revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa -, é IRRETROATIVA, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes; 3) A nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente; 4) O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é IRRETROATIVO, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei.

Não obstante, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP ajuizou, em sede de controle de constitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 7236)²⁰, buscando, pelo exercício direto da jurisdição constitucional, a segurança jurídica para as demandas que acometem o sistema de responsabilização dos atos de improbidade administrativa abrangendo diversas matérias que a *nova* legislação modificadora não trouxe pacificação, mas insegurança quanto aos temas de normas de transição ou de direito intertemporal -

20 Última movimentação em 16/05/2024 - <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6475588>

aplicação das novas regras no tempo, a retroação ou não; a extinção da culpa bem como do dolo genérico nas condutas tipo da improbidade; as variações e reflexos em outras esferas criminais e cíveis; enfim, um cenário que corrobora a hipótese inicial de ausência de equilíbrio e diálogo nas esferas estatais.

Em 16 de maio de 2024 foi publicada decisão do Ministro Gilmar Mendes após vista, corroborando voto do Ministro Relator Alexandre de Moraes nos termos abaixo:

Decisão: Após o voto do Ministro Alexandre de Moraes (Relator), que confirmava integralmente a medida cautelar concedida e, convertendo seu referendo em julgamento de mérito, conhecia parcialmente da presente ação direta de inconstitucionalidade e julgava-a parcialmente procedente, nos seguintes termos (artigos da Lei 8.429/1992, incluídos ou alterados pela Lei 14.230/2021): i) declarar prejudicados os pedidos referentes ao artigo 1º, §§ 1º, 2º e 3º, e ao artigo 10, da Lei 8.429/1992, incluídos ou alterados pela Lei 14.230/2021; ii) julgar inconstitucionais o artigo 1º, § 8º; o artigo 12, §§ 1º, 4º e 10; o artigo 17, § 10-D, e o artigo 17-B, § 3º; iii) declarar a parcial nulidade com redução de texto do art. 17, § 10-C, excluindo a expressão “e a capitulação legal apresentada pelo autor”; iv) julgar parcialmente procedente o pedido para dar interpretação conforme ao art. 17, § 10-F, inc. I, no sentido de que será nula a decisão de mérito total ou parcial da ação de improbidade administrativa que condenar o requerido por tipo diverso daquele definido na petição inicial, desde que não tenha tido a possibilidade de ampla defesa, observado o parágrafo 10-C; v) declarar a parcial inconstitucionalidade com interpretação conforme do art. 21, § 4º, da referida Lei, no sentido de que a absolvição criminal, em ação que discuta os mesmos fatos, confirmada por decisão colegiada, somente impede o trâmite da ação de improbidade administrativa nas hipóteses dos arts. 65 (sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito); 386, I (estar provada a inexistência do fato); e 386, IV (estar provado que o réu não concorreu para a infração penal), todos do Código de Processo Penal; vi) declarar a parcial inconstitucionalidade com interpretação conforme do artigo 23-C da referida Lei, no sentido de que os atos que ensejem enriquecimento ilícito, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação de recursos públicos dos partidos políticos, ou de suas fundações, poderão ser responsabilizados nos termos da Lei 9.096/1995, mas sem prejuízo da incidência da Lei de Improbidade Administrativa; vii) declarar a parcial nulidade com redução de texto do artigo 23, § 5º, excluindo a expressão “pela metade do prazo previsto no *caput* deste artigo”; e viii) julgar improcedente a presente ação em relação ao artigo 11, *caput*, e revogação dos incisos I e II, da Lei 8.429/1992, na redação dada pela Lei 14.230/2021,

declarando-os constitucionais, pediu vista antecipada dos autos o Ministro Gilmar Mendes. Aguardam os demais Ministros. Presidência do Ministro Luís Roberto Barroso. Plenário, 16.5.2024.

Por fim, sob pena de análises outras para além do proposto inicialmente no presente artigo, verificamos que o papel da jurisdição constitucional é fulcral para retomada da segurança jurídica. É de relevo repetir que os principais componentes que definem a segurança jurídica são a clareza e publicidade das normas, a estabilidade do direito e o respeito às decisões anteriores; sem olvidar o modelo constitucional originário, fundado na legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Percebe-se que o esforço hermenêutico é de grande valia no cenário da improbidade administrativa para que o núcleo do regime democrático reste preservado. O plexo normativo da Administração Pública não deve ser analisado senão tendo como início e fim a base principiológica do modelo previsto na Lei Fundamental do Estado.

5 Conclusão

A cultura democrática estatuída sob a égide da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é fundamental para a reflexão do regime jurídico da Administração Pública, em especial, a base principiológica fundada na legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. A Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 veio a vivificar o procedimento para sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional, e outras providências; sofreu a alteração pela Lei nº 14.230 de 25 de outubro de 2021 que em epígrafe dispõe que o objeto são as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências.

As mudanças promovidas no sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa foram significativas, cingindo o presente estudo a análise do artigo 11 - Dos Atos de Improbidade Administrativa que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública – em especial ao *caput* e a definição do dolo específico que passou a ser exigida para configuração dos tipos de improbidade descritos frente a construção jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça consolidado nos julgados em comento.

O controle da Administração Pública na explicitude da legalidade

não aponta maior desafio sob a perspectiva interpretativa da lógica jurídica; contudo, o esteio da moralidade ou a construção textual de excerto da lei (artigo 11) que afirma que *constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas*; clama a reafirmação da moralidade enquanto apuração de dever de honestidade como conduta proba, verificada a boa-fé na conduta do agente que deve primar pelos interesses públicos em que o Estado seja preservado em seu mister democrático de promoção do bem comum e não de interesses particulares.

Nesse sentido, a construção jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça firmou-se: *o elemento subjetivo, necessário à configuração de improbidade administrativa censurada nos termos do art. 11 da Lei 8.429/1992, é o dolo genérico de realizar conduta que atente contra os princípios da Administração Pública, não se exigindo a presença de dolo específico*. O que confirma a hipótese de que a Lei nº 14.230 de 25 de outubro de 2021 que alterou diversos dispositivos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 não observou na sua redação o diálogo entre os poderes estatais, e mais, promoveu um giro interpretativo normativo-fático quanto ao sistema de responsabilização da improbidade administrativa. É de ressaltar que não se propugna a imutabilidade dos preceitos, mas a reflexão sobre a mutação e seus reflexos.

Depreende-se, assim, a guisa de resposta, que o valor constitucional da segurança jurídica, avolumados nos preceitos da clareza e publicidade das normas, a estabilidade do direito e o respeito as decisões anteriores, não foi observado de início. A jurisdição constitucional *in concreto* tem sido exigida para a interpretação de alcance e aplicação das mudanças legislativas como se demonstra com os temas observados pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Repercussão Geral 1.199 e a ADI 7236. Recorre-se aqui ao resgate ao princípio da confiança sob a perspectiva de restauro da boa-fé dos cidadãos quanto a prática de atos da Administração Pública; em tudo, observada a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Referências

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 85-86.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. São Paulo: Gen Jurídico, 2020. p. 147

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **STJ e o princípio da segurança jurídica**. <https://www.migalhas.com.br/depeso/302189/o-stj-e-o-principio-da-seguranca-juridica>

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes; 2007. p. 426-427

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Editorial Trotta, 2001. p. 109.

FRANCO SOBRINHO, Manuel de Oliveira. **O controle da moralidade administrativa**. São Paulo, Saraiva, 1974. P. 21.

HAURIUO, Maurice. <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/42981/44598> Acesso em 10/08/2022

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de La Constitución*. Barcelona: Ariel, 1965.

MARRARA, T. (2016). O conteúdo do princípio da moralidade: probidade, razoabilidade e cooperação. **Revista Digital De Direito Administrativo**, 3(1), 104-120. <https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v3i1p104-120>

POSFÁCIO

No limiar do século XXI, em meio às tempestades e calmarias da história, o Brasil se vê diante de desafios constitucionais que evocam a essência de sua democracia. Este volume, *Estudos Contemporâneos de Direito Constitucional*, é um testemunho vivo da luta contínua por justiça e equidade, um esforço coletivo de juristas e pesquisadores comprometidos com a ciência e a técnica jurídicas.

1. Cada capítulo deste livro é um contributo ao confronto entre a realidade social e à crítica histórica constitucional de Fernand Lasalle sobre o sentido da Constituição e os fatores reais de poder, que constringe incoerências políticas e os caminhos tortuosos da nossa sociedade, refletindo a complexidade e a profundidade dos temas abordados, que se organizam nos seguintes recortes epistemológicos:
2. O Processo Constitucional e os Direitos Fundamentais no Estado Democrático Brasileiro Contemporâneo nos convida a refletir sobre a importância dos direitos fundamentais como pilares da democracia. Em tempos de polarização e incertezas, a garantia desses direitos é um escudo contra a tirania e a opressão. O autor, um incansável defensor da justiça, nos lembra que a Constituição é mais do que um documento; é a alma da nação, um contrato social que deve ser respeitado e protegido.
3. Globalização, Judicialização da Política e Respostas Constitucionais aos Desafios Impostos aborda a intersecção entre o local e o global, mostrando como a globalização impacta a política nacional e como o judiciário se adapta a esses novos desafios. Em um mundo cada vez mais interconectado, as respostas constitucionais devem ser ágeis e eficazes, garantindo que os direitos dos cidadãos não sejam atropelados pelas forças externas.
4. A Relação Entre Processo Constitucional e Democracia é uma ode à democracia participativa, onde o processo constitucional é visto como uma ferramenta essencial para a construção de uma sociedade justa. A democracia não é um estado estático,

- mas um processo dinâmico que requer vigilância constante e participação ativa de todos os cidadãos.
5. (Re) Construção de Identidade do Sujeito Constitucional Brasileiro: Processo de Formação Discursiva nos leva a uma jornada introspectiva sobre a identidade nacional. Em um país de dimensões continentais e diversidade cultural, a construção de uma identidade constitucional é um processo contínuo de diálogo e inclusão. Os autores, com suas vozes distintas, nos mostram que a identidade brasileira é um mosaico em constante evolução.
 6. Desenvolvimento Humano, Crescimento Econômico e Liberdade nas Eleições Municipais de 2020 no Amazonas revela a complexa relação entre desenvolvimento econômico e liberdade política. Em uma região marcada por desigualdades e desafios ambientais, as eleições municipais são um microcosmo das lutas maiores que o país enfrenta. O autor nos lembra que a verdadeira liberdade só pode ser alcançada quando todos têm acesso às oportunidades de desenvolvimento.
 7. Desinformação no Ambiente Virtual e a Reação do Tribunal Superior Eleitoral à Morosidade da Tramitação do PL 2.630/20 no Congresso Nacional é um alerta sobre os perigos da desinformação em tempos de internet. A batalha contra as fake news é uma luta pela verdade e pela integridade das instituições democráticas. Os autores, com sua análise perspicaz, nos mostram que a justiça eleitoral deve ser proativa na defesa da veracidade e transparência.
 8. A Imunidade Tributária como Instrumento para Maximizar a Aplicação dos Direitos e Princípios Constitucionais explora a função da imunidade tributária como um mecanismo para promover a justiça social. Em um país onde as desigualdades são profundas, a política tributária é uma ferramenta poderosa para redistribuir a riqueza e garantir que todos tenham acesso aos direitos fundamentais.
 9. As Exigências Ilegítimas para a Concessão da Gratuidade da Justiça e o Impedimento ou Retardo ao Devido Processo Legal nos confronta com as barreiras que muitos brasileiros enfrentam para acessar a justiça. A gratuidade da justiça é um direito

essencial, e qualquer obstáculo a esse direito é uma afronta à própria ideia de justiça.

10. Um Panorama Sobre a Educação no Brasil e Sua Importância para a Construção da Democracia nos lembra que a educação é a base de qualquer democracia sólida. Sem uma educação de qualidade para todos, a democracia se torna frágil e vulnerável. A autora nos convida a refletir sobre as políticas educacionais e seu impacto na construção de uma sociedade mais justa e equitativa.
11. Do Federalismo Centrípeto ao Federalismo de Equilíbrio? questiona a evolução do federalismo brasileiro e sua capacidade de equilibrar as demandas regionais e nacionais. Em um país tão diverso, o federalismo deve ser um instrumento de coesão, garantindo que todas as regiões tenham voz e representação.
12. Reconstruindo Identidades: A Criminalização da Homofobia e Transfobia pelo STF celebra uma vitória significativa na luta pelos direitos LGBTQIA+. A criminalização da homofobia e transfobia é um passo crucial na construção de uma sociedade mais inclusiva e respeitosa. Os autores nos mostram que a justiça deve ser um farol de igualdade e dignidade para todos.
13. A Constituição Federal de 1988 e a Normatização dos Processos Migratórios no Ordenamento Jurídico Pátrio aborda a questão urgente da migração. Em um mundo em constante movimento, a proteção dos direitos dos migrantes é essencial para garantir a justiça e a humanidade. Os autores nos lembram que a Constituição deve ser um abrigo seguro para todos, independentemente de sua origem.
14. A Interseção Entre o Direito Constitucional e o Direito Ambiental: Uma Análise Jurídica destaca a importância de proteger o meio ambiente como um direito constitucional. Em tempos de crise climática, a justiça ambiental é uma questão de sobrevivência. O autor nos convida a refletir sobre as responsabilidades e desafios de proteger nosso planeta.
15. O Direito Constitucional ao Desenvolvimento e Sua Perspectiva de Aplicabilidade no Contexto Social explora o direito ao desenvolvimento como um direito humano fundamental. Em uma sociedade marcada por desigualdades, o desenvolvimento

- deve ser inclusivo e sustentável, garantindo que todos tenham acesso às oportunidades de prosperidade.
16. *A Autoria dos Crimes Informáticos e o Princípio Constitucional da Presunção de Inocência* aborda os desafios da justiça em tempos de tecnologia avançada. A presunção de inocência é um princípio fundamental que deve ser respeitado, mesmo em casos de crimes cibernéticos. O autor nos lembra que a justiça deve ser equilibrada e justa, independentemente do meio em que os crimes são cometidos.
 17. *Possibilidade de Fixação de Dupla Residência na Guarda Compartilhada* explora as complexidades da guarda compartilhada em um mundo em constante mudança. A fixação de dupla residência é uma solução inovadora que pode garantir o bem-estar das crianças e o equilíbrio entre os pais.
 18. *Omissões Inconstitucionais, Lacunas Legislativas e Direito das Famílias: Instrumentos de Controle de Constitucionalidade* nos confronta com as falhas do sistema jurídico e a necessidade de instrumentos eficazes de controle de constitucionalidade. As lacunas legislativas são um desafio constante, e os autores nos mostram que a justiça deve ser proativa na correção dessas falhas.
 19. *A Constituição e a Violência Contra a Mulher: Garantias e Desafios* é um grito de alerta sobre a violência de gênero. A proteção das mulheres é uma questão de direitos humanos, e a Constituição deve ser um escudo contra todas as formas de violência. A autora nos lembra que a justiça deve ser vigilante e implacável na defesa das mulheres.
 20. *A Proteção do Direito do Consumidor na Constituição da República de 1988 e o Seu Desrespeito Proporcionado pela Recente Lei Nº 14.833/24* aborda a proteção dos direitos dos consumidores como um pilar da justiça social. A recente lei é um retrocesso, e os autores nos mostram que a justiça deve ser vigilante na defesa dos direitos dos consumidores.
 21. *Abusos da Imunidade Parlamentar: Suas Consequências e o Reflexo na Sociedade* nos confronta com os abusos de poder e a necessidade de responsabilização. A imunidade parlamentar é um privilégio que deve ser usado com responsabilidade, e qualquer abuso deve ser punido.

22. O Foro por Prerrogativa de Função na Visão do Supremo Tribunal Federal explora a questão controversa do foro privilegiado. O autor nos lembra que a justiça deve ser igual para todos, independentemente da posição ou função.
23. Caso Sales Pimenta vs. Brasil e o Instrumento da Prescrição: Um Passo para Combater a Impunidade nos Delitos Contra os Direitos Humanos Suscitada pela Omissão do Poder Público é um chamado à ação contra a impunidade. Os direitos humanos devem ser protegidos a todo custo, e a prescrição não pode ser um escudo para os criminosos.
24. A Sub-Representação Feminina na Política e Seus Impactos em Políticas Públicas de Gênero: Estudo de Caso da Cidade de Imperatriz - MA destaca a importância da representação feminina na política. A sub-representação é uma barreira para a justiça de gênero, e os autores nos mostram que a inclusão é essencial para uma democracia plena.
25. Acesso à Justiça: Desafios e Soluções Contemporâneas nos confronta com os obstáculos que muitos brasileiros enfrentam para acessar a justiça. A justiça deve ser acessível a todos, e os autores nos mostram que há soluções viáveis para superar esses desafios.
26. Venezuelanos no Brasil – Perfil Socioeconômico: Matriz de Monitoramento de Deslocamento (DTM) 7ª Rodada 2023 e 8ª Rodada 2024 de Roraima aborda a questão dos refugiados e migrantes venezuelanos. A acolhida e integração desses indivíduos são um teste para a nossa humanidade e justiça.
27. Usucapião no Contexto do Abandono do Lar e Medidas Protetivas Patrimoniais da Lei Maria da Penha: Uma Análise Sob a Perspectiva da Dignidade da Mulher explora a interseção entre direitos de propriedade e proteção contra a violência doméstica. A dignidade da mulher deve ser protegida a todo custo, e a justiça deve ser sensível às complexidades dessas questões.
28. As Mudanças Legais no Sistema de Responsabilização dos Atos de Improbidade Administrativa – exercícios da jurisdição constitucional versus insegurança jurídica, neste último capítulo, os autores e a autora nos brindam com uma leitura crítica sobre as reformas à lei que disciplina o combate à Improbidade administrativa e as atuais implicações Hermenêuticas que tendem a

comprometer os instrumentos de defesa do interesse público, discutindo, inclusive, aspectos sobre o ativismo judicial, que passaram a ser mitigados pelas alterações legislativas à LIDB em 2018.

Este volume, portanto, é um testemunho da vitalidade e relevância do direito constitucional no Brasil contemporâneo. As autoras e os autores, integrantes do sistema de justiça em dedicação e comprometimento com a pesquisa qualitativa e o pensamento crítico com seu tempo, oferecem-nos uma visão profunda e sensível dos desafios e possibilidades que enfrentamos. Que este livro seja uma inspiração para todos nós, um chamado à ação e um lembrete de que a justiça é uma construção coletiva e contínua.

Cássius Guimarães Chai

Organização

SOBRE OS AUTORES

Carlos Eduardo Barbosa Paz - Mestre em Direito Constitucional. Especialista em Direito Processual Penal e em Política e Estratégia. Defensor Público Federal, no Ceará. Defensor Público-Geral Federal 2016-2018. Membro do Conselho Superior da Defensoria Pública da União 2020-2024

Alessandro Samartin de Gouveia - Doutorando e Mestre em direito constitucional pela UNIFOR, promotor de justiça no Estado do Amazonas. E-mail para contato: alessandro.samartin@edu.unifor.br, Orcid: <http://orcid.org/0000-0003-2127-4935>.

Alexandre de Castro Coura - Pós-doutor, visiting scholar na American University Washington College of Law e Visiting foreign judicial fellow no Federal Judicial Center, em Washington D.C. Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Ex-professor Adjunto de Direito material e processual penal na Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Professor de Teoria dos Direitos Fundamentais no PPGD da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Líder do Grupo de Pesquisa Hermenêutica Jurídica e Jurisdição Constitucional (CNPq/FDV). Promotor de Justiça no Espírito Santo. <https://orcid.org/0000-0001-7712-3306> E-mail: acastrocoura@gmail.com.

Américo Bedê Freire Júnior - Pós Doutor na Universidad Las Palmas Gran Canaria- Espanha. Doutor em Direitos e Garantias Fundamentais - Faculdades de Direito de Vitória. Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais - Faculdades de Vitória. Graduação em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Juiz Instrutor no STF. Juiz Federal Titular da 2 Vara Federal Criminal em Vitória /ES. Professor titular do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu da - Faculdades de Vitória e Professor da graduação da FDV/ES. Atuando principalmente nos seguintes temas: processo penal, direito constitucional, direito penal, princípios constitucionais e processo penal. Epistemologia judicial.

Ana Cristina Brandão Santiago Nascimento - Advogada; Professora Universitária; Pós-Graduada em Direito Civil e Direito Processual Civil; Pós-Graduada em Relação Jurídica de Consumo; Pós-Graduada em Mediação e Conciliação de Conflitos; Conselheira Seccional da OAB/MG; Membro da Comissão de Educação Jurídica da OAB/MG; Membro da Comissão Especial de Defesa do Consumidor do Conselho Federal da OAB; Membro do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor – BRASILCON. E-mail: anacristinabrandaoadv@hotmail.com

Antônio Donizetti de Resende - Doutorando em Direito pela Universidade de Itaúna. Mestre em Direito pela Universidade de Itaúna. Mestre em Engenharia Geotécnica pela Universidade Federal de Ouro Preto. Pós-Graduado lato sensu - Especialista em Engenharia Rodoviária pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade Pitágoras de Divinópolis. Especialista em Engenharia de Segurança do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito Processual Constitucional pela Faculdade de Pará de Minas. MBA em Mercado de Capitais e Derivativos pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bacharel em Engenharia Civil pela Fundação de Ensino e Tecnologia de Alfenas. Bacharel em Direito pela Faculdade Pitágoras de Divinópolis. Advogado. E-mail: resende36@yahoo.com.br.

Bruno Brandão Santiago Nascimento - Graduando em Direito – Faculdades Integradas Vianna Júnior; Estágio na Delegacia Especializada de Atendimento às Mulheres – DEAM – Polícia Civil do Estado de Minas Gerais, 2022/2024. Estagiário no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – 2ª Vara Cível da Comarca de Juiz de Fora. Coautor de diversas obras jurídicas. E-mail: brunobrandao0306@gmail.com.

Carla Noura Teixeira - Doutora em Direito do Estado e Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP. Diretora de Ensino, Pesquisa e Extensão da Faculdade Integrada da Amazônia - FINAMA. Professora do Curso de Graduação e Pós-graduação em Direito da FINAMA ADVOCACIA. Pós-doutoranda e professora convidada do Programa de Pós-Graduação em Direito do UNICURITIBA. Líder do Grupo Permanente de Estudos e Pesquisa “Direito Internacional para o Século XXI”. Currículo lattes disponível em: <http://lattes.cnpq.br/9711535801014847> E-mail: carlanoura@gmail.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0969->

0987.

Carlos Augusto Tolomelli Malaquias - Mestre em Direito da Saúde: Dimensões Individuais e Coletivas na Universidade Santa Cecília – UNISANTA; Pós-Graduado em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas; Pós-Graduado em Direito Constitucional pelo Instituto LEGALE/SP; Graduado em Direito na Escola Superior de Administração, Marketing e Comunicação – ESAMC Santos; Chefe da Seção de Apoio a Assuntos Jurídicos de Unidade do Exército.

Carlos Eduardo Barbosa Paz - Mestre em Direito Constitucional; Especialista em Direito Processual Penal e em Política e Estratégia; Defensor Público Federal no Ceará; Defensor Público-Geral Federal 2016-2018; Membro do Conselho Superior da Defensoria Pública da União 2020-2024

Carlos Roberto de Oliveira Chagas - Teólogo pelo Instituto Metodista Izabela Hendrix e graduando em Direito pela Nova Faculdade de Contagem. E-mail: cchagass82@gmail.com

Carolina Almeida de Paula Freitas - Mestre em Direito Público pela Universidade Fumec. Especialista em Direito Civil pelo IEC, PUC Minas. Professora Universitária. Servidora Pública. E-mail: carolina@f2s.com.br

Cássius Guimarães Chai - Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor Associado da Universidade Federal do Maranhão (PPGDIR e PPGAERO) Professor Permanente da Faculdade de Direito de Vitória (PPGD/FDV). Pesquisador G20 Research Center on International Cooperation Beijing College of Criminal Law, the Normal University of Political Science and Law of Beijing Ibero-american Observatory of Health and Citizenship. Membro da International Association of Political Science, International Association of Constitutional Law, International Law Association, Law and Society Association, Association Française de Sciences Politiques, Ratio Legis UAL, European Society of International Law, International Association of Prosecutors, International Association of Penal Law, International Society of Criminology, ABEC, Academia Brasileira de Direito Internacional, IBCCrim. Promotor de Justiça do Estado do Maranhão. Escola Nacional

do Ministério Público. Escola Superior do Ministério Público do Estado do Maranhão. E-mail: cassiuschai@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0001-5893-3901>

Cátia Aparecida de Oliveira Campos - Advogada. Pós-graduada em Segurança Pública e Atividade Policial pela Faculdade Arnaldo. Pós-graduada em Ciências Criminais pela Faculdade Supremo. Membro da Comissão de Defesa do Consumidor e da Comissão de Direito Digital, Proteção de Dados e Propriedade Intelectual da OAB/JF. catiacamposadv@gmail.com

César Augusto Godinho da Silva e Assis - Doutorando e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV), com área de concentração em Direitos e Garantias Fundamentais. Membro do Grupo de Pesquisa Hermenêutica Jurídica e Jurisdição Constitucional (CNPq/FDV). Professor. Advogado. <https://orcid.org/0000-0003-0202-0710> E-mail: cezargodinho3@gmail.com

Dandy Jesus Leite Borges - Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado de Rondônia. Membro Auxiliar da Presidência do Conselho Nacional do Ministério Público (2016-2017). Secretário-Geral do Ministério Público de Rondônia (2021-2024). Professor titular de Direito Processual Penal da Universidade São Lucas | AFYA. Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal (Uni-Leonardo Davinci) e Combate a Corrupção (Estácio).

Dárcio Lopardi Mendes Júnior - Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade Milton Campos. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Gama Filho/RJ. Advogado. Professor Universitário. Coautor do livro “Oratória fundamental aplicada a concursos” pela editora D’Plácido. E-mail: darciolopardi@gmail.com.

Débora Moreira Maia Ricaldoni - Técnica em Administração pelo Sebrae (2003), Bacharel em Direito pela Fundação Universidade em Itáúna (2009), Especialista em Direito Processual Civil, pela Uninter (2010), licenciada em Sociologia pela Uniplena (2023), pós-graduada em Direito Médico pela Cers (2023) e Mestre em Administração pela FEAD-BH (2013), linha de pesquisa: Gestão. Organização e Mudança. Professora de Direito Civil – Nova Faculdade (2014) e Coordenadora do Curso de

Direito (2022). E-mail: debymaia@gmail.com.

Denisson Gonçalves Chaves - Doutor em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA), na modalidade sanduíche no Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra (CES). Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça (UFMA); Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA); Professor de magistério superior na Universidade Federal do Maranhão (UFMA); Pesquisador no Grupo de Pesquisa Cultura, Direito e Sociedade (UFMA); Pesquisador no Grupo de Estudos e Pesquisa Filosofia Social e Teoria Crítica (UFMA); Pesquisador do Núcleo de Estudos e Pesquisas em Estado, Políticas Públicas Educacionais e Democracia (UEMASUL); Pesquisador no Grupo de Pesquisa Teorias Normativas do Direito (UFPA). Vice-Coordenador do Núcleo de Pesquisas Jurídicas de Imperatriz - Democracia e Direitos Fundamentais (NUPEJI).

Diego Miana Siefar - Graduando em Direito – Faculdades Integradas Vianna Júnior: diego.sefair@viannasempre.com.br

Diogo de Almeida Viana dos Santos - Possui doutorado PhD em International Cooperation - Governance and Law - Universidade de Nagoya-Japão (2010), mestrado em LL.M. Comparative Law - Universidade de Nagoya-Japão (2007), graduação em Direito Bacharelado pela Universidade Federal do Maranhão (2003). Atualmente é professor professor do Mestrado Profissional em Direito e Afirmação de Vulneráveis da Universidade CEUMA, da UEMA-Universidade Estadual do Maranhão, de Teoria das Relações Internacionais e Política Externa Brasileira, e da Universidade CEUMA, de Direito Constitucional, e Direito Internacional. Foi Diretor do curso de Direito Bacharelado da Universidade Estadual do Maranhão. Tem experiência nas áreas de Direito Internacional Público e Ciência Política, com ênfase em Comportamento Legislativo, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Internacional, Teoria Constitucional, Federação, Propriedade Intelectual, e Responsabilidade Internacional. <http://lattes.cnpq.br/1432752484802169> Orcid <https://orcid.org/0000-0001-9392-7689> E-mail: diogoviana@gmail.com.

Diogo Ferreira Paraloni - Graduando em Direito – Faculdades Integradas Vianna Júnior: diogo.palaroni@viannasempre.com.br.

Elisa Bebbber Chamon - Mestranda em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV) e Bacharel em Direito (FDV). Estagiária de pós-graduação no Ministério Público Federal (PR.ES). elisachamon@hotmail.com. <https://orcid.org/0000-0002-0951-6260>.

Ellen Patrícia Braga Pantoja - Doutora em Educação pela Universidade Federal Fluminense - UFF. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Maranhão - UFMA e mestrado em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão - UFMA. Professora no Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Atua na área de Direito Público, Educação e Políticas Públicas. Professora coordenadora do Núcleo de Pesquisas Jurídicas de Imperatriz (NUPEJI), vinculado à UFMA.

Evellyn Dias de Souza Lima - Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Servidora do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão (TJMA). Pesquisadora voluntária do Núcleo de Pesquisas Jurídicas de Imperatriz – Democracia e Direitos Fundamentais (NUPEJI).

Fábio Vieira da Silveira - Advogado. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce. Pós Graduado em Direito Ambiental, Mineral e Urbanístico - PUC/MG. Pós Graduado em Direito Público – FADIVALE. Pós Graduado em Direito Penal e Processo Penal – FADIVALE. Mestrando em Direito nas Relações Econômicas e Sociais - Faculdade Milton Campos.

Felipe Nascimento Fontes - Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes (UCAM), em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio de Jesus. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Servidor do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão (TJMA). Professor do curso de Direito da Faculdade Pitágoras – Campus Bacabal/MA. E-mail: fontes.jus@gmail.com.

Fernanda Arruda Leda Leite - Doutoranda em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Goiás (PPGIDH/UFG). Mestra em Direito e Instituições do Sistema de Justiça (PPGDIR/UFMA). Professora da Universidade CEUMA. Diretora de Curso de Direito – CCANL/UEMASUL. Pesquisadora no grupo Dialogus - Estudos Interdisciplinares em Gênero, Cultura e Trabalho (UFCAT). Advogada. E-mail:

fernandaarrudaledal@gmail.com.

Fernanda Carolina Gomes Pataro de Queiroz Cunha - Fernanda atua como Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia, na 5ª Promotoria de Valença/BA com atribuição na área da Infância Juventude e Criminal. Tem especialização em direito ambiental pela Fundação do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Especialização em direito público pelo JusPodivm. Mestranda em Ciências Políticas e Sociais pela UCSAL. E-mail: fernandapataro@hotmail.com.

Gabriel Vigneron Mello Chaia - Mestrando em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Especialista em Ciências Criminais (FDV). Bacharel em Direito (FDV). Advogado. gabrielvmchaia@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0001-9204-4788>.

Guilherme Saldanha Santana - Licenciado em História pela UEMA Bacharel em Direito pelo CEUMA Pós-graduação em Relações Internacionais pela PUCMINAS Mestre em Ciências Jurídicas pela UAL Mestre em Direito pelo CEUMA, Doutorando em Ciências Jurídicas pela UAL Presidente da Revista Acadêmica e Científica da SEDUC/MA, Presidente da Comissão de Tecnologia e Informação da OAB/MA Coordenador de Tecnologia e Informação da ESA/OAB/MA Professor de História da Rede Pública do Estado do MA, Advogado. <http://lattes.cnpq.br/2326377637283885> Orcid <https://orcid.org/0000-0001-6962-8646> E-mail: guilhermesantanaprofessor@gmail.com

Hirllany Carvalho Brito de Souza - Servidora Pública Estadual. Mestranda em Direito (PPGDIR/UFMA). Pós-graduada em Teoria e Prática da Decisão Judicial pela ESMAM. Pós-graduada em Direito Processual Civil pelo Instituto IMADEC. ID LATTES: <http://lattes.cnpq.br/7259331406776965>.

Humberto Brandão - Delegado Federal, professor de Direito Penal e Criminologia. Mestre em Ciências Policiais pelo Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna de Portugal.

José Cláudio Pavão Santana - Pós-Doutorado no “Ius Gentium Conimbrigae” – Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Doutor em Direito pela PUCSP. Mestre em

Direito pela FDR-UFPE. Sócio do ABDPC. Membro efetivo do IBEC. Membro da ALL. Membro efetivo da AMLJ. Membro do Grupo de Pesquisa DGP CNPQ UFMA CULTURAL, DIREITO E SOCIEDADE. Tutor do Grupo de Pesquisa DGP CNPQUFMA Direito Constitucional Contemporâneo. Professor Titular do Curso de Direito da UFMA. Professor Fundador do Curso de Mestrado em Direito e do Sistema de Justiça da UFMA. Autor da obra “O PRÉ-CONSTITUCIONALISMO NA AMÉRICA” Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5198686445529109> Orcid <https://orcid.org/0000-0003-4293-1906> e-mail: pavaosantana@gmail.com.

José Maria B. S. P. Terra - Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória -FDV. Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória -FDV. Especialista em Direito Público. Advogado e professor.

Juan Tályson Lima Moraes - Acadêmico do 9º período do Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Ceuma (UNICEUMA), campus Imperatriz/MA. E-mail: tallyson.juan@hotmail.com

Lara Souza Pereira - Graduanda em Direito - Faculdades Integradas Vianna Júnior; Estágio na Delegacia Especializada de Atendimento às Mulheres - DEAM - Polícia Civil do Estado de Minas Gerais, 2023/2024; Estagiária na Prefeitura de Juiz de Fora. E-mail: lara.pereira@viannasempre.com.br.

Leonardo Granthom - Docente no curso preparatório para o exame da OAB Smart Juris. Professor de graduação de Direito Civil e História do Direito. Defensor Dativo pelo Tribunal de Ética da OAB/MG. Graduado em Direito pela Faculdade Integrada Vianna Jr. Especialista em Direito Empresarial e Econômico pela UFJF. Especialista em Administração Aplicada e Gestão Empresarial pela Facuminas. Mestre em Hermenêutica e Direitos Fundamentais pela Universidade Presidente Antônio Carlos. Advogado. E-mail: lleogran3@gmail.com.

Lívia Rodrigues Ventura - Advogada. Pós-graduanda em Direito Tributário (PUC Minas). Graduada em Direito (PUC Minas). E-mail: livia@mpaladvogados.com.br.

Luisa Comelli Figueira Gueiros - Mestranda em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória - FDV. Especialista em Direito Aplicado pela Escola de Magistratura do Estado do Espírito Santo. Graduada em Direito pela Universidade Vila Velha – UVV. Advogada. Contato: luisa.cfg@hotmail.com.

Marcelo Bezerra Ribeiro - Pós-doutor em Direito pela PUC/RS. Doutor e Mestre em Processo Civil pela Universidade Estácio e Sá (UNESA). Professor do PPGDF – Mestrado em Direito da UNAMA. Professor convidado da especialização da PUC/RS. Líder do grupo de pesquisa: Hermenêutica, Processo e Direitos Fundamentais. Advogado. Árbitro da Câmara de Mediação e Arbitragem Especializada - CAMES. Consultor Jurídico. Membro da Academia Brasileira de Direito Processual Civil, da Associação Norte Nordeste de Professores de Processo - ANNEP e do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP.

Mariana Amaral Mateus - Graduanda em Direito – Faculdades Integradas Vianna Júnior: mariana.mateus@viannasempre.com.br

Mateus Dias - Mestrando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Graduado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Advogado em Brasília e no Rio de Janeiro. E-mail: mateusfdias@hotmail.com.

Misma Martins - Professora. Especialista em redação e oratória - FAMEESP. Bacharel em Direito - CESV. Licenciada em linha portuguesa e língua portuguesa - UFES.

Paulo Cesar de Lara - Doutor em Direitos Fundamentais e Democracia (Centro Universitário Autônomo do Brasil). Professor Adjunto do Departamento de Direito das Relações Sociais da Universidade Estadual de Ponta Grossa, Paraná. E-mail: paulocesardelara@gmail.com, <http://lattes.cnpq.br/4318308708981749>, ORCID: 0000-0003-2097 0621 <https://orcid.org/0000-0003-2097-0621>

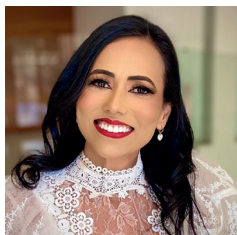
Pedro Paulo Oliveira Penha - Bacharel em Direito pela Universidade CEUMA. Pós-graduando em Processo Civil (PUC-MG); Pós-graduando em Direito de Família e Sucessões; Estagiário de Pós-graduação junto à Defensoria Pública do Estado do Maranhão. Membro do Grupo

de Pesquisa Cultura, Direito e Sociedade (DGP/CNPq/UFMA). E-mail: pedropenhajuridico@gmail.com; Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0888878361958625>

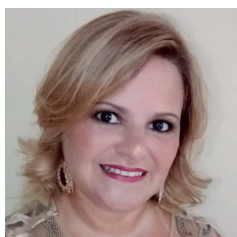
Rômulo Brasil de Avelar Campos - Rômulo Brasil de Avelar Campos. Advogado. Diretor Institucional da OAB/MG triênio 2022/2024. Conselheiro da OAB/MG triênio 2022/2024. Militante em diversas áreas do direito, sobretudo no direito do consumidor desde 2008. Presidente da Comissão de Participação e Cidadania da OAB/MG (junho de 2016). Presidente da Comissão de Direito à Educação, à Ciência e Tecnologia e à Comunicação e Informação – OAB/Unesco (fev. de 2015). Vice-presidente da Comissão de Defesa do Consumidor (nov. de 2014). Atualmente colunista do quadro Direito do Consumidor do programa “Itatiaia Agora” (Itatiaia). Entrevista em diversos meios de comunicação do Estado de Minas e do Brasil. Colunista do Alterosa Alerta (SBT/Alterosa)-Quadro de Direito do Consumidor – 1º semestre de 2016. Agraciado com a Comenda Direito e Cidadania em reconhecimento ao trabalho na defesa da cidadania e do Estado Democrático de Direito – Vereador de BH Joel Moreira Filho.

Sara Rutte Anacleto Lima - Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva e pós-Graduada em Direito Civil e Processo Civil pelo Centro Universitário Newton Paiva. Advogada de Direito das Famílias, Sucessões, Civil e Empresarial.

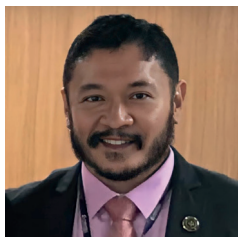
SOBRE OS ORGANIZADORES



Cristina Rezende Eliezer: Doutora em Educação pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas (BOLSISTA CAPES). Mestre em Educação pela Universidade Federal de Lavras - UFLA/MG. Pós-graduada Lato Sensu em Ciências Criminais pela Universidade Cândido Mendes - UCAM/RJ. Pós-graduada Lato Sensu em Gestão de Projetos pelo Centro Universitário de Formiga - UNIFOR/MG. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas. Graduada em Pedagogia pelo Centro Universitário Newton Paiva. Foi professora de Direito no Instituto Federal de Ciência e Tecnologia de Minas Gerais - IFMG (2010 a 2013). Atua desde 2017 como Membro e Professora da Comissão OAB Vai à Escola, da Seção Minas Gerais. Foi Professora Assistente no curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas Arcos (2020/2022). Coordenadora-geral da Rede de Egressos do Programa de Pós-graduação em Educação da Universidade Federal de Lavras - UFLA. Coordenadora do Projeto PUCblica - PUC Minas. Pesquisadora no Grupo de Pesquisa Currículo Crítico, Educação Transformadora: políticas e práticas (CNPq)-PUC Minas. Membro do Conselho Editorial da Editora Dialética. Membro da Associação Brasileira de Currículo - ABDC. Parecerista ad hoc na Revista Arquivo Brasileiro de Educação (periódico vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Educação da PUC Minas). Advogada (OAB/MG 126.942). Acadêmica Efetiva na Academia Formiguense de Letras – AFL. Pedagoga. E-mail: cristinaeliezer@yahoo.com.br



Ana Cristina Brandão Santiago Nascimento: Advogada. Professora. Pós-Graduada em Direito Civil e Direito Processual Civil. Pós-Graduada em Relações Jurídicas de Consumo. Conselheira Seccional da OAB/MG. Membro do Brasilcon. Membro da Comissão de Defesa do Consumidor da OAB Federal. Membro da Comissão de Educação Jurídica da OAB/MG. Organizadora e coautora de diversas obras jurídicas. E-mail: anacristinabrandoadv@hotmail.com



Cássius Guimarães Chai: Professor Associado da Universidade Federal do Maranhão (PPGDIR e PPGAERO). Professor Permanente da Faculdade de Direito de Vitória (PPGD/FDV). Pesquisador G20 Research Center on International Cooperation Beijing College of Criminal Law, the Normal University of Political Science and Law of Beijing

Ibero-american Observatory of Health and Citizenship. Membro da International Association of Political Science, International Association of Constitutional Law, International Law Association, Law and Society Association, Association Française de Sciences Politiques, Ratio Legis UAL, European Society of International Law, International Association of Prosecutors, International Association of Penal Law, International Society of Criminology, ABEC, Academia Brasileira de Direito Internacional, IBCCrim. Promotor de Justiça do Estado do Maranhão. Escola Nacional do Ministério Público. Escola Superior do Ministério Público do Estado do Maranhão. Red de Derechos Humanos / USAL. E-mail: cassiuschai@gmail.com



André Epifanio Martins: Doutorando em Direito pela UnB. Mestre em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP, CAPES 5). Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Amazonas. Ex-procurador (PA). Pós-graduado em Direito Civil e Processual Civil pela Fundação Getúlio Vargas. Pós-graduado em Direito

Penal e Criminologia pela PUC-RS. Membro Auxiliar do Conselho Nacional do Ministério Público (2022-atual). E-mail: andre-martins23@hotmail.com

Este livro é uma fonte essencial para profissionais, estudantes e entusiastas do Direito Constitucional. Com uma abordagem clara e didática, oferece uma visão abrangente dos princípios fundamentais e das normas que regem a organização política e jurídica do Estado. Os autores, especialistas reconhecidos na área, exploram os temas mais relevantes e contemporâneos do Direito Constitucional, incluindo, entre diversos temas tratados: O Processo Constitucional e os Direitos Fundamentais no Estado Democrático Brasileiro; Globalização, Judicialização da Política e Respostas Constitucionais aos Desafios Impostos; A relação entre Processo Constitucional e Democracia; A Imunidade Tributária como instrumento para maximizar a aplicação dos Direitos e Princípios Constitucionais; As exigências ilegítimas para a concessão da Gratuidade da Justiça e o impedimento ou retardo ao Devido Processo Legal; Um panorama sobre a Educação no Brasil e sua importância para a construção da Democracia; A Constituição Federal de 1988 e a normatização dos Processos Migratórios no Ordenamento Jurídico Pátrio; A interseção entre o Direito Constitucional e o Direito Ambiental: Uma análise jurídica; A autoria dos Crimes Informáticos e o Princípio Constitucional da Presunção de Inocência; A Constituição e a Violência contra a Mulher: Garantias e Desafios; Abusos da Imunidade Parlamentar: Suas consequências e o reflexo na Sociedade; Acesso à Justiça: Desafios e soluções contemporâneas. Além da sólida base teórica, esta obra se destaca por apresentar casos práticos, jurisprudência atualizada e análises críticas, proporcionando ao leitor uma compreensão aprofundada e aplicada das questões constitucionais. Ideal tanto para a prática profissional quanto para o ambiente acadêmico, este livro é uma ferramenta indispensável para quem deseja aprofundar seus conhecimentos e se destacar na área do Direito Constitucional.

Ana Cristina Brandão Santiago Nascimento

